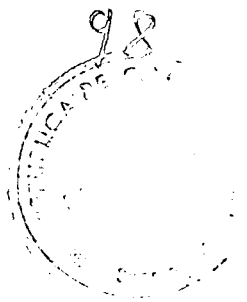
REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA



GACETA JUDICIAL

TOMO XCVIII

BOGOTA, D. E. — IMPRENTA NACIONAL — 1962

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

SALA PLENA

Dr. JOSE JOAQUIN RODRIGUEZ, Presidente.
Dr. LUIS CARLOS ZAMBRANO, Vicepresidente.
Dr. RICARDO RAMIREZ L., Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

Dr. GUSTAVO FAJARDO PINZON, Presidente.
Dr. RICARDO RAMIREZ L., Secretario.

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

SALA DE CASACION PENAL

Dr. HUMBERTO BARRERA DOMINGUEZ, Presidente.
Dr. PIOQUINTO LEON L., Secretario.

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

SALA DE CASACION LABORAL

Dr. LUIS ALBERTO BRAVO, Presidente.
Dr. VICENTE MEJIA OSORIO, Secretario.

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

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Dr. RAMIRO ARAUJO GRAU, Presidente.
Dr. JORGE GARCIA MERLANO, Secretario.

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

Relator: Dr. LUIS IGNACIO SEGURA A.

Enero y febrero de 1962.

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: DOCTOR LUIS IGNACIO SEGURA A.
RELATOR DE LA CORTE

TOMO XCVIII Bogotá - Colombia Enero y Febrero de 1962 Números 2251-22

SALA PLENA

PROPOSICION DE RECONOCIMIENTO

a los Magistrados doctores Carlos Peláez Trujillo y Angel Martín Vásquez A. por el digno desempeño, en su orden, de la Presidencia y Vicepresidencia de la Corte.

La Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, hace constar su gratitud hacia los ilustres Magistrados doctores CARLOS PELAEZ TRUJILLO y ANGEL MARTIN VASQUEZ A. por la manera ecuánime, diligente y atinada como presidieron la Corporación en el período que concluye.

Comuníquese en nota de estilo y publíquese en la **Gaceta Judicial.**

(Aprobada en sesión plenaria de fecha 25 de enero de 1962).

MOCION DE CONDOLENCIA

aprobada en Sala Plena con motivo del fallecimiento de la señorita doña Carmen Posada P.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, al registrar en el acta de esta fecha el reciente fallecimiento de la señorita doña CARMEN POSADA P., hermana del honorable Magistrado de esta Corporación, señor doctor Arturo C. Posada, presenta a éste y a su familia la expresión de su sincera condolencia.

Esta moción se comunicará en nota de estilo al doctor Posada y se publicará en la **Gaceta Judicial.**

(Sesión de fecha 25 de enero de 1962).

SANCIONES DISCIPLINARIAS

La Corte encuentra que no tiene fundamento la queja formulada contra un Magistrado de Tribunal Superior de Distrito a quien, por lo mismo, no se le impone sanción alguna.

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

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

Quéjase Eladio Mejía, vecino de la capital del Departamento de Caldas, de que el Magistrado Carlos Eastman, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, ha desempeñado la magistratura "sin haberse desprendido suficientemente de los negocios que adelantaba como abogado" antes de ingresar a ella, en los Juzgados de Pereira, y además que en Riosucio "llevó hasta remate un juicio en nombre del señor Bernardo Saldarriaga".

Al dársele traslado al Magistrado, éste negó categóricamente los hechos que le imputa la queja y acompañó certificados de los Juzgados 1º y 2º Civiles del Circuito de Pereira y 1º y 2º Civiles del Municipio del mismo nombre, de los cuales certificados aparece el hecho contrario de no haber gestionado negocio alguno el doctor Carlos Eastman después de haber ingresado al Tribunal de Manizales, ni exigido a los Jueces decisiones favorables a sus intereses o tratado de influír en ellos, directa o indirectamente, en razón de su cargo, con el mismo objeto. Por lo cual, en lo concerniente a este cargo, la acusación carece de todo fundamento.

Y según el certificado referente al juicio que se ventiló en el Juzgado Civil del Circuito de Riosucio —Caldas—, después de haber sustituído el 2 de mayo de 1959 el mandato que ejercía el doctor Eastman a nombre del actor, no figura en el juicio actuación alguna del antiguo apoderado, ni en ningún momento el doctor Eastman exigió después, en forma directa o indirecta, que el juicio en referencia fuera resuelto en tal o cual sentido.

Y como el Magistrado fue elegido para desempeñar la magistratura en el período de 1959-1963, y consta que su elección fue confirmada el 23 de abril de 1959, la renuncia del mandato —2 de mayo— demuestra que se separó del negocio oportunamente, y por ello el cargo es también infundado por este aspecto.

Por lo cual la Corte Suprema, en Sala Plena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

No es el caso de imponer sanción alguna al Magistrado Carlos Eastman, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en razón de la queja a que se contrae la presente decisión.

Cópiese, notifíquese y archívese.

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

ACLARACION DE SENTENCIAS

Se deniega la solicitud de aclarar una sentencia, dictada anteriormente por la Corte, en juicio ordinario sobre nulidad de un testamento cerrado.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. La aclaración de sentencias, a que se refiere el artículo 482 del Código Judicial, requiere: a) Que se trate de una sentencia y no de un auto sin fuerza de sentencia. b) Que el motivo de duda de los conceptos o frases sea verdadero y no simplemente aparente. c) Que dicho motivo de duda sea apreciado y calificado por el Juez y no por la parte que pide la aclaración, desde luego que es aquél y no ésta quien debe explicar y fijar el sentido de lo expuesto y resuelto en el fallo. d) Que la aclaración incida en las resultas de la sentencia y que no se trate de explicar puntos meramente académicos o especulativos, sin influjo en la decisión. e) Que el solicitante de la aclaración señale de manera concreta los conceptos o frases que considera oscuros, ambiguos o dudosos. f) Que con la aclaración no se pretenda ni se llegue a modificar, alterar o reformar lo decidido en la sentencia. g) Que la aclaración no tenga por objeto renovar la controversia sobre la legalidad o juridicidad de las cuestiones resueltas en el fallo, ni buscar explicaciones sobre el modo de cumplirlo.

2. Al juzgador no le es lícito señalar a las partes lo que deben hacer en relación con los fallos que pronuncia.

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

(Magistrado ponente, doctor Enrique López de la Pava).

En este juicio ordinario de Wenceslao Sabogal y otros contra la señora Barbarita Posada viuda de Chaves y otros, sobre nulidad del testamento cerrado del Pbro. Daniel Sabogal Mora, el personero de la Arquidiócesis de Bogotá solicita en el memorial anterior respecto del fallo dictado por la Corte el catorce de noviembre del año próximo pasado que "se aclaren los términos o condiciones del litigio cuya necesidad expresa esa honorable Corte, con el objeto de dejar establecidas la índole y naturaleza del mismo, a fin de evitar oscuridad en relación con la cuestión que debe ser materia de decisión jurisdiccional". Agrega el peticionario que el asunto fallado no ofrece duda alguna si se estima que la ruptura con que apareció la cubierta del testamento al efectuarse su apertura, equivale a no haber estado esa cubierta cerrada y sellada como quedó en el acto del otorgamiento, pero que es necesario que se deje muy en claro si la aplicación extensiva del artículo 924 del Código Judicial implica tener en cuenta el hecho de la ruptura de los sellos ocurrido cuando el testamento se hallaba en poder del Juez que realizó su apertura.

Para resolver se considera:

El artículo 482 del Código Judicial autoriza a los jueces para aclarar de oficio o a instancia de parte los conceptos o frases de una sentencia que "ofrezcan verdadero motivo de duda". La inteligencia y aplicación de este precepto comportan: a) Que se trate de una sentencia y no

de un auto sin fuerza de sentencia. b) Que el motivo de duda de los conceptos o frases sea verdadero y no simplemente aparente. c) Que dicho motivo de duda sea apreciado y calificado por el Juez y no por la parte que pide la aclaración, desde luego que es aquél y no ésta quien debe explicar y fijar el sentido de lo expuesto y resuelto en el fallo. d) Que la aclaración incida en las resultas de la sentencia y que no se trate de explicar puntos meramente académicos o especulativos, sin influjo en la decisión. e) Que el solicitante de la aclaración señale de manera concreta los conceptos o frases que considera oscuros, ambiguos o dudosos. f) Que con la aclaración no se pretenda ni se llegue a modificar, alterar o reformar lo decidido en la sentencia. g) Que la aclaración no tenga por objeto renovar la controversia sobre la legalidad o juridicidad de las cuestiones resueltas en el fallo, ni buscar explicaciones sobre el modo de cumplirlo.

En la parte resolutiva de la sentencia pronunciada por la Corte en este negocio se hace la declaración de que "no presta mérito el testamento cerrado que el Presbítero Daniel Sabogal Mora otorgó el veinticuatro de noviembre de mil novecientos treinta y dos mediante la Escritura número 1255, extendida en la misma fecha ante el Notario Quinto de Bogotá, mientras no se declare su validez en juicio ordinario con audiencia de los herederos ab intestato".

Esta declaración, que es el asunto cardinal del pedimento de aclaración, brilla por su claridad, es decir, que no ofrece ningún motivo de duda ni requiere por ello explicación alguna para entender lo que dispone en términos similares a los que emplea el artículo 924 del Código Judicial. Huelga recordar además que al juzgador no le es lícito señalar a las partes lo que deben hacer en relación con los fallos que aquél pronuncia.

Por lo expuesto se deniega la aclaración que se solicita de la sentencia de catorce de noviembre de 1961, dictada por la Corte en este juicio sobre nulidad del testamento del Presbítero Daniel Sabogal Mora.

Cópiese y notifíquese.

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA

No se casa la sentencia que negó la restitución, para una sociedad conyugal disuelta y una sucesión ilíquida, de una finca rural. La sentencia acusada no halló demostrados los elementos integrantes de la acción de dominio. No atacó el recurrente todos los soportes del fallo acusado.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Si la acción reivindicatoria, en la especie deducida en este litigio, se integra por la concurrencia de cuatro elementos, es lógicamente imperativo que la falta de uno cualquiera de ellos induzca el fracaso de la acción.

2. Cuando el fallo traído a casación se basa en varios motivos y cada uno de ellos tiene fuerza suficiente para sustentar la decisión, el éxito del recurso queda condicionado a que el ataque resulte eficaz para desvirtuarlos todos.

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

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira con fecha 3 de diciembre de 1959, en el juicio ordinario seguido por los herederos de María Amaya de González frente a Alberto Sánchez Jiménez.

I

EL LITIGIO

1. María Amaya de González, que se llamó también María Adela Jiménez, casada con Benjamín González, que se llamó también Pedro Pablo Sánchez, demandó a Alberto Sánchez Jiménez, para que, a favor de la sociedad conyugal formada entre la actora y Benjamín González, se reconociese el dominio y ordenase la restitución, con sus frutos, de una finca constante de 45 hectáreas, denominda "El Clavel", ubicada en el paraje del mismo nombre, cuya situación distrital no se expresa, y determinada por los linderos que se indican en el ordinal cuarto de la relación de hechos de la demanda. Tal la sustancia del pedimento principal y del subsidiario de primer grado.

Como segundo subsidiario, impetró se declarase la nulidad absolutá de la diligencia de remate practicada ante el Juez Civil del Circuito de Pereira el 16 de mayo de 1939, en el juicio hipotecario de Alberto Sánchez Jiménez contra Ignacio Sánchez Amaya, por falta de causa en la obligación y, en consecuencia, absolutamente nula por simulación la hipoteca que originó dicho juicio y el consiguiente remate, como también nula, por simulación notable, la escritura número 143 de 1º de febrero de 1940, de la Notaría 2ª de Pereira; y se reitera la súplica de restitución de la dicha finca, con sus frutos, a la mencionada sociedad conyugal.

2. En los HECHOS del libelo se narra: que la actora y Benjamín González contrajeron matrimonio el 24 de julio de 1909; que desde cuando la actora presentó una demanda sobre separación de bienes, que no llegó a su término, su cónyuge "se dedicó a ejecutar toda clase de maniobras en orden a sustraer los bienes del dominio de la sociedad conyugal" y fue así como el demandado en la presente litis, señor Alberto Sánchez Jiménez, "sirvió de testaferro en un juicio hipotecario en donde él figura como actor, seguido contra Ignacio González Amaya, ante el Juzgado Civil del Circuito de Pereira", y en el que obtuvo por remate el inmueble denominado "El Clavel"; que están en el Registro los títulos por los cuales Benjamín González compró las diversas mejoras a varias personas, "para luégo efectuar las gestiones tendientes a la adjudicación a nombre de su hijo Ignacio González"; que la adjudicación a éste "fue de pura confianza, puesto que en realidad de verdad tal propiedad era de la exclusiva pertenencia de la sociedad

conyugal... Por vocación y por confianza se acostumbraba en épocas pasadas asegurar a los hijos parte de los bienes, especialmente cuando se trataba de adjudicación de baldíos, para el efecto de englobar una porción mayor''; que, según lo dicho por el Registrador de Instrumentos Públicos de Santuario, el mismo Sánchez Jiménez, hubo otra parte del inmueble por compra al doctor Otoniel Pardo, como apoderado general de Ignacio González, mediante la escritura número 143 de 1940, de la Notaría 2ª de Pereira, instrumento que obedece a las referidas maniobras ejecutadas por Benjamín González en acuerdo con Ignacio González y el demandado; y que este último es hijo de Benjamín González y de la actora.

3. En DERECHO, se refiere la demanda a los artículos 669, 716, 717, 718, 946, 947, 950, 1740 y 1781 del Código Civil.

4. Muerta la demandante, los señores Jorge y Luis Eduardo Sánchez, Omar, Eliécer, Lola, Fagnor y Cecilia González A., invocando el carácter de herederos de aquélla, con el cual se apersonaron en el juicio, corrigieron la demanda en el sentido de impetrar que todas las declaraciones en la misma solicitadas, sean principales o subsidiarias, ''se hagan a favor de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida formada entre Pedro Pablo Sánchez o Benjamín González y María Adela Jiménez o María Amaya de González, como también para la sucesión ilíquida e intestada de esta última''.

5. Como hechos nuevos se agregan en esta corrección los siguientes:

Que ''El señor Benjamín González o Pedro Pablo Sánchez compró al señor Juan Bautista Benjumea un lote de mejoras según escritura número 146 de 30 de mayo de 1917 y tal escritura fue inscrita el 31 del mismo mes y año en el Libro 1º, partida 145, folio 53 vto. Siendo dueño de tales mejoras, o por lo menos apareciendo la posesión inscrita de ellas a favor de Benjamín González, Ignacio González pidió al Gobierno que le hiciera adjudicación del terreno, y fue así como por Resolución de 12 de febrero de 1920 la Gobernación del Departamento de Caldas adjudicó a Ignacio González el lote denominado 'El Clavel', sin que realmente el adjudicatario fuera dueño de las mejoras ni menos aún tuviera capacidad legal para obtener tal beneficio, por cuanto a tal fecha sólo contaba con catorce años de edad...''; y

que la señora María Amaya de González murió, por lo cual ''son los herederos que representan la sucesión de la causante y demandante los interesados en la reivindicación que se pretende''.

6. En la contestación al libelo, el demandado, luégo de controvertir en lo que pudieran serle perjudiciales los hechos alegados por la parte actora, se opone a sus pretensiones y concluye proponiendo, para el caso de que hubiera alguna deficiencia en los títulos del dominio, la excepción de prescripción.

7. La primera instancia, a que se llevaron pruebas de ambas partes, recibió fallo favorable a la reivindicación impetrada; y por apelación del vencido, surtióse el segundo grado del juicio, a que puso fin la sentencia del Tribunal Superior de fecha 3 de diciembre de 1959, por la cual se REVOCA la del inferior y, en su lugar, se absuelve al demandado de los cargos formulados en la petición principal de la demanda, se desestiman las súplicas subsidiarias que ella contiene y se condena en costas a la parte demandante.

8. Interpuesto por ésta el recurso de casación, ha llegado el momento de que la Corte se pronuncie sobre el mismo.

II

LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. El Tribunal, considerando como principal de las acciones incoadas la de reivindicación, encuentra que de sus elementos estructurales, sólo están demostrados en el caso del pleito los de singularidad de la cosa reivindicada y posesión de la misma por el demandado; pero no así el dominio del demandante, ni la identidad entre la cosa que se pretende y la poseída por el reo.

2. En cuanto a los actos invocados por la parte actora como títulos de su pretendido dominio y consistentes en las escrituras números 146 de 30 de mayo de 1917 y 276 de 10 de septiembre de 1918, de la Notaría de Santuario, por las cuales Benjamín González compró a Juan Bautista Benjumea ''una finca rural territorial ubicada en el punto de 'El Clavel' '' y ''una finca de mejoras denominada 'La Unión','' respectivamente, niega el sentenciador que tales títulos estén acreditados, por no ser aceptables, como prueba supletoria de los mismos, las certificaciones contentivas del texto de su inscripción, expedidas por el Registrador de Instrumentos Públicos del Circuito, sin haberse satisfecho todos los requi-

sitos exigidos por el artículo 2675 del Código Civil, para que la falta de título registrado, en caso de pérdida del protocolo o expediente en que su original se encontraba, pueda ser suplida por la certificación que expida el Registrador acerca de los puntos contenidos en el registro. De estos requisitos, echa de menos el de la comprobación de la pérdida del protocolo, comprobación que, en su concepto, no realizan, ni el certificado del Notario, que apenas se limita a decir que "en la Notaría no existen los protocolos correspondientes a los años anteriores a 1953", ni los certificados del Registrador acompañados a la corrección de la demanda, expedidos por éste "a solicitud de parte interesada y con motivo de haberse quemado el protocolo de la Notaría de esta ciudad, en incendio ocurrido en esta ciudad a mediados del año de 1953", pues, según lo estima el fallador, ello "carece de impulso legal, porque esa materia es en un todo extraña a sus funciones; era más de la competencia del Notario, y éste nada dijo"; y añade que, dados los aconteceres del caso estudiado, se "imponía, si cabe, una mayor rigidez en el allanamiento a la autorización que para certificar prescribe el claro tenor escrito del artículo 2675 del Código Civil, es decir, una taxativa disposición judicial que lo ordenara. No ocurrió así dentro de este negocio y, por tanto, las demostraciones no se adujeron legalmente".

3. En lo que hace al defecto de identidad, observa el sentenciador que "se ha variado la superficie del inmueble —sin cambiar los linderos—, dado que se reclaman 45 hectáreas (hecho 4º de la demanda), lo concedido en las resoluciones son 65, y se arguye en alegaciones del demandante que se reivindica aproximadamente 190"; que "en el memorial de pruebas del actor (fl. 16, cuad. 4) se dice que lo adquirido por la parte que representa es 'mayor porción' "; que "quienes actúan en la inspección ocular (fls. 47 y ss., cuad. 4), hacen identificación sin salvedad alguna y aun exponen que la finca 'es la misma que como mejoras en terrenos baldíos de la Nación compró el señor Benjamín González al señor Juan Bautista Benjumea', por las escrituras ya citadas de 1917 y 1918"; que los certificados del Registrador hablan de "finca rural", el uno, y de "finca de mejora", el otro, "sin aludir a baldíos"; que "si los certificados del Registrador, cuyo mérito ya fue acotado, no mencionan mejoras en terrenos baldíos de la Nación, una identificación que habla de ellas en éstos, nada identifica, supuesto que no hay identidad entre el título y la cosa"; y que en la providencia de adjudicación a Ignacio González y entrega del bien a su comisionado (fl. 22, c. 5), aparece que linda "por el occidente 'con el comisionado Benjamín González', lo cual de por sí supone que al dicho comisionado le quedaban tierras o mejoras distintas de aquella cuya entrega se hacía". Así pudo hablar de "las fallas que dejan inidentificado el inmueble que se reclama".

4. Tales los argumentos de nota que sirvieron de sustentáculo a la denegación de la acción reivindicatoria, entendida por el fallador como la predominante de la demanda. Y en cuanto a las peticiones subsidiarias, tanto de nulidad como de simulación de los actos a que ellas se refieren, fundó su desestimación en el motivo de que, no habiendo sido citado a este pleito el señor Ignacio González Amaya, contra el cual un fallo desfavorable produciría "consecuencias jurídicas que le alcanzarían sin haber sido oído en el juicio", su ausencia indica "falta de legitimación de la parte demandada y consecuencial inhibición del Tribunal para dictar sentencia de fondo".

III

LA IMPUGNACION

Dos cargos propone la parte recurrente, en la órbita de la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, por infracción de la ley sustancial, a través de errores de hecho y de derecho en la apreciación de unos mismos elementos probatorios, a saber:

Primer cargo.

Violación de los artículos 756 a 759, 762 a 766, 770 a 774, 789, 946, 947, 950 a 957, 960 y 2673 a 2675, todos del Código Civil; de la Ley 200 de 1936, particularmente en su artículo 21 y del 31 de la Ley 4ª de 1943, por no haber sido aplicados al caso del pleito, habiendo debido serlo.

Sustancialmente se hace consistir en que, de hecho, el sentenciador omitió apreciar o estimó erróneamente, tanto los tres certificados del Registrador de Santuario, visibles a los folios 3 a 39 del cuaderno 1º, en los que este funcionario manifiesta haberse quemado el protocolo de la Notaría en incendio ocurrido a mediados de año de 1953, como el certificado del Notario de mismo Circuito, que forma el folio 50 del cua

derno número 4 y por el que se testifica que en la Notaría no existen los protocolos de los años anteriores a 1953; que "esa cuádruple omisión o errónea estimación de cuatro documentos aducidos en oportunidades legales, limitando la valoración al certificado posterior del Registrador de 19 de junio de 1957, visible a fls. 10 a 13 del cuad. número 4, y desarticulando el plenario, constituye grave error de hecho, cuanto a la apreciación de la prueba..."; y que, en razón de este yerro, el juzgador dejó de aceptar, como prueba supletoria del dominio alegado por los demandantes, el certificado del Registrador últimamente citado, contentivo de los extractos de las escrituras números 146 de 1917 y 276 de 1918, "expedido mediando orden de juez competente", todo lo cual lo llevó a desconocer el derecho de dominio de la parte demandante sobre el fundo materia de la reivindicación y a negar ésta, con quebranto de los preceptos de la ley sustantiva a que el cargo alude.

Segundo cargo.

Violación del artículo 2675 del Código Civil, "por haberlo aplicado mal o haberlo sometido a interpretación errónea"; de los demás artículos del mismo cuerpo legal, relacionados en el cargo anterior —omitido el 2673—, por no haberlos aplicado, siendo el caso de hacerlo; y del artículo 630 del Código Judicial, por interpretación errónea y aplicación indebida, no siendo la oportunidad de aplicarlo, lo que, según el impugnante, condujo al sentenciador a infringir, en la forma enunciada, los ordenamientos sustantivos antecitados.

Se estructura esta acusación con el argumento de que, habiéndose acreditado todas las reglas previstas por el artículo 2675 del Código Civil, para poder admitir como prueba supletoria del dominio de la parte demandante, las certificaciones del Registrador de Instrumentos Públicos de Santuario que obran a folios 10 a 13 del cuaderno número 4, según lo dicho en la exposición del cargo anterior, el Tribunal al desatender esa prueba incurrió en error de derecho en la apreciación de su mérito demostrativo, a través de todo lo cual llegó al quebranto de los preceptos de carácter sustancial al principio referidos.

IV

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Si la acción reivindicatoria, en la especie de la deducida en este litigio (arts. 946, 947 y 950 del C. C.), se integra por la concurrencia de cuatro elementos, a saber: *cosa singular* reivindicable; *dominio* del actor en la misma; *posesión real* de ella por el demandado; e *identidad* entre la cosa poseída por éste y la pretendida por el reivindicante, es lógicamente imperativo el que la falta de uno cualquiera de estos elementos estructurales induzca el fracaso de la acción. No de otra manera ha podido decirlo una sostenida doctrina jurisprudencial.

2. En el caso que se ventila, encontró el juzgador que de los requeridos presupuestos de la acción, no estaban demostrados ni el dominio de la parte demandante sobre el inmueble reivindicado, ni la *identidad* de éste con el poseído por el reo; y fue en razón de estas deficiencias por lo que negó el pedimento reivindicatorio instaurado.

3. Ahora bien: cuando el fallo traído a casación se remite a varios motivos de eficacia tal que la resolución hubiera podido proferirse con apoyo en uno cualquiera de ellos, sin necesidad del respaldo de los demás, la naturaleza misma del recurso exige, como condición de su viabilidad, que la acusación se realice en cuanto a la totalidad de tales fundamentos, pues uno solo de éstos que se deje sin atacar, aunque los demás resultasen desvirtuados, impone el mantenimiento del pronunciamiento recurrido.

Es exactamente la misma situación que resultaría si, habiendo sido impugnados todos los motivos de la decisión del Tribunal, alguno de ellos, suficiente por sí solo para sostenerla, resistiese a la acusación, pues, como lo tiene dicho la Corte, "Cuando la sentencia acusada se basa en varios motivos jurídicos, independientes pero cada uno con fuerza suficiente para sustentar la decisión jurisdiccional, no es difícil descubrir que si la censura en casación es ineficaz para desvirtuar todos los soportes del fallo porque permanece en vigor alguno que le mantiene su firmeza en derecho, el recurso no es susceptible de prosperar aun en el supuesto de que fueran destruídos los motivos restantes de la sentencia acusada" (cas. 6 agosto, 1958, LXXXVIII, 2199-2200, págs. 595 y ss.).

4. En el presente recurso, la demanda de casación se ha dirigido a acusar la sentencia del Tribunal, únicamente en cuanto no aceptó, como prueba supletoria del dominio de la parte actora sobre el bien raíz de que se trata, unos certificados del Registrador de Santuario; vale decir que, de los extremos en que se funda el pronunciamiento, sólo se ataca uno de ellos, esto es,

el relativo a la carencia de prueba del dominio, pero se deja intacto el otro, o sea, el de la falta de identidad entre la finca que se reivindica y la poseída por el demandado.

Así las cosas, aun en la hipótesis de ser fundada la impugnación propuesta, no procedería por sólo ello la invalidación de la sentencia recurrida, pues, subsistiendo en pie como pilar de la misma, con autonomía jurídica suficiente para mantener su firmeza, el argumento del defecto de identidad del bien reivindicado, la Corte no puede oficiosamente penetrar en el examen de este soporte de la decisión.

Lo expuesto es, así, suficiente para desatar el recurso en forma adversa a su autor.

RESOLUCION

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha tres (3) de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior de Pereira.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo Pinzón, José J. Gómez R., José Hernández Arbeláez, Arturo C. Posada, Guillermo Ospina Fernández, Conjuez.

Ricardo Ramírez L., Secretario.

FILIACION NATURAL, REFORMA DEL TESTAMENTO Y RESTITUCION DE BIENES

No se casa la sentencia que halló acreditada la posesión notoria del estado de hijos naturales alegado por los demandantes. La sentencia acusada ordenó también la reforma del testamento del padre natural, así como la restitución de ciertos bienes herenciales.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. El fallo de instancia ingresa al recurso extraordinario amparado por la presunción de que las probanzas fueron bien apreciadas y el derecho correctamente discernido por el sentenciador.

2. Cuando el cargo está formulado por quebranto directo o por aplicación indebida de normas sustanciales, escuetamente, ante la Corte permanece incólume la cuestión de hecho, en conformidad con el mérito otorgado a los medios probatorios por el Tribunal.

3. La paternidad no es susceptible de prueba directa, y si se trata de filiación fuera del matrimonio, la sentencia judicial de paternidad ha de basarse en inferencias simples, cuyo poder de convicción penetra en el fuero interno del juzgador.

4. Acreditada en juicio respecto al padre la posesión notoria del estado de hijo natural, ninguna secuela adversa podría desprenderse de la ausencia de mérito probatorio en el acta de nacimiento, indicativa de la filiación materna, que se ha mantenido afuera del proceso.

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

(Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez).

Contra Flor de María o Flor del Carmen Lozano viuda de Torres, como cónyuge sobreviviente de Sotero Cayo Torres y como representante legal de los menores hijos de ambos, Ramiro y Marlene Torres Lozano, fue incoada la demanda inicial del presente litigio en que Pedro Jesús Torres Cuadros, Valentina Cuadros de Cuadros, Adelina Torres Cuadros y Parmenio Torres Cuadros pidieron que por la justicia se declarara su condición de hijos naturales con respecto al dicho Sotero Cayo Torres, e hicieron súplicas conducentes a la reforma del testamento otorgado por el causante, restitución de bienes hereditarios con sus respectivos frutos, además de las costas procesales.

En oportunidad se adicionó el libelo en el sentido de que se ordenara "rehacer o reformar la partición de bienes en el juicio sucesorio de Sotero Cayo Torres..." para que se tuviese a los actores como copartícipes "en su condición de hijos naturales del causante, y se les adjudiquen bienes en pago de sus respectivas cuotas hereditarias que en ningún caso serán inferiores a la mitad de los que correspondan a los hijos legítimos del mismo causante".

Por causales se invocaron la 4ª y la 5ª del artículo 4º, Ley 45 de 1936, sobre relaciones sexuales del difunto con Briceida Cuadros y sobre posesión notoria de estado.

Desató la controversia en primera instancia el Juez 3º Civil del Circuito de Bucaramanga, mediante resolución de fecha 11 de octubre de 1960, que dice:

"1º Declárase que los demandantes Pedro Jesús Torres Cuadros, Valentina Cuadros de Cuadros, Adelina Torres Cuadros y Parmenio Torres Cuadros, son hijos naturales del señor Sotero Cayo Torres, fallecido en Bucaramanga el 2 de octubre de 1957, y que en dicha calidad y en concurrencia con la señora Flor de María o Flor del Carmen Lozano viuda de Torres, en su condición de cónyuge sobreviviente y de los menores Ramiro Torres Lozano y Marlene Torres Lozano, hijos legítimos del causante Sotero Cayo Torres, tienen derecho a participar en la herencia, en la forma y términos previstos por la Ley 45 de 1936 y el testamento solemne abierto otorgado por el susodicho causante, reformado como se indica a continuación;

"2º Ordénase la reforma del testamento solemne abierto otorgado por el señor Sotero Cayo Torres mediante escritura número 1143 de fecha 16 de abril de 1955, de la Notaría 2ª del

Circuito de Bucaramanga y debidamente registrada, a fin de que se reconozca y tenga a los nombrados Pedro Jesús Torres Cuadros, Valentina Cuadros de Cuadros, Adelina Torres Cuadros y Parmenio Torres Cuadros como legitimarios del susodicho causante Sotero Cayo Torres, en su carácter de hijos naturales y en concurrencia con los ya citados cónyuge sobreviviente e hijos legítimos Flor de María o Flor del Carmen Lozano viuda de Torres y Ramiro y Marlene Torres Lozano, y con derecho a reclamar su legítima rigorosa únicamente, en la forma indicada en la parte motiva de esta providencia;

"3º Ordénase que al rehacer o hacer el trabajo de partición de los bienes pertenecientes a la sucesión testada del nombrado causante Sotero Cayo Torres, que se ventila en este Juzgado, y cuya mortuoria fue suspendida por el honorable Tribunal Superior en proveído del 17 de noviembre de 1959, se reconozca el derecho y tenga a los nombrados Pedro Jesús Torres Cuadros, Valentina Cuadros de Cuadros, Adelina Torres Cuadros y Parmenio Torres Cuadros como coherederos en su condición de hijos naturales del referido causante, en los términos indicados en los numerales precedentes, y en la proporción debida se les haga la adjudicación de bienes para cubrir las respectivas hijuelas;

"4º La parte demandada hará entrega a los demandantes, de los bienes que les correspondan en la sucesión testada de Sotero Cayo Torres, en la forma que se indica en el presente fallo;

"5º Dése el aviso de que tratan los artículos 370 del Código Civil y 33 del Decreto 1003 de 1939;

"6º Ordénase la inscripción de este fallo en las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de los Circuitos de Bucaramanga y Málaga;

"7º Condénase a la parte demandada al pago de las costas del juicio".

Ambas partes apelaron, mas la actora únicamente cuanto al silencio sobre condenación en frutos. Y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en fallo del 16 de marzo de 1961, decidió confirmar la sentencia de primer grado, "con las únicas modificaciones consistentes en declarar que los demandados están obligados a restituír a los demandantes los frutos naturales o civiles de los bienes que a éstos correspondan en la sucesión de Sotero Cayo Torres, devengados desde la fecha en que están en posesión de ellos, con sujeción a lo previsto en el ordinal 3º del artículo 1395 del Código Civil, adición que complementa el punto cuarto de la parte resolutiva de dicho fallo, y en disponer que la condena en costas de que fueron objeto los demandados, queda limitada al ochenta y cinco por ciento de las que tuvo que sufragar la parte contraria. Sin costas en esta instancia".

Cumple ahora a la Corte resolver sobre el recurso de casación interpuesto por la parte vencida.

LA SENTENCIA ACUSADA

El Tribunal examina cada una de las declaraciones de Raúl Gutiérrez Torres, Elías Barón, Luis Felipe Torres Sierra, Mercedes Cuadros, Nicanor Barón, José Luis Hernández Cáceres, José Natividad Núñez, Francisco Barón, Luis Enrique Barón Vargas, Sandalio Vera, Antonio Barón e Indalecio Ruiz Lozano; observa que casi todos ellos fueron repreguntados; subraya la edad madura y aun bastante avanzada de varios de los testigos; comenta sus manifestaciones y concluye:

"Los anteriores testimonios, aunque harto insuficientes para tener por demostrada la filiación natural con base en las relaciones sexuales, acreditan en forma evidente los hechos constitutivos de la posesión notoria del estado de hijos naturales alegada por los demandantes, como lo estimó el señor Juez del conocimiento. Las incongruencias y la falta de precisión que se observan en algunos de los testimonios, explicables a veces por la ignorancia o la avanzada edad de los deponentes, no alcanzan a alterar la verdad incontrovertible de que los cuatro demandantes tuvieron, mientras Sotero Cayo Torres vivió, y por espacio de muchos años, la posesión notoria del estado de hijos naturales suyos, el que fue reconocido no sólo por los vecinos de la región a que aquéllos pertenecían, sino por buen número de deudos del padre, todo ello en condiciones tales, que resultan ampliamente satisfechos los requisitos que se exigen en los artículos 398 y 399 del Código Civil, y 6º de la Ley 45 de 1936 para los fines que se buscan en el ejercicio de esta acción. En lo que respecta a Parmenio Torres Cuadros, si es verdad que no se allegó la prueba de la fecha de su nacimiento, no lo es menos que de dichos testimonios resulta demostrado que estuvo en posesión notoria del estado de hijo natural por lo menos

desde los años inmediatamente anteriores al de 1930".

Y a este mismo respecto de Parmenio Torres Cuadros, ya había dicho el sentenciador en otro paso de la motivación:

"Sin embargo, en sentir de la Sala, la falta de dicha prueba no es óbice para que pueda prosperar la acción de filiación natural en lo que atañe a Parmenio Cuadros Torres, si, como ha ocurrido en el fallo que se revisa, es la posesión notoria del estado de hijo natural lo que da ocasión a que se tenga por demostrada la correspondiente paternidad, puesto que entre nosotros cabe la declaración de filiación natural con respecto a uno solo de los padres, así como es legal el reconocimiento voluntario hecho por uno solo de éstos. Por modo contrario, la prueba de la filiación materna, en un juicio de filiación natural instaurado contra el padre, resulta de evidente necesidad siempre que las causales que se invoquen sean las contempladas en los ordinales 1º, 2º y 4º de la Ley 45 de 1936, por implicar hechos ejecutados con determinada mujer y de los cuales provino la concepción y el nacimiento del hijo natural".

LA IMPUGNACION

La demanda formula dos reparos que confluyen al mismo cargo de "violación directa de los artículos 398 y 399 del Código Civil y del artículo 6º de la Ley 45 de 1936", así como también "aplicación indebida de los artículos 4º y 19 del mismo estatuto, y 1321 del Código Civil".

I. Por el primer aspecto expone el recurrente que "ante la ausencia de la prueba principal del estado civil (que para el caso de partenidad-filiación natural respecto de padre consiste en el reconocimiento), es admisible la prueba supletoria, y dentro de ésta, la posesión notoria del estado de que se trate". Y agrega:

"Descompuesta la figura en los conocidos factores de *nomen, fama* y *tractatus,* la posesión exige por parte de la ley su decantación o compactación a través del tiempo, fijándose un término mínimo de diez años y la continuidad plena de las circunstancias que la configuran.

"El Tribunal, dentro del caso en cuestión afirma que los testimonios que transcribe, aportados por los demandantes, acreditan o colman las exigencias legales sobre posesión notoria del estado civil de hijos naturales que ellos reclamaban, sin discriminar o detallar tales requisitos, ni establecer cómo se demostraron, y más todavía, sin recordar las solicitudes cronológicas de la norma.

"¿Cómo puede calificarse tal actitud? Como una deficiencia de aplicación de los preceptos que demándan el tiempo mínimo y su continuidad.

"Como quiera que el fallador no puntualiza las circunstancias que integran la posesión notoria en abstracto, ni las que aquí a su juicio dan base para considerarla probada es dable pensar que la sentencia olvidó la demanda temporal, se contentó con los rasgos generales, perdió de vista los detalles y dio por establecida una posesión notoria sin reparar en el decenio continuo.

"No se trata sólo de probar la reputación y el sustento, que bien puede haber durado 'muchos años', sino que a ello debe agregarse la calidad y cantidad del tiempo. Diez años continuos. No es cualquier lapso por inmenso que aparezca, sino uno con duración mínima del decenio. Como tampoco de cualquiera clase de años, sino continuos.

"Y como la sentencia no atiende a este aspecto de la cuestión, estimo que incurrió en violación directa de las normas que a él se refieren, ya que por acreditadas que se juzguen las circunstancias restantes, faltó la alusiva al tiempo, en mi sentir por falta de recordación de tal factor".

II. El segundo aspecto está referido por el recurrente a que el Tribunal no debió "oír y despachar favorablemente las peticiones de Parmenio Torres Cuadros, no obstante que la identidad no se halla establecida".

"Para el Tribunal —agrega— no significa mayor cosa el que la partida de bautismo sea muda en torno al nombre, el que Parmenio Torres no haya probado quién es, pues dice que lo que aquí está en juego no es su relación materna, sino la paterna, y que éstas son independientes.

"Pero sucede que hijo natural, por definición, es solamente aquel que nace de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí y de madre soltera, viuda o separada legalmente. Con lo cual aparece claramente delineada la confusión: En rigor son independientes la maternidad y la paternidad, pero no inconexas, ya que la calidad de hijo natural se desprende de ciertos factores que solamente pueden operar sobre un terreno propicio. Por mu-

cho que se estiren las pruebas generales sobre posesión notoria del estado civil, así se considere que los actores demostraron en principio su filiación, el caso de Parmenio es diferente, pues no ha probado ser hijo de madre que pudiera dar a luz hijos naturales, y así no se pueden tener completos los elementos conceptuales de la filiación natural en su hipótesis. Con lo cual viene a establecerse el quebranto directo del citado artículo 1º de la Ley 45 de 1936, que tal considero que es el sentido de la violación y no una interpretación suya inadecuada, aun cuando tanto en uno como en otro evento las razones serían unas solas''.

SE CONSIDERA:

1. El fallo de instancia ingresa al recurso amparado por la presunción de que las probanzas fueron bien apreciadas y el derecho correctamente discernido por el sentenciador. Y cuando en concreto el cargo está formulado por quebranto directo o por aplicación indebida de normas sustanciales, escuetamente, ello con toda claridad significa que ante la Corte permanece incólume la cuestión de hecho, en conformidad con el mérito otorgado a los medios probatorios por el Tribunal Superior.

2. La paternidad no es susceptible de prueba directa. Y si se trata de filiación fuera de matrimonio, la sentencia judicial de paternidad ha de basarse en inferencias simples, cuyo poder de convicción penetra en el fuero interno del juzgador, sin que le sea dable a la Corte entrar allí, a no ser por la vía enteramente excepcional y estricta de la contraevidencia, si se muestra error manifiesto de hecho; o del quebranto de normas instrumentales de prueba, si la demanda alcanzare a establecer error de derecho en el sentenciador. Cabría en tales situaciones puntualizar si por consecuencia de alguno de esos yerros el fallo incidió indirectamente en violación de ciertas y determinadas leyes sustanciales. No cuando la censura deja intacta la valoración probatoria del fallo recurrido.

3. Si el sentenciador encuentra acreditados hasta la evidencia los supuestos de hecho que contemplan las normas estructurales de la posesión notoria del estado de hijo natural, la mera circunstancia extrínseca de que pudiera no ser del todo explícita, o hasta el hallarse aparentemente inadecuada la referencia al tracto continuo de diez años que por lo menos exige el artículo 398 del Código Civil para los respectivos hechos posesorios, en manera alguna invalida en casación el amplio conjunto de testimonios que la sentencia valora uno a uno, ni menos desvirtúa el convencimiento pleno del Tribunal acerca de la existencia de la relación paterno-filial que el fallo declara.

4. Es notorio el interés de la ley en que el reconocimiento que por acto separado haga cualquiera de los padres no exprese ''el nombre de la persona con quien fue habido el hijo''. ''El funcionario ante quien se haga esta declaración omitirá en el acta o diligencia las palabras que la contengan'', ordena el inciso 2º, artículo 2º, Ley 45 de 1936. Lo cual tiene virtud suficiente a demostrar que cuando con respecto al padre se acredita en juicio la posesión notoria del estado de hijo natural, ninguna secuela adversa podría desprenderse de la ausencia de mérito probatorio en el acta de nacimiento, indicativa de la filiación materna, que se ha mantenido afuera del proceso.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 16 de marzo de 1961 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

FILIACION NATURAL, PETICION DE HERENCIA Y REFORMA DEL TESTAMENTO

Se desestiman los reparos formulados contra la sentencia que hizo declaración sobre filiación natural y ordenó la reforma del testamento otorgado por el padre. El demandante, quien actuó representado por su madre, nació con posterioridad al fallecimiento de su padre natural.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Para que pueda afirmarse que una sentencia es incongruente, por defecto de proveimiento, es preciso que, conforme a sus términos, quede sin solución la cuestión que se dice pretermitida.

2. Para que un fallo adolezca de insuficiencia en relación con las excepciones propuestas, no basta que se haya omitido una decisión especial al respecto, sino que es necesario que, por consecuencia de esta omisión, haya dejado de desatarse alguna de las cuestiones sometidas a controversia.

3. Para que el error de hecho en la ponderación de un medio probatorio pueda tener entidad en el recurso extraordinario, debe ser evidente.

4. La prueba de confesión, para serlo, ha de consistir en la declaración afirmativa de un hecho personal o de que se tiene conocimiento, hecha en su propio perjuicio por quien es parte en la causa, y siempre que por el derecho no se excluya la posibilidad de emplear este medio probatorio.

5. La criatura concebida debe considerarse como nacida cada vez que se trate de sus intereses, esto es, para todo lo que la favorece, sin que tal regla pueda obrar directamente en su perjuicio.

6. Por regla general la confesión no es medio de prueba en las cuestiones del estado civil.

7. No presumiéndose el desconocimiento del proceso por parte del juzgador, el hecho de que éste no se haya referido expresamente a determinada prueba, no implica, por sí solo que la haya olvidado, cuando sus conclusiones no repugnan a la situación resultante de la misma prueba.

8. Enumeración de las condiciones ineludibles que supone la aplicación del principio de analogía consagrado en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887.

9. Confrontando el caso del hijo póstumo de matrimonio, con el del póstumo natural, generado de relaciones sexuales estables, bien se echa de ver que la razón que determina, en el primero, las normas sobre denunciación del embarazo por parte de la viuda, no existe, en el segundo, para colocar a la madre natural y consiguientemente al hijo bajo la aplicación de las mismas.

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

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 5 de diciembre de 1959, en el juicio ordinario de Carlos Adolfo Mejía, representado por su madre Clara Inés Mejía, contra Olga Pinzón Ramírez de Pinzón Neira.

I

EL LITIGIO

Clara Inés Mejía, obrando como representante legal de su hijo natural, el impúber Carlos Adolfo Mejía, trajo a juicio a la señora Olga Pinzón Ramírez de Pinzón Neira, en su carácter de hija natural y heredera testamentaria del finado doctor Adolfo Pinzón Castilla, para que se declarase que el referido impúber es hijo natural póstumo del último y que, en tal virtud, tiene derecho a intervenir en la sucesión de su pretendido pa-

dre y a participar en su herencia, en la proporción establecida por la ley; y que se ordene la reforma del testamento abierto otorgado por el dicho doctor Pinzón Castilla, ante el Notario 1º del Circuito de Bogotá, mediante la escritura número 881 de 10 de marzo de 1955, especialmente en su cláusula novena, "en el sentido de establecer que el menor Carlos Adolfo Mejía concurrirá con la demandada Olga Pinzón Ramírez de Pinzón Neira, ambos como hijos naturales del causante y por iguales partes, en la porción de las legítimas rigurosas, o sea en la mitad de los bienes herenciales del doctor Adolfo Pinzón Castilla, o en la parte que corresponda según la ley".

En lo sustancial, los hechos del libelo, configurativos de la *causa petendi*, pueden sintetizarse así:

Que entre el doctor Adolfo Pinzón Castilla y Clara Inés Mejía existieron relaciones sexuales estables y notorias, con comunidad de habitación y recíproco tratamiento de cónyuges, aunque no lo eran, durante varios años, desde 1949 hasta el 18 de septiembre de 1955, en que ocurrió el deceso del doctor Pinzón Castilla;

que éste tuvo pleno conocimiento del estado de gravidez de Clara Inés Mejía, a quien prodigó todos los cuidados y atenciones requeridos en el caso;

que, con posterioridad a la muerte del doctor Pinzón Castilla, el 12 de octubre de 1955, Clara Inés Mejía dio a luz un niño, a quien se puso el nombre de Carlos Adolfo, "el cual en esta forma vino a nacer después de ciento ochenta días desde que empezaron las relaciones sexuales entre Adolfo Pinzón Castilla y Clara Inés Mejía y dentro de los trescientos días siguientes a la fecha del fallecimiento de aquél, en que esas relaciones cesaron", y

que el causante, en su referido testamento, nombró como su única y universal heredera a la demandada, sin que hasta el momento de iniciar la acción se haya reconocido tal carácter a ninguna otra persona, en el juicio de sucesión de aquél, abierto en el Juzgado Quinto Civil de este Circuito, sobre la base de la memoria testamentaria dicha.

Sin contestación de la demanda y con producción de pruebas de una y otra parte, cerróse la primera instancia mediante fallo en que se acogen las súplicas de la actora, y el cual, apelado por la contraria, fue confirmado por el del Tribunal Superior, de fecha 5 de diciembre de 1959, del que conoce ahora la Corte, en virtud del recurso de casación interpuesto por la misma parte vencida.

II

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal, luégo de contemplar las condiciones de la acción declarativa de la paternidad natural con base en el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, en que fundó su petición la parte demandante y hecho el examen de la prueba existente en autos sobre el punto, concluye así:

"Integro el acervo probatorio producido tanto por la parte demandante como por la parte demandada, lleva a la convicción del Tribunal que hubo relaciones sexuales, estables, permanentes y notorias entre el causante Adolfo Pinzón Castilla y Clara Inés Mejía Carvajal, las cuales se extendieron en forma ininterrumpida desde el año de 1948 hasta la muerte de Pinzón Castilla, ocurrida, según la partida que obra a folio 2º del cuaderno 1º del expediente, el 18 de septiembre de 1955. Ahora bien, como el nacimiento del menor cuya declaratoria de filiación se impetra ocurrió, según la partida que obra a folio 3º del cuaderno 1º, el 12 de octubre de 1955, está protegido por la presunción contemplada por el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, en relación con la presunción del artículo 92 del Código Civil, por tanto hay que tenerlo como hijo natural póstumo del causante mientras no aparezca desvirtuáda en autos en forma plena, la presunción de hecho a que se acaba de hacer relación".

En lo atinente a la excepción de absoluta imposibilidad física de acceso del varón a la mujer durante la época presunta de la concepción, de que trata el último inciso del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, el juzgador, en el estudio de los elementos probatorios relacionados con esta materia, consistentes en las declaraciones de Carlos E. Rodríguez, Paulo Pinzón Castilla, Luis Bergareche y Francisco Afanador Jiménez y en un documento suscrito por Clara Inés Mejía, llega a las siguientes conclusiones:

Que, cuando los dos primeros "declaran que el causante Adolfo Pinzón Castilla les dijo de manera rotunda que él no podía ser el padre del hijo que llevaba en su seno Clara Inés..., tales declaraciones no precisan que Pinzón hubiera manifestado su impotencia y aún llega Rodríguez a manifestar que la enfermedad que causó la muerte de Pinzón tuvo un proceso anterior de dos años, afirmación que aparece contradicha por otras pruebas presentadas por la misma par-

te demandada, lo que le resta más seriedad a la relación de causalidad que según su testimonio existió entre la enfermedad y la impotencia'';

que, ''los síntomas de la grave enfermedad que puso fin a los días de Pinzón sólo se insinuaron en el mes de octubre, según la *suposición* del doctor Bergareche, quien por ser médico, haberlo examinado y tratado y conocer su historia clínica, debe ser atendido de preferencia en relación con la enfermedad del causante. Además, la historia clínica sólo se remonta al mes de abril de 1955, en que ingresó a la Clínica de Marly y que el tratamiento practicado en la Clínica Bogotá, que originó la historia clínica que obra en autos, se remonta al mes de mayo del mismo año'';

que, aunque el mismo Bergareche y el declarante Afanador Jiménez, al referirse a las manifestaciones que el doctor Adolfo Pinzón Castilla les hizo en relación con el embarazo de Clara Inés Mejía, expresan, el primero que ''al doctor Pinzón siempre se le hizo sospechosa su paternidad'', y el segundo que aquél le ''manifestó sus dudas respecto a la paternidad de ese embarazo, debido a su gran agotamiento físico que le ocasionaba la enfermedad que sufría'', de ello se ve que ''Pinzón manifestó dudas, no certeza de no ser él el padre del hijo que habría de dar a luz Clara Inés Mejía'', punto este sobre el cual el sentenciador hace suyo el concepto del Juez de la primera instancia, el que transcribe así: '' 'La sospecha', la 'duda' de que hablan los testigos doctores Bergareche y Afanador Jiménez, son en sentir de este despacho, la prueba evidente de que sí hubo 'acceso carnal', pues es perfectamente claro que si no hubiera habido aquel acceso carnal, fatalmente hubiera negado de manera rotunda la posible o presunta paternidad, sin quedarse en el terreno de la incertidumbre de que hablan los testigos que se citan''; y

que el documento suscrito, con fecha 16 de mayo de 1955, por Clara Inés Mejía, en que ésta, dándose por sabedora de las cláusulas novena y undécima del testamento del doctor Adolfo Pinzón Castilla, acepta el legado a favor de la declarante establecido en la séptima, y dice que ''así mismo por el conocimiento personal que he tenido del doctor Pinzón Castilla durante siete (7) años en que he trabajado con él como Secretaria, me consta que dicha cláusula undécima (11ª) de la citada escritura es absolutamente cierta, pues el doctor Adolfo Pinzón Castilla, fuera de la señora Olga Pinzón de Pinzón Neira, no deja, hasta la fecha de hoy, ningún hijo póstumo legítimo ni natural'', aparte de contener una declaración en que ''la señora no expresa no estar embarazada por el doctor Pinzón'' y que ''no sólo es vaga, ineficaz y ambigua... sino que ella la limita 'hasta la fecha de hoy' 16 de mayo de 1955, fecha en que realmente no había nacido Carlos Adolfo Mejía... no es una confesión en la presente controversia en que son partes el menor impúber Carlos Adolfo Mejía y la sucesión del doctor Adolfo Pinzón Castilla, sino una simple declaración o testimonio..., no reconoce un hecho que afecte la pretensión del menor Carlos Adolfo Mejía, resultando innocua por tal concepto...; sería preciso examinarla como testimonio, desde luego que no es declaración de 'parte' y entonces habría que convenir que en el momento en que se hizo se hallaban en juego dos intereses: el personal y propio de la señora Clara Inés enderezado a conservar los legados que el causante le había asignado en su testamento y que corrían el riesgo de ser revocados si contrariaba la voluntad de quien proponía, por insinuación de su abogado, que se le firmara la constancia que se estudia, y el eventual interés de un posible hijo cuya existencia sólo comenzaría meses después, 'al separarse completamente de su madre'.''

Por todo lo cual desestimó el sentenciador la excepción de absoluta imposibilidad física de acceso carnal.

III

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

1. Tres cargos propone la censura contra la sentencia recurrida: uno en relación con la causal 2ª del artículo 520 del Código Judicial y los otros dos relativos a la causal 1ª. Se estudiarán en el orden de su presentación.

Primer cargo.

2. Se acusa la sentencia, de no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por la parte demandada, en cuanto dejó de decidir sobre la excepción alegada por ésta en segunda instancia, acerca de relaciones carnales de Clara Inés Mejía con hombre distinto del doctor Adolfo Pinzón Castilla, durante el tiempo en que se presume la concepción del impúber Carlos Adolfo Mejía.

Se considera:

3. Para que pueda afirmarse que una sentencia es incongruente, por defecto de proveimiento, es preciso que, de sus términos, dada la materia de que se ocupa y el engranaje entre la parte considerativa y la resolutiva del proveído, quede sin solución la cuestión que se dice pretermitida. Por lo mismo, tratándose de las excepciones propuestas, para que el fallo adolezca de insuficiencia, no basta que se haya omitido una decisión especial al respecto, sino que es necesario que, por consecuencia de esta omisión, haya dejado de desatarse alguna de las cuestiones sometidas a controversia.

Pero, en el caso *sub judice,* no se advierte ocurrencia de esta índole que configure la excepción aludida.

En efecto: Si el Tribunal confirmó, sin rectificación ni reserva alguna, o lo que es lo mismo, en todas sus partes, el pronunciamiento del inferior; y si éste, al estudiar *ex officio,* en uso de su poder jurisdiccional (art. 343, C. J.), la posibilidad exceptiva de que Clara Inés Mejía hubiera tenido relaciones carnales con hombre distinto del doctor Pinzón Castilla, concluyó en que esa circunstancia "debe marginizarse (sic) de una vez, pues sobre el particular ninguna prueba se adujo", con lo que ventiló así este punto, para poder declarar la paternidad de Pinzón Castilla respecto del impúber demandante, quiere todo ello decir que el juzgador de segunda instancia, al acoger la decisión del inferior, dejó resuelta la causa en la misma forma en que éste lo hizo, desechando los extremos exceptivos que éste desechó y otorgando las súplicas que el mismo otorgó. Resultaría un contrasentido que, confirmada a plenitud la sentencia de primer grado, en donde quedó resuelta en sentido adverso a la parte demandada la susodicha excepción, este mismo resultado no se entendiese incluído en el pronunciamiento del superior.

4. Es más: Del propio texto del fallo del Tribunal resulta que éste sí se ocupó de la excepción, cuando dijo: "El estudio se concreta a la absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer, ya que ni aparece alegado, *ni mucho menos probado* que ella hubiera tenido en el período contemplado por la ley relaciones carnales con hombres distintos de Pinzón Castilla" (se subraya). Aunque resulta inexacto el que la excepción no aparezca invocada, pues lo fue *in abstracto* en el alegato de conclusión en segunda instancia, es lo cierto que no fue ésta la única razón del Tribunal para desechar de plano la excepción de que se trata, sino que adujo, al tenor de lo transcrito, otra fundamental: la de no estar probado que la madre del impúber hubiera alternado carnalmente con varón distinto de Pinzón Castilla. En esta forma se pronunció directamente sobre el medio exceptivo en cuestión.

Lo dicho es suficiente para desestimar el reparo.

Segundo cargo.

5. Violación de los artículos 4º, ordinal 4º e inciso final del numeral 5º, de la Ley 45 de 1936, 19 y 20 de la misma Ley y 1240, 1274 y 1275 del Código Civil, a consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de ciertas pruebas.

A intento de fundar este motivo de casación, el impugnante alega, en sustancia, lo siguiente:

Que el sentenciador no tuvo en cuenta las pruebas que acreditan la excepción de las relaciones sexuales de Clara Inés Mejía con hombre distinto del doctor Adolfo Pinzón Castilla, durante la época legalmente presuntiva de la concepción del infante;

que esas pruebas no tenidas en cuenta son el documento otorgado por la mencionada Mejía que forma el folio 26 del cuaderno número 3 y el pliego de posiciones pedidas a ésta y su absolución, que obran a los folios 38 a 41 del mismo cuaderno;

que en el referido documento suscrito por aquélla, con fecha 16 de mayo de 1955, cuando ya sabía, por lo menos con anterioridad de tres días, que estaba embarazada, como resulta de su contestación a la posición quinta, declaró que "el doctor Adolfo Pinzón Castilla, fuera de la señora Olga Pinzón de Pinzón Neira, no deja, hasta la fecha de hoy, ningún hijo póstumo legítimo ni natural";

que la misma Mejía contestó afirmativamente a la posición sexta, cuyo tenor reza: "¿Es cierto, sí o no, que ante el rechazo rotundo y absoluto de su paternidad por parte del doctor Adoldo Pinzón, usted para tranquilizarlo le firmó el 16 de mayo de 1955 una declaración escrita y autenticada en la Notaría, sobre el hecho de que él no era el padre de la criatura que usted había concebido y daría a luz a su tiempo, obedeciendo así a un sentimiento de verdad y de justicia?";

que "la modificación que la absolvente agrega a su confesión cuando dice que fue obligada por el doctor Pinzón a firmar el documento, es

un hecho exceptivo que tenía el deber de demostrar y que no lo ha demostrado en forma alguna";

que ese documento suscrito por la Mejía cinco meses antes de haber nacido su hijo Carlos Adolfo, "en esencia versa sobre un hecho ejecutado por ella, o sea sobre la infidelidad en que incurrió con respecto al doctor Pinzón Castilla", hecho "susceptible de ser establecido por cualquier medio probatorio";

que "nadie pretende que esa pieza sea una confesión; lo que ocurre es que tiene, según el artículo 637 del Código Judicial, *la fuerza* de una confesión judicial, o sea pleno valor probatorio (art. 606 ibídem)", textos con los que concurre el artículo 1761 del Código Civil que "también le atribuye al mencionado documento el valor de plena prueba. Todo esto demuestra el error de derecho en que incurrió el sentenciador";

que, así las cosas, la declaración de la Mejía contenida en ese documento y las posiciones y respuestas citadas, relacionando el primero con las últimas, forman, conforme a lo estatuído en los artículos 637, 603, 606, 607 y 622 del Código Judicial, plena prueba de que "el doctor Adolfo Pinzón no era padre de la criatura que a la fecha del documento llevaba en sus entrañas Clara Inés Mejía";

que todo corrobora en este proceso la verdad de esa conclusión: "La edad avanzada del doctor Pinzón, que en marzo de 1955 cumplió nada menos que 69 años (partida, f. 1, c. 3); su estado de decrepitud física, como que había sido sometido a dos intervenciones quirúrgicas graves por el doctor Bergareche; el concepto médico de éste (f. 67, c. citado) sobre que debido a la edad, a la grave enfermedad de que padecía y a su estado de agotamiento, la capacidad sexual del doctor Pinzón Castilla 'debía ser prácticamente nula'; la gran sorpresa que manifestó el doctor Pinzón Castilla (declaraciones de los doctores Carlos E. Rodríguez, Bergareche y Afanador Jiménez) al enterarse del estado de embarazo de Clara Inés y el rechazo categórico de su paternidad, y la circunstancia asaz significativa de que habiendo, al decir de la demandante, comenzado las relaciones sexuales en el año de 1948 fuera en 1955, cuando ya el doctor Pinzón se encontraba decrépito, gravemente enfermo y al borde de la tumba, cuando Clara Inés viniera a resultar embarazada";

que "Todos estos indicios graves y relacionados entre sí, y si se quiere aunados al documento y posiciones citados robustecen y prueban la verdad de la declaración en éstos contenida";

que "La interpretación que el Tribunal le da al documento, por no tomar en cuenta las citadas posiciones e indicios, al acoger la tesis del Juzgado sobre que la declaración que contiene no se refiere al hijo de Clara Inés, y sobre que aquélla es vaga, ineficaz y ambigua, es manifiestamente equivocada";

que, entonces, ese hijo de la Mejía, si no lo es del doctor Pinzón Castilla, "lo será necesariamente de otro hombre, con quien ella mantuvo relaciones carnales", todo lo cual configura la llamada excepción de infidelidad contemplada en el inciso final del artículo 4º de la Ley 45 de 1936;

Y remata el impugnante este capítulo de su acusación así:

"En consecuencia de todo lo dicho el Tribunal incurrió en error manifiesto de hecho en la determinación del sentido y alcance del documento que he citado; en ese mismo error al no tomar en cuenta la referida diligencia de absolución de posiciones y al no relacionarlas con aquél, como debió hacerlo; en error de hecho al no tomar en cuenta los indicios que puntualicé, que corroboran aquellas pruebas, y en error de derecho al no otorgarles por sí solos a dichos elementos de convicción o a su conjunto, el pleno valor probatorio que les corresponde en relación con las conclusiones que de ellos he desprendido, y a consecuencia de todo ello quebrantó las disposiciones citadas en el encabezamiento del cargo".

Consideraciones de la Corte:

6. Aunque en principio no es dable el ataque por error de hecho y de derecho simultáneos, en la estimación de un determinado elemento probatorio, como tan reiteradamente lo tiene advertido la doctrina, ello no quita el que por amplitud puedan examinarse aquí los reparos que informan este capítulo de la censura, en cuanto semejante duplicidad corresponda a diversas apreciaciones del sentenciador respecto de una misma prueba. Lo cual toca principalmente con el tratamiento dado a la declaración documental de Clara Inés Mejía, en relación con las posiciones absueltas por la misma.

Como el recurrente termina por censurar la interpretación que de ese documento hiciera el Tribunal, hay que entender que, cuando aquél alega que éste no tuvo en cuenta dicha pieza, no intentó significar que la hubiera ignorado o no visto, o sea una falta de apreciación, sino que solamente pretendió argüir desestimación de su

virtud demostrativa, ya en el aspecto de hecho, ya en punto de tarifa legal.

7. Viniendo a lo primero, conviene recordar que, para que el error de hecho en la ponderación de un medio probatorio, pueda tener entidad en el recurso extraordinario, debe ser evidente, en el sentido de que el Tribunal, al contemplar la prueba, le haya hecho decir lo que ella no expresa, esto es, atribuídole un significado distinto del que natural y obviamente resulta de su tenor literal, sin que sea preciso recurrir a esfuerzos críticos de inducción o deducción, para captar tal yerro, el que ha de brillar al ojo.

8. Por lo cual, si el texto de una prueba admite interpretaciones distintas, ninguna de las cuales está plenamente contradicha por otras pruebas del proceso, la preferencia que el juzgador otorgue a cualquiera de esas interpretaciones se ampara en su autonomía y es así intocable en casación.

Ciertamente es esto lo que ocurre respecto de la declaración de Clara Inés Mejía, contenida en el documento de 16 de mayo de 1955, porque si dijo en él que, fuera de la señora Olga de Pinzón Neira, el doctor Pinzón Castilla "no deja, hasta la fecha de hoy, ningún hijo póstumo legítimo ni natural", aun admitiendo, con fundamento en las posiciones absueltas por la misma Mejía, que ésta, a la fecha del documento, sabía de su estado de gravidez, bien pudo el Tribunal, como lo hizo el juez inferior, entender que la otorgante de aquel instrumento limitó el alcance de su declaración al propio 16 de mayo de 1955, en que realmente no había nacido Carlos Adolfo Mejía —dado a luz cinco meses después—, y en que menos se podía hablar de "póstumo", no habiendo muerto aún el doctor Pinzón Castilla. Por lo mismo, mal podía el Tribunal hacerle decir a esa declaración, lo que su autora no dijo, es decir: que ella no estaba embarazada del referido doctor o que había tenido relaciones sexuales con otro hombre.

9. Pero, aun suponiendo que el Tribunal, al desechar la declaración de Clara Inés Mejía, hubiera incurrido en el error de hecho que la censura le imputa, ello sería intrascendente en este recurso, desde luego que esa manifestación en el sentido en que el impugnante la entiende, carecería en absoluto del mérito que éste pretende atribuírle, de acto con "fuerza de confesión judicial" y "pleno valor probatorio", contra el estado civil que el impúber Carlos Adolfo Mejía ha venido a propugnar en este litigio. Lo cual importa el examen del cargo en cuanto está formulado por violación-medio de los artículos 603, 606, 607, 622 y 637 del Código Judicial y 1761 del Código Civil.

10. Si por imperativo jurídico, la prueba de confesión, para serlo, ha de consistir en la declaración afirmativa de un hecho personal o de que se tiene conocimiento, hecha en su propio perjuicio por quien es parte en la causa, y siempre que por el derecho no se excluya la posibilidad de emplear este medio probatorio (arts. 1769 C. Civ., 604, 605 y 613 C. J.), es evidente que la declaración otorgada por la Mejía en el documento de 16 de mayo de 1955, por no llenar estos requisitos, no es una confesión frente al impúber Carlos Adolfo.

11. Ante todo, la declarante no actúa en este juicio en su propio nombre, sino como representante legal de su referido menor hijo, quien es el sujeto activo de la acción; de manera que lo que aquélla depone en ese documento y en la absolución de las posiciones que con éste se relacionan, versa, no sobre hechos personales del impúber actor o en relación con los cuales se pueda atribuír a éste un conocimiento propio, sino sobre situaciones exclusivamente personales de la exponente Mejía. Ni ésta, antes del juicio, como madre del infante por nacer —*nasciturus*—, ni después de su alumbramiento, como representante legal del mismo, dentro del juicio, estaba autorizada por la ley para hacer confesión alguna en perjuicio del estado civil de la criatura, lo que ciertamente no se hubiera compadecido con la mente de preceptos tales como los artículos 93 y 2473 del Código Civil.

12. Porque, el primero de estos textos, al reconocer la personalidad condicional del *nasciturus*, dándole validez a la delación de los derechos a su favor durante el tiempo de su latencia *in utero*, en cuanto el nacimiento constituya un principio de existencia, no hizo sino aplicar el aforismo del derecho romano: "Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur". (Dig. L. 7ª), según el cual la criatura concebida debe considerarse como nacida cada vez que se trate de sus intereses, esto es, para todo lo que le favorece, sin que la regla pueda obrar directamente en su perjuicio, porque, como lo determinó el antiguo ordenamiento español, al inspirarse en el romano, "lo que fuesse dicho o fecho a daño de su persona no le empesce" (Ley 3ª, Título 23, partida 4ª); y el artículo 2473, al preceptuar que "no se puede transigir sobre el estado civil de las personas", implícitamente y en principio excluye la confesión como medio de prueba contra el estado

civil, ya que de lo que no se puede disponer por transacción no ha de permitirse hacerlo, por confesión, la que es inadmisible cuando se refiere a un derecho de que la parte que declara no ha podido disponer.

13. Es así como el legislador, al disciplinar las posibilidades probatorias en relación con el estado civil de las personas, no da cabida a la confesión, sino excepcionalmente, por ejemplo, cuando en el artículo 4º de la Ley 45 de 1936 establece como una de las causales de declaración judicial de la paternidad natural, la existencia de "carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre, que contenga una confesión inequívoca de paternidad". Por eso, la jurisprudencia proclama que "generalmente la confesión no es medio idóneo de prueba en las cuestiones de estado civil, porque en esta materia el orden público está de por medio, sin que sea posible modificar por la simple voluntad individual la posición que a una persona le corresponde en sus relaciones de familia. Por eso ha dicho la Corte que 'cuando se trata de extremos que se refieren al estado civil de las personas, porque de él se derivan derechos y obligaciones, el sentimiento de la parte no es prueba legal de la constitución del respectivo estado. Esta comprobación se rige por pruebas taxativas y precisas' ". (Casación: febrero 22 de 1944, LVII, 68; septiembre 18 de 1947, LXIII, 28; agosto 19 de 1954, LXXVIII, 253; agosto 31 de 1955, LXXXI, 84).

14. En consecuencia, es inadmisible la alegación del recurrente, cuando sostiene que, aunque la susodicha declaración de Clara Inés Mejía no sea una confesión, sí tiene la fuerza de tal, pues en manera alguna podría el derecho otorgarle el valor de confesión a una manifestación que no lo es, ni aun à la que, teniendo condiciones para serlo, estuviese despojada de ese mérito por el mismo derecho. Ello sería dar paso a la antinomia.

15. Como en la última parte del cargo se alega que el Tribunal incurrió en error de hecho, al no tomar en cuenta los indicios que el recurrente entiende deducir de algunos de los elementos probatorios que él cita, según párrafo de la acusación transcrito atrás, conviene considerar lo siguiente: que, no presumiéndose el desconocimiento del proceso por parte del juzgador, el hecho de que éste no se haya referido expresamente a determinada prueba, no implica por sí solo que la haya olvidado, cuando sus conclusiones no repugnan a la situación resultante de la misma prueba; y que, en el caso *sub judice*, mal pudo el Tribunal ignorar los ingredientes del pretendido haz indiciario, desde luego que se ocupó de analizar en una u otra forma las declaraciones de los doctores Luis Bergareche, Carlos E. Rodríguez y Francisco Afanador Jiménez, de las que, junto con la partida de nacimiento del doctor Adolfo Pinzón Castilla, se sirve el recurrente para su operación indiciaria; sin que obste el silencio del fallador acerca de la referida partida de nacimiento, sobre la que ha pretendido la censura fundar el indicio de la avanzada edad del doctor Pinzón Castilla, pues que a esa edad —69 años para mediados de marzo de 1955— se refiere el testimonio del médico Bergareche en el punto noveno de su exposición (fs. 21, 22, 67 y 68, c. 3).

Así las cosas, si el juzgador no encontró en tales medios, en concurrencia con el documento y absolución de posiciones de Clara Inés Mejía, los indicios que destaca la censura como constitutivos de la prueba de haber tenido la nombrada Mejía relaciones carnales con hombre distinto del doctor Pinzón Castilla, semejante resultado crítico se ampara en la autonomía del Tribunal, cuyo fuero de apreciación de los hechos es intangible en casación, mientras su actividad mental al respecto no sea convicta de error evidente en el sentido que ya se precisó. Y no habiéndose demostrado esto en el presente recurso, no cabe que el concepto del juzgador de instancia haya de ser sacrificado al del impugnante.

Cargo tercero.

16. Formulado por falta de aplicación de los artículos 8º de la Ley 153 de 1887, 232 especialmente incisos 2º y 3º, 225 inciso 3º, y 228 del Código Civil, y por aplicación indebida del artículo 4º, ordinal 4º de la Ley 45 de 1936, se hace consistir sustancialmente en lo siguiente:

Que según el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido se deben aplicar las que regulan casos o materias semejantes;

que, refiriéndose las reglas relativas al hijo póstumo contenidas en el Capítulo 3º del Título 10 del Código Civil a los hijos legítimos, sin que en dicha obra se encuentren disposiciones expresas referentes al hijo natural póstumo que se dice concebido dentro de relaciones sexuales estables y notorias, se impone el que las normas del Código Civil, relativas al póstumo de la primera especie, se apliquen al de la se-

gunda, por fuerza del mandato del artículo 8º de la Ley 153 citada;

que el artículo 232 del Código Civil dispone que "muerto el marido, la mujer que se creyere embarazada podrá denunciarlo a los que, no existiendo el póstumo, serían llamados a suceder al difunto. La denunciación deberá hacerse dentro de los treinta días subsiguientes a su conocimiento de la muerte del marido, pero podrá justificarse o disculparse el retardo, como en el caso del artículo 225, inciso 3º. Los interesados tendrán los derechos que por los artículos anteriores se conceden al marido en el caso de la mujer recién divorciada, pero sujetos a las mismas restricciones y cargas";

que entre tales preceptos está el del artículo 228, según el cual si no se realizaren la guarda e inspección de la mujer encinta por falta de la denunciación referida, "no será obligado el marido a reconocer el hecho y circunstancias del parto, sino en cuanto se probaren inequívocamente por parte de la mujer o del hijo, en juicio contradictorio";

que como en el caso *sub judice* "no se hizo la denunciación dicha, ni se ha declarado justificable el retardo, ni se ha probado inequívocamente en juicio contradictorio el hecho y las circunstancias del parto, dentro de las cuales está la identidad del hijo que se dice nacido de la demandante con el que figura en el pleito, la demanda no está llamada a prosperar...", porque cuando aquella denunciación "falta o no se da, la declaratoria de filiación no puede hacerse sino mediante el previo cumplimiento de las formalidades consagradas...". Por todo lo cual, —concluye el impugnante—, quebrantó el sentenciador los referidos ordenamientos de la ley civil.

La Corte considera:

17. El principio de la analogía o argumento *a simili* consagrado en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, supone estas condiciones ineludibles: a) Que no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido; b) Que la especie legislada sea semejante a la especie carente de norma; y c) Que exista la misma razón para aplicar a la última el precepto estatuído respecto de la primera: *Ubi eadem legis ratio ibi eadem legis dispositio.*

Destacando el último de los presupuestos anotados, dice un crítico en la materia: El argumento *a simili* "consiste en aplicar a un caso no previsto la regla establecida para otro caso semejante, *porque la razón para decidir es una misma*... En todo caso se necesita, como se ve, que haya fundamento *para razonar de una misma manera* en ambos casos, o sea que exista un mismo motivo de decisión... El argumento *a simili* no podría invocarse, si los dos casos que tiende a hacer juzgar de una misma manera, perteneciesen cada uno a un orden de cosas diferentes". (H. De Saint Albin, Lógica Judicial, traducción de Concha, 2ª Edic., pág. 347 ss.).

18. Ahora bien: Confrontando el caso del hijo póstumo de matrimonio, con el del póstumo natural, generado de relaciones sexuales estables, bien se echa de ver que la razón que determina, en el primero, las normas sobre denunciación del embarazo por parte de la viuda, no existe, en el segundo, para colocar a la madre natural y consiguientemente al hijo bajo la aplicación de las mismas.

Porque, en el caso del póstumo legítimo que nace dentro de los trescientos días subsiguientes a la disolución del matrimonio, amparado como está por la presunción "pater is est quem nuptiae demonstrant" (artículos 213, 214 y 220 del Código Civil), tiene por padre al difunto marido, sin necesidad de una sentencia judicial que así lo declare; por lo cual, para evitar que, abusando de esta situación privilegiada, la viuda, libre ya de toda dependencia y vigilancia marital, incurra en una suposición de parto con el resultado de atribuírle la herencia del marido a un hijo que no es de éste, dispone el artículo 232 que "muerto el marido, la mujer que se creyere embarazada podrá denunciarlo a los que, no existiendo el póstumo, serían llamados a suceder al difunto", de modo que, si ella no cumple con hacer tal denunciación dentro del término que el mismo precepto señala o no justifica ante el Juez su retardo, los interesados en recoger la herencia del marido, a falta del hijo, no serán obligados a reconocer el hecho y circunstancias del parto, sino en cuanto se probaren inequívocamente por parte de la mujer o del hijo, en juicio contradictorio (art. 228 ibíd.).

19. Distinta es la situación en el caso del hijo natural póstumo, nacido de relaciones sexuales estables, porque, no encontrándose cubierto de antemano por una presunción legal que fije su filiación respecto de determinado padre, obligado está a demostrar la causal de esa filiación en juicio contradictorio (artículo 4º, ordinal 4º, Ley 45 de 1936), juicio en el cual los interesados podrán discutirle el hecho y las circunstancias del parto, dentro del marco de las regulaciones legales.

Vése, pues, que no existe la misma razón para aplicar en la hipótesis del póstumo natural

los ordenamientos del Código Civil para la hipótesis del póstumo legítimo.

Si, pues, el sentenciador no tenía por qué aplicar *a simili* en el caso ventilado los artículos 232, 225 inciso 3º y 228 del Código Civil, quiere decir que, por tal causa, no quebrantó el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, ni los antedichos textos, ni por indebida aplicación consecuencial el artículo 4º, ordinal 4º de la Ley 45 de 1936, como lo ha pretendido la censura.

No prosperan, pues, los cargos.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha cinco (5) de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior de Bogotá.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

ACCION RESOLUTORIA

Violación directa de la ley sustantiva en la sentencia acusada. Esta consideró improcedente la acción resolutoria respecto de cierto contrato de permuta de vehículos. La Corte lo declara resuelto.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. La compraventa tiene carácter civil cuando las cosas adquiridas están destinadas al consumo de los adquirentes mismos o de sus familiares, y carácter comercial cuando hay en los contratantes ánimo de lucro o especulación.

2. En asuntos mercantiles son de preferente aplicación las normas del Código de Comercio.

3. Dentro del ámbito de los artículos 1546 y 1609 del Código Civil, sólo el contratante cumplidor puede pedir la resolución del contrato. Si, pues, el actor se halla en mora de cumplir alguna de sus obligaciones, la acción se quiebra por la excepción de contrato no cumplido.

4. En tratándose de una compraventa o permuta de índole comercial, el comprador no se encuentra en mora de recibir los efectos comprados, ya se trate de especies o de cosas de género, mientras no haya rehusado, sin justa causa, la recepción de ellos (artículo 244 del Código de Comercio).

5. Constando por escrito un contrato que vale más de quinientos pesos, no es admisible la prueba testimonial conducente a adicionar o alterar su contenido expreso.

6. El mandato comercial, en los términos de los artículos 331, 332, 396, 408 y siguientes del Código de Comercio recibe el nombre de comisión para vender.

7. Aunque, generalmente, tanto el mandato civil como el comercial llevan consigo la representación del mandante o comitente, el Código Civil en el artículo 2177 y el Comercial en el 356 consagran el mandato sin representación, en cuyo ejercicio el mandatario realiza los actos del encargo en nombre propio y bajo su responsabilidad.

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

(Magistrado ponente: doctor Arturo C. Posada).

J. Célimo Lucero, debidamente representado, demandó en el Juzgado del Circuito de Ipiales a Miguel Angel Pérez Ch. y Alvaro Valencia, para que se fallara lo siguiente:

"I) Se resuelve por incumplimiento, de la parte vendedora o permutante del vehículo nuevo que ésta se obligó a entregar al señor J. Célimo Lucero, de su obligación de entregar, el contrato de compraventa o permuta celebrado el 26 de diciembre de 1956, de que trata el hecho '3º' del libelo.

"II) Consecuencialmente condénase, a virtud de la resolución de tal contrato de venta o permuta comercial, a la sociedad o empresa comercial 'Marcali Ltda.', representada por su Gerente, señor Alvaro Valencia, en favor del señor J. Célimo Lucero, seis días después de la ejecutoria de la presente sentencia, es a saber: a) Restituír el camión M-900, usado, marca Mércuri, modelo 1954, color azul combinado, equi-

pado con carpa, carrocería y llantas, que se entregó por el comprador como parte del precio del contrato resuelto, en el mismo estado y condiciones recibido el 26 de diciembre de 1955; o su valor, si ello no fuere posible, de veinte mil pesos ($ 20.000.00) en que comercialmente se estimó por la parte demandada a raíz del contrato, más los intereses de esta suma desde aquella fecha hasta que se haga el pago, a la rata comercial usual en la plaza de Ipiales, para entonces. b) Devolver la suma de ocho mil pesos ($ 8.000.00), que también se entregó por el comprador como parte del precio del contrato resuelto, más los intereses comerciales de esta suma a la rata usual en Ipiales para la fecha del contrato a partir de la misma fecha y hasta la en que se haga el pago; y c) Pagar por concepto de los perjuicios causados al comprador o permutante Lucero, por el no cumplimiento de la obligación de entregarle el carro nuevo compravendido o permutado, la suma de quince mil pesos ($ 15.000.00), con sus intereses legales, o la cantidad que por el mismo concepto se acredite parcialmente (dentro de este juicio o en posterior incidente de liquidación), con sus intereses legales.

"En subsidio de lo anterior, pido que la condena del aparte 'II' se haga contra la sociedad o empresa 'Marcali Ltda.', representada por su expresado Gerente y el señor Miguel Angel Pérez Ch., como mandatario comercial o comisionista para vender de la misma empresa, de manera solidaria; y si tampoco a esto no hubiere lugar, en últimas, que se haga únicamente contra este señor, si es que en el contrato resuelto actuó por su propia cuenta y sin dependencia alguna de la empresa".

La relación de los hechos se resume así:

Miguel Pérez Ch. tiene en Ipiales "bajo su cargo una dependencia de la firma comercial 'Marcali Ltda.', empresa distribuidora de automotores en toda la República, y en tal dependencia, bajo su cuidado, mantiene vehículos de propiedad exclusiva de dicha firma comercial, cuyo domicilio principal está en la ciudad de Cali".

El 16 de diciembre de 1955, en Ipiales, según aparece de la constancia suscrita por Miguel Pérez Ch. y J. Célimo Lucero, se celebró el siguiente contrato, en el cual el primero obraba como agente autorizado de Marcali Ltda.; el agente Pérez Ch. vendió a Lucero por la suma de veinticinco mil pesos ($ 25.000.00) "un vehículo nuevo, de preferencia marca Mercury o en su defecto Ford, tipo 900, modelo 1956, con llantas pantaneras, cabina de lujo, con los accesorios y herramientas con que generalmente son vendidos (sic) esta clase de vehículos", para ser entregado al comprador en la misma plaza a plena satisfacción, en enero; el precio lo pagó Lucero, en esta forma: diez y siete mil pesos ($ 17.000.00) en un camión usado, modelo 1954, color azul combinado, equipado con carpa, carrocería y llantas, que lo entregó el mismo día del contrato a Pérez Ch., y ocho mil pesos ($ 8.000.00) en cheque a cargo del Banco de Colombia, girado por el primero a favor del segundo.

Este contrato se celebró en la fecha indicada en presencia de Erasmo Luna, Julio Rosero y Servio Tulio Medina, y se dejó la constancia o principio de prueba por escrito que aparece suscrita por los contratantes.

Lucero cumplió con todas las obligaciones provenientes del contrato a cabalidad y oportunamente.

No así Marcali Ltda. o su agente autorizado Pérez Ch. o ambos: pues pasó todo el mes de enero de 1956 sin que se le entregara el vehículo automotor vendido a Lucero, a quien aquel engañaba diariamente prometiéndole hacerle la entrega a la mayor brevedad.

Engañando así Pérez Ch. mandó a Lucero a Cali con una carta de 6 de febrero de 1956 dirigida a Marcali Ltda. para que esta empresa le entregara el vehículo automotor.

Lucero viajó a Cali a recibir el camión vendido o permutado por Marcali o su agente en Ipiales o por ambos, pero tampoco se le entregó, pretextando que dicho vehículo se le había vendido a otro cliente, porque Lucero no había enviado por él. Y allí el Gerente de Marcali Ltda., Alvaro Valencia, le dio una carta para Pérez Ch., en la cual le dice que durante el mes de enero tuvieron disponible uno de los vehículos a que se refiere el contrato, pero que lo vendieron en vista de que Lucero no mandó por él.

Del contexto de esta carta aparece que ni la casa principal ni la agencia en Ipiales entregó el camión vendido o permutado, y así Marcali o su agente Pérez Ch., o ambos, incumplieron la obligación emanada del contrato y la cual debía satisfacerse en el mes de enero de 1956.

Dado el negocio de transportes que Lucero tiene establecido en Ipiales, y las ganancias que le reportaría un vehículo como el comprado o permutado, el incumplimiento del contrato por la parte deudora, en cuanto no entregó el camión nuevo en el tiempo estipulado, le ha causado perjuicios a Lucero, tanto por el lucro cesante como por el daño emergente: por el pri-

mer concepto ha dejado de percibir la suma de mil pesos ($ 1.000.00) mensuales, y por el segundo, "la suma de cinco mil pesos ($ 5.000.00)".

Pérez Ch. y Valencia, en las posiciones que absolvieron antes de iniciarse este juicio, asumen actitudes contradictorias: unas veces identifican las operaciones de la agencia de Ipiales con las de la casa principal de Marcali Ltda. en Cali, y otras tratan de desligarlas; sobre el negocio pactado entre Lucero y Pérez Ch. sostiene que éste actuó independientemente o como particular, ya que lo hizo como dependiente de Marcali Ltda. Este equívoco "obliga a instaurar acciones en esta misma demanda con el carácter de principales y subsidiarias que sean eficaces para uno y otro evento".

Pérez Ch. contestó la demanda oponiéndose a que se hicieran las declaraciones impetradas y alegando "las excepciones de carencia de acción y derecho para demandar, improcedencia sustantiva de la acción y de la demanda e ilegitimidad sustantiva y adjetiva de la parte demandante".

Alvaro Valencia, representado por el mismo apoderado de Pérez Ch. propuso la excepción de declinatoria de jurisdicción que se declaró no probada, pero no dio respuesta a la demanda.

El primer grado del juicio finalizó con sentencia de octubre primero de mil novecientos cincuenta y ocho, por la cual el Juzgado del Circuito resolvió:

Primero. Condenar a Miguel Pérez Ch. a restituírle a Lucero: "a) La suma de ocho mil pesos ($ 8.000.00) como valor recibido por el demandado en un cheque, junto con sus intereses comerciales, cuya cuantía podrá establecerse de acuerdo con el artículo 553 del Código Judicial; b) La suma de veinte mil pesos ($ 20.000.00) valor del vehículo entregado por el demandante y estimado por peritos y las partes, ya que no es posible la devolución de este vehículo, junto con los intereses comerciales de dicha suma, que se concretarán en la forma indicada en el ordinal anterior, a partir de las fechas (sic) de la entrega hasta que la devolución se opere.

"Segundo. Absolver al mismo señor Pérez Ch. de las demás peticiones de la demanda, con excepción de la III.

"Tercero. Absolver a la sociedad Marcali Ltda., representada por su Gerente Alvaro Valencia, de todos los cargos contra ella formulados en la demanda de 9 de abril de 1956; y

"Cuarto. Se condena en costas al demandado Miguel Angel Pérez Ch.".

El Tribunal Superior de Pasto, por fallo de primero de abril de mil novecientos sesenta, en la apelación presentada por la parte demandante, confirmó la del Juzgado.

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL:

En atención a que solamente el demandante impugnó la decisión del Juzgado, advierte que el estudio "debe hacerse únicamente en lo desfavorable al apelante. (Art. 494 C. J.).

Advierte que el contrato *sub lite* es bilateral, y, consecuencialmente, sujeto a la acción resolutoria prevista en el artículo 1546 del Código Civil.

Analiza las cosas que son de la esencia del contrato de compraventa (artículo 187, ibídem); las obligaciones que nacen a cargo del comprador, pagar el precio, y del vendedor, entregar la cosa. Las acciones que el artículo 1882 ibídem, da al comprador para perseverar en el contrato o desistir de él, cuando el vendedor por hecho o culpa suya ha retardado la entrega. Las sanciones contra el comprador constituído en mora de recibir, consistentes en pagar "el alquiler de los almacenes, graneros o vasijas en que contenga lo vendido", y el descargo al vendedor "del cuidado ordinario de conservar la cosa", excepto la responsabilidad que le compete por dolo o culpa grave. Prescripciones en gran parte idénticas a estas y por algunos aspectos más prolijas y precisas halla en los artículos 240 y 244 del Código de Comercio.

Previamente al estudio del contrato en litigio, se ocupa de resolver si Pérez Ch. obró en él por cuenta propia y exclusiva, o si lo hizo como agente con representación de Marcali Ltda.

Al efecto, considera el contrato suscrito entre esta sociedad y Miguel A. Pérez Ch. y Mariana de Pérez, por el cual aquella entidad promete entregar a Pérez Ch. "automotores en calidad de consignación para que éste los venda de acuerdo con las normas allí indicadas prolijamente, siendo notorio el afán de Marcali Ltda. de responsabilizar a Pérez Ch. de todas las eventualidades. Advierte que en la cláusula doce se estipula que los Pérez, como agentes de Marcali en Ipiales, no son trabajadores de la sociedad contratante, que tienen responsabilidad propia; y en la trece, se expresa que los contratantes Pérez "son directamente responsables de los compromisos que adquieran en los Bancos y comercio en general, y por lo mismo no están autorizados para adquirirlos a nombre de la sociedad Marcali Limitada".

Observa también que el recibo en que se especifican el vehículo, el precio y la fecha de

ntrega, presenta las firmas de Lucero y Pérez Ch. y que la de éste lleva la leyenda de "Agente utorizado de Marcali", pero agrega que de sta sola referencia "y sin aparecer ninguna articipación concreta por los auténticos repre-entantes de Marcali Ltda. no puede predicarse na vinculación que los obligue en el contrato en sus consecuencias. Pasa luégo a considerar as diversas modalidades que puede revestir el nandato a la luz de las disposiciones del Código Civil y Comercial, y, volviendo sobre las stipulaciones consignadas en las cláusulas doce trece del contrato acordado entre Marcali y Pérez Ch., agrega: "forzoso es concluír que en as operaciones que éste realizaba no comprome-ía la responsabilidad de Marcali Ltda., porque l claro tenor de esas estipulaciones y las del ontrato suscrito entre Pérez Ch. y Lucero no dejan dudas y no admiten interpretaciones dis-intas".

Sobre el cumplimiento del contrato de venta, nota el Tribunal:

Resulta claramente que Pérez Ch. se obligó entregarle a Lucero, en enero, un camión de as condiciones especificadas y por un determi-nado precio. Lucero pagó el precio convenido. No aparece señalado el lugar de la entrega, pe-o ambas partes convienen en que fue Cali.

El demandante dice que días antes del dos de nero de 1956 Pérez Ch. le dio aviso de que el arro estaba listo en Cali, pero que no le fue osible ir a reclamarlo sino tres días después, londe Marcali Ltda. le hizo saber que en el nes de enero tuvo disponible "uno de esos ve-ículos que fue vendido en vista de que Lucero o envió por él. Así consta en carta de 6 de nero enviada con Lucero a Pérez Ch. por Mar-ali".

Luégo de una disertación un tanto oscura so-re la obligación del vendedor en cuanto a la ntrega de la cosa vendida al tenor de los ar-culos 1882 y 1883 del Código Civil, según que trate de cuerpo cierto o de cosas de género, oncluye que por no haber reclamado Lucero portunamente de Pérez Ch. la orden de en-ega del camión, ni haberse presentado dentro el tiempo acordado a recibirlo en Cali, incum-lió el contrato sin haber demostrado el caso rtuito que lo justifique. Así acepta que "la ntencia apelada estuvo en lo cierto cuando con-deró que la mora del comprador excluye la ción resolutoria". Y añade que en aplicación el artículo 1609 del Código Civil está acredi-da la *"Exceptio non adimpleti contractus"*.

Observa que el fallo revisado no guardó las glas de la lógica "al condenar al demandado érez Ch. sin embargo de no prosperar la ac-ción intentada; y falló *extra petita,* como si hubieran sido principales y no consecuenciales las peticiones restitutorias". Pero como sólo el demandante apeló, atendiendo los términos del artículo 394 del Código Judicial, el superior no puede enmendar la providencia en la parte que no es objeto del recurso, sin incurrir en una *reformatio in pejus.*

Es conveniente transcribir el resumen de la motivación por la cual confirmó la sentencia materia de la alzada.

"No prospera la acción resolutoria del contrato de compraventa, intentada por el comprador, porque está demostrada la *excetio* (sic) *non adimpleti contractus*: el comprador no se presentó en el tiempo y lugar pactados a recibir la cosa comprada, ni retiró previa y oportunamente la orden de entrega emanada del vendedor; no demostró caso fortuito que excusara su incumplimiento, a lo que hay que agregar que no se demostró con la prueba admisible, que entre las calidades de la especie, pactadas en el contrato, figurara la de estar el camión dotado de llantas pantaneras; mas, pese a que no prospera la acción resolutoria, se impone la confirmación de la sentencia favorable a las pretensiones restitutorias, por la figura procesal de la *reformatio in pejus"*.

La parte demandante impugnó la sentencia del Tribunal con el recurso extraordinario de casación, que entra a decidir la Corte, toda vez que ha recibido la tramitación que le señala la ley.

DEMANDA DE CASACION:

Por cinco motivos acusa el recurrente el fallo de segunda instancia: el primero y el cuarto por errores de hecho, el segundo por error de derecho, el tercero por violación directa de normas sustantivas y el quinto por incongruencia. De estos se estudia solamente el tercero que, por encontrarse fundado lleva a la infirmación del fallo impugnado. (Art. 538 C. J.).

Tercer cargo:

La sentencia violó directamente la ley sustantiva en cuanto sostiene que el objeto del contrato para la parte vendedora es de entregar una especie indeterminada de un género común y corriente; que en ventas de género se excluye la acción resolutoria para el comprador que no concurre a recibir en el plazo estipulado; que la obligación del vendedor de conservar la cosa en los términos del artículo 1883 del Código Civil y la del comprador "de pagarle el alqui-

ler del almacén, granero o vasija en que se contenga lo vendido sólo es aplicable a los contratantes que persisten en el contrato, o sea, que la mora del comprador, de recibir, purga la del vendedor en entregar la cosa que no sea cuerpo cierto o especie perfectamente determinada".

La negociación, expone el recurrente, no fue para entregar un vehículo de mediana calidad, de determinado modelo, o de cosa que se singularizaría el día de la entrega, o vendida al peso, cuenta o medida, modalidades características de las obligaciones de género, sino que se hizo para entregar no "un cuerpo cierto o especie totalmente determinada de cierto género cuya pérdida por caso fortuito o fuerza mayor es de cuenta del comprador"... pero sí un *genus limitatum,* cuya destrucción o desaparición para efectos liberatorios del vendedor ha de considerarse como si se tratase de un cuerpo cierto; lo mismo que para los efectos del incumplimiento que autoriza la acción resolutoria.

El haber descartado como procedente la acción resolutoria instaurada, implica violación directa de los artículos 1665 (sic) del Código Civil que lo aplicó el sentenciador sin ser del caso, en razón de que la definición de obligación de género incluye la de entregar cosa de *genus limitatum,* como la referente al vehículo negociado; del 1567, ibídem, conforme al cual, tratándose de un *genus limitatum* el vendedor no podía disponer del carro enajenado a sabiendas de que no le podía reemplazar para dar otro igual el 31 de enero, fecha desde la cual se hizo exigible la entrega, "y los artículos 1546 del Código Civil y 248 del Código de Comercio que dejó de aplicarlos, al no fallar la acción resolutoria de la negociación".

Por otro lado, la tesis del Tribunal equivale a sostener que en ventas de efectos de comercio, como la que está *sub lite,* las cuales en su casi totalidad implican obligaciones de entregar no cuerpos ciertos "o especies determinadas de cierto género, sino cosas de género indeterminado, y también de *genus limitatum",* el comprador, en armonía con el artículo 1882 del Código Civil, caso de no entregársele lo vendido, inclusive por no haber estado listo a recibir en el lugar y tiempo acordados, y no tratarse de cuerpo cierto o de especie determinada de cierto género, sólo podrá desistir del contrato o pedir su cumplimiento, pero no ejercitar la acción resolutoria. Esto es equivocado, porque aunque es evidente que vendedor y comprador pueden desistir del contrato o perdurar en él, no cumpliendo la obligación en el primer caso, o ejercitando la acción de entrega en el segundo, tal se entiende sin perjuicio de pedir la resolución del contrato de acuerdo con el artículo 1546 del Código Civil para dejar sin efecto la compraventa. También es equivocado, porque, no reconociendo el Código de Comercio como el Código Civil el recurso de desistimiento, el comprador tiene que acudir a la acción resolutoria con sus secuelas, si no persevera en el cumplimiento del contrato.

En efecto, el Código de Comercio no optó por la solución consagrada en el artículo 1882 del Código Civil sino que en el artículo 248 dispuso que, no entregando el vendedor los objetos vendidos, el comprador puede pedir la entrega o demandar la resolución, pero no desistir, como sí lo puede hacer en ventas de cosas indeterminadas de género, reguladas por el Código Civil. Por esta razón "siempre que el comprador en materia mercantil quiera deshacerse del contrato, para que se le devuelva el precio que pagó al vendedor, habrá de acudir a la acción resolutoria".

Por este aspecto, violó directamente los artículos 248 del Código de Comercio y el 1546 del Código Civil en armonía con el 1882 del mismo Código, por no haberlos aplicado, en el sentido explicado. Infringió también el 1882 citado, en razón de haberlo aplicado sin ser del caso, por tratarse de una venta comercial. El 244 del Código de Comercio no aplicado, no obstante que consagra para las mismas ventas que la obligación de entregar es exigible aún vencido el plazo señalado para la entrega, hasta que el comprador no haya rehusado recibir: "o que no se purga la mora del vendedor respecto a su obligación de entregar, hasta tanto el comprador no haya manifestado expresamente que no recibe". Y el artículo 343 del Código Judicial, al reconocer la excepción *non adimpleti contractus,* que no cabía al tenor del artículo 244 del Código de Comercio hasta tanto no se demuestre que el comprador rehusó recibir el vehículo.

Se considera:

En el capítulo titulado "Cumplimiento del contrato de venta o permuta", la sentencia se ocupa: 1º De la obligación que tiene el vendedor de entregar la cosa vendida, según se trate de cuerpo cierto o de cosas de género determinado, caso este en que debe dar un bien "que se determina en el momento de entrega (genera non pereunt". (Artículo 1605 del Código Civil). 2º De la exoneración al vendedor del cuidado ordinario de conservar la cosa a partir de la mora del comprador, salvo que incurra en dolo o culpa grave, y de pagar el alquiler de "los graneros, almacenes o vasijas en que se contenga lo vendido", cuando el comprador

se halle en mora de recibir. 3º De la obligación a cargo del vendedor de cosa de género limitado para entregar una que corresponda a las características estipuladas "que sea sana y de calidad mediana".

Copia los artículos 1566 y 1567 del Código Civil, que tratan de las obligaciones de género, el 1878, ibídem, que impone el pago de perjuicios al comprador o vendedor que no acudió el día señalado para el "peso, cuenta o medida" de las cosas de género cuya tradición exige esta modalidad, y el derecho de desistir del contrato al que no faltó a la cita, si le conviniere.

Finalmente, alude a los artículos 235 del Código de Comercio, al tenor del cual, el vendedor de mercancías no individualizadas cumple su obligación "entregándolas sanas y de mediana calidad", y el 236, que autoriza al vendedor para exigirle al comprador el reconocimiento íntegro de las mercancías en su calidad y cantidad con la consecuencia de entenderse que renuncia a todo ulterior reclamo, caso de no hacerlo así.

El Tribunal, habida consideración de que Lucero no solicitó la orden de entrega del camión sino el dos de febrero; que no se presentó en las oficinas de Marcali, en Cali, a reclamarlo, sino ya vencido el término señalado para recibirlo, y que lo preceptuado por el artículo 1883 del Código Civil "sobre conservación de la cosa vendida y cobro de gastos y alquileres se refiere al caso en que los contratantes persisten en el contrato, y optan por su cumplimiento, no... cuando ejercitan la acción resolutoria", concluye que "la sentencia apelada estuvo en lo cierto cuando consideró que la mora del comprador excluye la acción resolutoria. Cita en apoyo de la *exceptio non adimpleti contractus* el artículo 1609 del Código Civil.

Al tenor de los artículos 253 del Código de Comercio y 1955 del Código Civil, el contrato *sub judice* versa sobre una permutación, ya que el camión que entregó Lucero a cambio del nuevo que debía él recibir de Pérez Ch. valía más que el saldo dado en dinero.

La compraventa y la permuta son contratos que pueden tener carácter civil o comercial. Y se diferencian en que, por el primer aspecto, las cosas compradas o permutadas se adquieren para el consumo propio de los adquirentes o de la familia, mientras que por el segundo hay en los contratantes un ánimo de lucro o de especulación.

La Corte ha dicho: "Para que la compraventa sea comercial se requieren dos condiciones: a) Que recaiga sobre cosas muebles; b) Que se haga con ánimo de especulación mercantil, o sea, para obtener ganancia o lucro". (T. 79 pág. 78).

Esto cabe aplicarlo también a la permuta al tenor de las normas comerciales y civiles ya citadas.

Es manifiesto en los autos que Lucero se propuso obtener el camión nuevo, modelo 1956 de marca Mercury o Ford, para explotarlo en la empresa de transportes que tenía establecida en Ipiales; y Pérez Ch., al recibir el camión Mercury, modelo 1954, lo vendió para obtener lucro o ganancia. Es decir, que se reúnen las dos condiciones que la doctrina le señala a la venta, y, por ende, a la permuta comercial. En razón de tener este carácter el contrato enjuiciado, el Tribunal le aplicó los artículos 235 y 236 del Código de Comercio.

En este orden de ideas, son de preferente aplicación las disposiciones del Código de Comercio, pues, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º del mismo, ellas "rigen de preferencia en los asuntos mercantiles, y se aplicarán exclusivamente siempre que resuelvan con claridad las cuestiones de comercio que se promuevan", y sólo para los casos no previstos, o que no puedan decidirse por analogía con las normas de él, permite aplicar las del Código Civil. Y el artículo 182, ibídem, remite a las disposiciones del Código Civil en lo tocante "a la formación de los contratos y obligaciones, sus efectos, interpretación, modos de extinguirse y anularse o rescindirse y su prueba" salvo las particularidades del Código de Comercio.

Dentro del ámbito de los artículos 1546 y 1609 del Código Civil, solamente el contratante cumplidor de las obligaciones a su cargo, nacidas del acuerdo de voluntades, puede pedir la resolución del contrato, cuando la otra parte no ha cumplido las suyas. Por manera que, si el actor se halla en mora de cumplir alguna de las suyas, se quiebra su acción por la excepción de contrato no cumplido.

Habiéndose señalado el último día de enero como plazo para que Pérez Ch., por intermedio de Marcali le entregara en Cali a Lucero el camión permutado, la no presentación de éste en aquella fecha no lo constituía en mora de recibir, porque, tratándose de una permuta de índole comercial, el artículo 244 del Código de Comercio no considera al comprador en mora de recibir los efectos comprados, sin distinguir si se trata de especies o de cosas de género, sino cuando ha rehusado "sin justa causa la recepción" de ellos.

Como lo acepta el Tribunal, Lucero no solamente no rehusó recibir el vehículo que debía

darle Pérez Ch., sino que solicitó y obtuvo de éste el dos de febrero la orden para que Marcali se lo entregara en Cali, cosa que no ocurrió, porque dicha sociedad dispuso del camión, debido a que Lucero no lo reclamó el último día de enero, colocando así a Pérez en la imposibilidad de cumplir la prestación a su cargo.

El alcance de este hecho es que Lucero no se hallaba en mora de recibir, por tratarse de una permuta comercial; que Pérez Ch. no cumplió la obligación de entregar el camión, y que el Tribunal violó directamente los artículos 244 del Código de Comercio y 1546 del Código Civil por no haberlos aplicado, y el 1609 del Código Civil por indebida aplicación.

El cargo prospera y la sentencia acusada debe casarse, para dictar la Corte como Tribunal de instancia, la correspondiente, a lo cual procede, previas las siguientes consideraciones:

Los presupuestos procesales de competencia, capacidad de los litigantes para ser parte, para comparecer al proceso y demanda en forma se reúnen a cabalidad.

El contrato de permuta se halla acreditado con el escrito firmado por J. Célimo Lucero y Miguel Pérez Ch. en Ipiales, el 26 de octubre de 1955, en el cual se hallan determinadas las cosas que cada parte da y el precio de ellas, así:

Pérez Ch. entregará a Lucero un "vehículo nuevo que será de preferencia Mercury, y en su defecto Ford, tipo 900, modelo 1956, por $ 25.000.00. Pérez Ch. declara que recibió de aquél un camión Mercury M-900 como parte del pago del otro automotor por $ 17.000.00, y el saldo en una letra a tres meses.

Sobre el plazo dice: "Fecha de entrega, enero".

No se señala el lugar de entrega, pero las dos partes aceptan que el convenio fue Cali, en las posiciones que Pérez Ch. absolvió antes de instaurarse el juicio, (respuesta 8ª), y Lucero dentro de él (respuesta 5ª).

El actor pretende que el camión nuevo debía entregárselo Pérez Ch. con llantas pantaneras y cabina de lujo. Este sostiene que en el contrato no figuran tales accesorios. En realidad no hubo estipulación expresa al respecto. Lucero adujo las declaraciones de Julio Rosero, Servio Medina y Erasmo Luna, quienes deponen que, por haber presenciado la celebración del contrato, les consta que se convino en él que el camión nuevo debía estar dotado de dichos accesorios.

Constando por escrito el contrato, según el cual los bienes permutados tenían un valor de $ 25.000.00, y no habiéndose pactado en él que el vehículo Mercury o Ford M-900, modelo 1956 comprendiera tales accesorios, la prueba testimonial al respecto llevaría a adicionar lo que se expresa en el pacto contra los claros términos del artículo 91 de la Ley 153 de 1887, que dice: "Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos. No será admisible la prueba de testigos en cuanto adicione o altere de modo alguno lo que se expresa en el acto o contrato..."

También está aceptado por Pérez Ch. que recibió, además del camión marca Mercury, modelo 1954, por $ 17.000.00, la suma de $ 8.000.00 en un cheque.

Infiérese de esto y de lo dicho en el estudio de la tacha acogida, que Lucero cumplió a cabalidad su obligación de pagar la prestación a su cargo, y que, en cambio, Pérez Ch. no hizo lo mismo con la suya de entregar el camión nuevo permutado.

El demandante pretende que la sociedad Marcali Limitada, citada al juicio por medio de su Gerente Alvaro Valencia, celebró el contrato *sub judice* por intermedio de Miguel Pérez Ch., su agente autorizado en Ipiales, para vender el vehículo automotor.

Sobre este punto, se copió dentro de la acción exhibitoria el contrato suscrito en Cali el 18 de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco, reconocido al día siguiente ante el Notario 1º de aquel Circuito, en virtud del cual Marcali Ltda. se comprometió a entregarle a Miguel A. Pérez Ch. y Mariana de J. Pérez, automotores en calidad de consignación que éstos se obligaron a mantener en un lugar de exhibición, a no usar de ellos, a correr con los gastos de transporte de Cali a Ipiales, y de regreso en caso de no realizarlos, pasados treinta días de haberles sido entregados.

En la cláusula doce se pone de presente que los Pérez, en su calidad de agentes de Marcali en Ipiales, no son trabajadores de esta entidad, que "su sociedad es una compañía totalmente independiente de Marcali Limitada con organización y responsabilidad propia".

En la trece, se agrega que ellos "son directamente responsables de los compromisos que adquieran en los Bancos y comercio en general, y que, por lo mismo, no están autorizados para adquirirlos a nombre de la sociedad Marcali Limitada".

La catorce les señala a los Pérez las condiciones de las ventas a crédito en cuanto a la cuota inicial y a la división del saldo en doce letras mensuales con un diez por ciento (10%) sobre dicho saldo imputado a gastos de financiación

Y en la diez y siete, se estipulan las comisiones reconocidas a los Pérez, según que se trate de ventas en las cuales ellos o la casa Marcali corran con todos los riesgos de los créditos. Para el segundo evento se exige que los Pérez envíen oportunamente "las referencias bancarias y comerciales de los clientes con el fin de verificarlas y darle aprobación al contrato, pero estas referencias deben ser enviadas anticipadamente, y el negocio deberá quedar formalizado dentro de un tiempo de treinta días como máximo".

De los apartes extractados, resulta que el contrato en cuestión es un mandato comercial, por el cual Marcali Limitada encomendó a los Pérez la venta de los vehículos automotores que les remitiera de Cali a Ipiales. Este mandato en los términos de los artículos 331, 332, 396, 408 y siguientes del Código de Comercio recibe la denominación de comisión para vender. Y si bien tanto el mandato comercial como el civil generalmente llevan consigo la representación del mandante o comitente, el Código Civil en el artículo 2177 y el Comercial en el 356 consagran el mandato sin representación, en cuyo ejercicio el mandatario realiza los actos del encargo en nombre propio, de modo que él queda obligado con los terceros con quienes contrata, pero responsabilizado con el comitente de los resultados de ellos. Al tenor del primero de los citados textos, el mandatario puede en el ejercicio de su cargo contratar a su propio nombre o al del mandante; pero si contrata a su propio nombre no obliga respecto de terceros al mandante. Y el segundo dice: "El comisionista puede obrar en nombre propio o a nombre de sus comitentes. En caso de duda se presume que ha contratado a su propio nombre".

La Corte en repetidos fallos ha expresado que el mandato en el derecho colombiano no es esencialmente representativo como lo expresan los textos copiados, y que, por consecuencia de ellos, puede el mandatario o comisionista contratar a nombre propio sin comprometer la responsabilidad del comitente y sin descontar el derecho del mandatario para reclamar con acción personal los beneficios del negocio o negocios efectuados en tal forma por el mandatario. Y más explícitamente sobre el mandato comercial ha dicho: "...en la comisión para la venta el comisionista se presenta obrando en nombre propio y aparece la figura jurídica del mandato sin representación, que regulan los artículos 331 y 332 del numeral 1º del Código de Comercio en armonía con las disposiciones de los artículos 2142, 2146 y 2147 del Código Civil (T. 83, pág. 748). "En el mandato sin representación puede afirmarse que 'el mandatario no es más que el órgano de la voluntad del mandante'; de ahí que el comisionista deba sujetarse estrictamente a las órdenes del comitente; que en ningún caso puede obrar contra las instrucciones claras y terminantes, y que en caso de falta de instrucciones debe suspender la ejecución de la comisión". (G. J. T. 68, pág. 151).

Configurándose en el contrato acordado entre Marcali y Pérez una comisión o mandato sin representación, la permuta que éste pactó con Lucero comprometió su responsabilidad exclusiva, no la de Marcali, quien por las negociaciones que realizara el comisionista solamente se beneficiaba reclamando de él las prestaciones recibidas por causa de aquéllos.

Descartada así la responsabilidad de Marcali en el contrato *sub lite,* la acción instaurada contra esta sociedad carece de legitimación pasiva en la causa, y, por lo mismo, es legal la absolución que le impartió el fallo de primera instancia.

Respecto de las peticiones restitutorias, anota el Tribunal: "No guardó las reglas de la lógica la sentencia que se revisa al condenar al demandado Pérez Ch. sin embargo de no prosperar la acción intentada; y falló *extra petita,* como si hubieran sido principales y no consecuenciales las peticiones restitutorias".

Evidentemente, las peticiones sobre devolución del camión entregado por Lucero, o no siendo posible ella, la de $ 20.000.00 en que fue estimado por el mismo demandado, y la de $ 8.000.00 que dio en dinero, los intereses comerciales de estas sumas, y el pago de quince mil pesos ($ 15.000.00) por concepto de perjuicios son peticiones propuestas como consecuencia de la resolución del contrato, por consiguiente, no prosperando ésta, que era la súplica principal, no cabían las restituciones y pago de intereses ordenados por el Juzgado.

Pero declarándose la resolución del contrato en virtud de haber prosperado el cargo estudiado, son conducentes las declaraciones de las restituciones que lleva consigo aquella declaración y procedente el estudio referente a la indemnización de perjuicios que autoriza el artículo 1546 del Código Civil.

Como, de una parte, aparece que Pérez Ch. vendió a Miguel Orbes el camión que recibió de Lucero, y, de otra, sería imposible que lo pudiera restituír en el mismo estado en que lo recibió, dado el tiempo transcurrido desde entonces, debe ordenarse que Pérez Ch. le pague al actor la suma de veinte mil pesos ($ 20.000.00) en que fue avaluado por peritos dicho vehículo dentro del juicio, y en que lo estima el propio demandado.

Asímismo debe devolverle la suma de ocho mil pesos ($ 8.000.00) que éste confiesa recibió como saldo del precio del camión nuevo que no entregó.

Los perjuicios compensatorios por el incumplimiento de la permuta de parte de Pérez Ch. los hace consistir el demandante en las utilidades que éste debía derivar de la explotación del camión nuevo en la empresa de transportes que tiene establecida en Ipiales, a partir de la fecha en que, según el contrato, debía serle entregado, esto es, el 31 de enero de 1956.

La existencia del negocio de transportes mantenido por Lucero en aquella ciudad para servicios dentro y fuera del Departamento de Nariño, está acreditada con los testimonios de Julio C. Rosero, Servio Medina, Erasmo Luna R. e Ignacio González.

Obra un peritazgo para comprobar los perjuicios y el valor de ellos, pero no puede tenerse en cuenta debido a que se basa en el aprovechamiento de un camión marca Ford o Mercury, modelo 1956, pero con cabina de lujo y llantas pantaneras, complementos estos que, como queda expuesto, no se demostró que hubieran sido acordados en el contrato de permuta, dado que no se especificaron en él.

Por lo mismo, el avalúo de los perjuicios debe basarse en la explotación del camión expresado pero con cabina y llantas ordinarias.

Determinado el lucro cesante, en esta forma, no se pueden incluír en él los intereses comerciales correspondientes al precio del camión y a los ocho mil pesos que el actor dio al demandado como precio del vehículo nuevo no entregado, porque las utilidades que éste podía producir en el servicio de transportes abarcan la totalidad del rendimiento del capital entregado por él. Sería inequitativo aceptar que, además de los intereses comerciales del precio del camión, se debieran también las ganancias líquidas por su aprovechamiento en el negocio de transportes, pues, por lo general, en éstas se comprenden aquéllos.

Pero se entiende que, en caso de que no pagare el demandado dentro del término de ejecutoria de esta sentencia las sumas de veinte mil pesos ($ 20.000.00) y ocho mil pesos ($ 8.000.00), debe abonar los intereses corrientes de ellas, de conformidad con el artículo 219 del Código de Comercio.

Ha de tenerse en cuenta esta observación para determinar los perjuicios por el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial y también el precio del camión.

Las excepciones propuestas por Pérez Ch. de falta de *legitimatio ad causam* del demandante Lucero por no haber celebrado la permuta co él sino con Servio Medina, se halla desvirtuad con el propio contrato. Y la de incumplimient del mismo imputada a Pérez Ch. en cuanto n reclamó el carro oportunamente, carece de re paldo probatorio.

En mérito de las razones expuestas, la Cort Suprema de Justicia, Sala de Casación Civi administrando justicia en nombre de la Repú blica de Colombia y por autoridad de la Le CASA la sentencia pronunciada por el Tribu nal Superior del Distrito Judicial de Pasto, co fecha primero de abril de mil novecientos se senta, en el juicio ordinario seguido por J. Cél no Lucero contra Miguel Pérez Ch. y Marca Limitada de Cali, y, en su lugar,

RESUELVE:

1º Declárase resuelto el contrato de permut celebrado entre J. Célimo Lucero y Miguel Pé rez Ch., el veintiséis de diciembre de mil nove cientos cincuenta y cinco.

2º Condénase, en consecuencia, al demandad Pérez Ch. a restituírle a Lucero las sumas d veinte mil pesos ($ 20.000.00) en que fue ava luado el camión Mercury, modelo 1954, y och mil pesos ($ 8.000.00) que recibió él como pre cio del vehículo que aquél debía entregarle d acuerdo con el contrato resuelto, y los interese corrientes de estas cantidades a partir de l ejecutoria de la sentencia.

3º Condénase al mismo demandado Pérez Ch a pagarle a Lucero los perjuicios causados po el incumplimiento del contrato resuelto, cuy determinación se hará mediante los trámites s ñalados en el artículo 553 del Código Judicia

En los anteriores términos quedan reformado los ordinales primero y segundo de la sente cia de primera instancia.

4º Confírmase el aparte tercero de la misn por el cual se absuelve a la sociedad Marca Limitada de los cargos que se le hacen en demanda.

Las costas de la primera instancia a car del demandado.

Sin costas en la segunda ni en el recurso.

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

Enrique Coral Velasco, Gustavo Fajardo P zón, José J. Gómez R., José Hernández A beláez, Enrique López de la Pava, Arturo Posada.

Ricardo Ramírez L., Secretar

SIMULACION RELATIVA

No prosperan los cargos contra la sentencia que declaró simulado un contrato de compraventa de inmuebles para encubrir una donación y que ordenó ciertas restituciones a favor de una sucesión. Medios de que puede servirse el heredero para probar la simulación cumplida por su causante.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. La doctrina enseña que la facultad de probar libremente no la tienen sino quienes exhiben la calidad de terceros frente al contrato simulado; y entre tales hace figurar al heredero que demanda invocando su condición de legitimario, esto es, su interés en destruír el acto que su causante celebrara en perjuicio de sus derechos de causahabiente universal de carácter forzoso.

2. Hay que distinguir entre la condición de heredero, sucesor universal y continuador del de cujus, para todos los efectos legales, y la calidad especial de legitimario, vinculada a un interés económico determinado, opuesto al del causante y en cuya defensa el legitimario persigue destruír y no sostener lo que su antecesor hizo.

3. Cuando un legitimario hace uso de la acción de simulación afirmando el daño que le causara el de cujus con un contrato que estima ficticio, obra en ejercicio de la acción autónoma nacida del daño y apoyada en la supradicha condición de legitimario.

4. Unas relaciones sexuales de largos años entre personas no casadas, son terreno propicio a una donación disfrazada de otro acto jurídico.

5. Para que en casación valga el cargo de carencia de conexidad entre el hecho indicador y el indicado, es indispensable que no haya ningún nexo o relación entre ellos, lo que sólo ocurre cuando la inferencia indiciaria cumplida por el juzgador es manifiestamente absurda, o sus razonamientos son contrarios a las leyes del orden natural o al sentido común.

6. La estimación de la mayor o menor fuerza del indicio compete a los jueces de instancia.

7. Es inadmisible el cargo formulado por errores de hecho en la apreciación "de las pruebas en su conjunto", pues semejante manera general y abstracta de impugnar una sentencia, es contraria a la técnica del recurso de casación.

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

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

Juicio de Julio E. Peláez A. contra Rosa Emilia Grajales de Ceballos.—Sentencia fechada el 10 de febrero de 1961, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.—Recurrente: la demandada.

ANTECEDENTES

1. Demanda Julio E. Peláez A. en su propio nombre y en "representación de la sucesión doble de Eliseo Peláez y María Carlota Arcila y de la sociedad conyugal ilíquida formada por estos esposos", a Rosa Emilia Grajales de Ceballos, para que se declare la simulación del contrato contenido en la escritura número 603

de 18 de octubre de 1954, de la Notaría del Circuito de Támesis, por no ser de venta de los inmuebles en ella relacionados, sino de donación; y en subsidio, la rescisión por lesión enorme, o la inexistencia o la nulidad del mismo contrato; y se ordene, en consecuencia, la cancelación del registro de la escritura y la restitución de los bienes con sus frutos a la sucesión doble expresada.

2. Según el libelo, la escritura habla de venta de la propiedad de una casa situada en el área urbana del Municipio de Támesis, de un lote de terreno y de la mitad proindiviso de dos terrenos más, situados en el paraje de San Isidro del mismo Municipio; de un precio total de $ 20.000.00, inferior en mucho al real, y satisfecho, según la escritura, en parte ($ 16.250.00), por haberla recibido el vendedor, y en parte ($ 3.750.00), que éste dejó en poder de la compradora con destino al pago de algunas deudas hipotecarias vigentes sobre tres de los fundos, no obstante lo cual fue el propio vendedor quien las satisfizo.

Por otra parte, sigue afirmando la demanda, el vendedor continuó con la posesión, la administración y el goce de los bienes. Había abandonado su hogar y sus obligaciones de esposo y padre hacía más de veinte años, hasta su fallecimiento, para hacer vida común con la compradora, y en su matrimonio con María Carlota Arcila de Peláez hubo cuatro hijos, mayores hoy: María Luisa, Ana de Jesús, Julio E. y María Lucila.

3. Adelantado el juicio con la oposición de la demandada, fue ésta absuelta en la primera instancia y recurrida que fue la sentencia por el actor, el Tribunal Superior de Medellín la revocó e hizo la declaración de simulación relativa, salvo en lo tocante al inmueble ubicado en el área urbana del Municipio de Támesis.

LA SENTENCIA ACUSADA

4. La sentencia llega a la conclusión de que la venta contenida en la dicha escritura es simulada relativamente, porque el contrato verdadero es de donación. Se apoya en indicios, a saber: la vida en común que llevaron vendedor y compradora por tan largo tiempo; el abandono, por parte del primero, de sus obligaciones conyugales y de padre por ese mismo lapso; la incapacidad económica de la compradora, para un desembolso inmediato de $ 16.250.00; la ignorancia de la misma respecto del destino que el vendedor diera a esta suma, dado el concubinato en que vivían y el conocimiento que ella tenía de los negocios de aquél; la circunstancia de que al preguntársele sobre el pago, dijera que se había efectuado sin testigo alguno, lo cual no es común, en concepto del fallador, en tratándose de una crecida cantidad de dinero; y el hecho de haber seguido el vendedor poseyendo, administrando y beneficiando los bienes, los cuales continuaron figurando como suyos.

Y agrega que la declaratoria de simulación no comprende la casa de habitación vendida por Rosa Emilia Grajales de Ceballos antes de la demanda, a Hermilda Obando de Grajales, según escritura número 427 de 18 de agosto de 1957; ni reconoce a favor de la compradora el derecho a los dos mil pesos exentos de la formalidad de la insinuación, a causa de la misma venta.

LA ACUSACION DE LA SENTENCIA

5. Con fundamento en la causal primera se formulan tres cargos, todos por errores sufridos en el examen de las pruebas, el primero de derecho y los demás de hecho.

Primero y segundo cargos.

6. Tienen de común estos cargos: primero, el error alegado en relación con la demanda inicial; y segundo, las disposiciones sustantivas violadas, artículos 946, 961 y 1759 del Código Civil. Se diferencian en que el primero es por error de derecho cometido en la tarea estimativa de la demanda, de la escritura que contiene el contrato impugnado, del instrumento número 1 de 1º de enero de 1943, de la Notaría de Támesis, del acta de absolución de posiciones de Rosa Emilia Grajales de Ceballos y los testimonios de Luis Angel Osorio y Hortensia Pérez; en tanto que el segundo es por error de hecho en relación únicamente con la demanda.

7. Uno y otro cargo se fundan, en cuanto a esta pieza, en la afirmación de aparecer en ella, de manera inequívoca, que la calidad invocada por el demandante es la de sucesor y heredero universal del causante —sometido, por tanto, a la limitación de la prueba de la simulación— y no la de interesado directo y personal en destruír el acto que su causante celebrara en daño de sus intereses, es decir, como legitimario lesionado en su derecho.

8. En razón del primer cargo valoró la sentencia erróneamente, con error de derecho, el libelo y las piezas procesales que menciona; pero,

en tratándose de esta especie de error, la demanda de casación debió invocar —y no lo hizo— los textos legales sobre tarifa probatoria, infringidos como medio conducente a la violación de la ley sustancial, fuera de que en cuanto a las demás piezas del proceso, el recurrente no indica el porqué de la acusación. Por ello es inadmisible en este punto la censura.

9. En cuanto al error de hecho en que el sentenciador incurriera en la estimación de la demanda, así lo enuncia el escrito de impugnación:

"El error de hecho, que aparece manifiesto en la sentencia, es haber considerado el Tribunal que el actor promovió su demanda asumiendo la condición de un extraño al acto que se ataca, cuando resulta evidente que demandó como sucesor del vendedor pues así expresa y claramente lo dice en la demanda y no podía ser de otro modo en cuanto otras acciones que acumuló en el mismo acto no podía intentarlas sino el sucesor, no un tercero.

"El presente cargo difiere del anterior en que puede muy bien considerarse que las infracciones que imputo al fallo se debieron sólo a la indebida apreciación de la demanda, lo que coloca el asunto en el terreno del error de hecho, no en el del error de derecho.

"……

"Al considerar el fallador que Ceballos actuó como un tercero, yerra interpretando la demanda contra la evidencia de que el actor, según lo dice de modo inequívoco en las expresiones transcritas atrás, funda su interés para la acción en el hecho de ser continuador del difunto en sus derechos y obligaciones".

10. Los pasajes de la demanda que pasaron inadvertidos para la sentencia, según el recurso, son los siguientes:

"En mérito de las razones anotadas y consideraciones que dejo hechas, yo, Miguel A. Londoño S., de condiciones civiles dichas y obrando como representante convencional del señor Julio E. Peláez, mayor de edad y vecino del Municipio de Sevilla (Valle), demando para éste, para la sociedad conyugal formada por los esposos Eliseo Peláez y María Carlota Arcila y para la sucesión de éstos, representada por mi mandante y por las señoras María L., Ana de J. y María Lucila Peláez Arcila, a la señora Rosa Emilia Grajales de C., mayor y vecina de Támesis, para que previa la tramitación establecida en el Título XXVIII, Capítulo II del Código Judicial (juicio ordinario de mayor cuantía) se hagan por su despacho, en sentencia que cause ejecutoria, las declaraciones siguientes...

"……

"Del matrimonio Peláez Arcila se procrearon los siguientes hijos legítimos, quienes viven y todos son mayores de edad: María L., Ana de J., Julio E. y María Lucila Peláez Arcila. Estos hijos legítimos son los herederos universales de los esposos Peláez Arcila, y en ellos radican todos sus derechos y obligaciones transmisibles, y tienen por consiguiente pleno interés jurídico en todos los actos vinculados en cabeza de sus causahabientes".

Afirma el recurrente que no hay duda de que el actor ha obrado en el caso presente como heredero continuador de la persona del causante, no como legitimario que ha sufrido perjuicio a causa del acto simulado, y por tanto, no podía disponer de la amplitud probatoria que la ley y la doctrina tienen reconocida a los terceros.

Se considera:

11. La sentencia no entró a elucidar el punto de si el actor demandó en razón de su interés exclusivo o como sucesor universal, y por ello tampoco trató de saber si podía o no acreditar la ficción alegada mediante toda clase de medios. Mas, la verdad es que aplicó la afirmativa al admitir todo género de pruebas.

La doctrina enseña que la facultad de probar libremente no la tienen sino quienes exhiben la calidad de terceros frente al contrato simulado; y entre tales hace figurar al heredero que demanda invocando su condición de legitimario, esto es, su interés en destruír el acto que su causante celebrara en perjuicio de sus derechos de causahabiente universal de carácter forzoso.

12. Sobre este particular la posición actual de la jurisprudencia de la Corte está sintetizada en fallo de fecha 6 de diciembre de 1961, proferido en juicio de Manuel Roldán Tamayo y otros contra Domingo Roldán Tamayo y otros:

"No es admisible el aserto de que los herederos del simulante, *sea que obren como continuadores de su persona, esto es en nombre de la universalidad hereditaria, sea que obren como tercero, en nombre propio para defender sus asignaciones forzosas frente al acto simulado,* gozan en todo caso de plena libertad probatoria. Si esta tesis tuvo cabida en sentencia de casación de 5 de septiembre de 1957, que cita el recurrente, habiendo aparecido antes, en la de fecha 31

de octubre del año inmediatamente anterior, ella no tuvo afortunada supervivencia, pues la Corte a vuelta de poco tiempo restauró la doctrina que en este particular imperaba en agosto de 1956 y de que fue expresión culminante la sentencia de casación de 8 de junio de 1954. (LXXVII, 2142, pág. 794). (Subraya ahora la Sala).

"Por lo mismo, en sentencia de casación de 16 de junio de 1959, cuya doctrina está en pie, dijo la Corte lo siguiente:

'Claro es que en principio puede existir interés jurídico en el heredero para impugnar por simulación actos o negocios en que el causante hubiese figurado como parte. Pero ese interés coincide integralmente con el mismo que tendría el causante si viviera, con las mismas ventajas, pero también con las mismas limitaciones para hacerlo valer ante la justicia, primera y principalmente por lo que respecta al problema probatorio vinculado a los soportes del plano de seguridad en que deben moverse las transacciones.

'4. El asignatario forzoso se halla, sin embargo, al amparo de las disposiciones de orden público que restringen la libertad de testar. Si el acto que se impugna por simulado subvierte el sistema de las asignaciones forzosas, no hay ni podría haber límite alguno dentro de la tarifa en la prueba de la simulación como expediente para evadir los imperativos del legislador. Se trata de establecer el hecho que rompe el régimen de las asignaciones forzosas y es por ministerio de la ley como el legitimario por derecho suyo queda investido de la acción: no propiamente como heredero sino como persona a quien se pretende despojar de aquello a que por ley tiene derecho. (XC. 2211-2212, pág. 646)'.

"Ahora bien: en el presente negocio, el juzgador estimó que los demandantes no han procedido como terceros, en acción propia para defensa de sus derechos personales sobre la sucesión de Mercedes Tamayo Roldán, o sea en ataque a la real voluntad que ésta tuviera al otorgar la escritura número 834, sino como sucesores universales de ella, en ejercicio de la misma acción que a la dicha señora le correspondería si viviese, es decir, en defensa de la verdadera voluntad que a su causante le atribuyen los actores, que no fue, entonces, la de perjudicarlos en sus asignaciones forzosas, por todo lo cual el sentenciador le cerró el paso a la libertad de probación; y este fundamental razonamiento no resulta desvirtuado en el recurso".

13. La sentencia —como antes se expuso— no estudia la cuestión de si el demandante obra directamente, en ejercicio de su interés personal y no como sucesor universal del *de cujus;* y por esto mismo no se detiene a considerar los pasajes de la demanda a que el cargo se refiere; empero, no hay en esto error de hecho con incidencia en la decisión, porque del contexto de la propia demanda se concluye haber incoado la acción propia e independiente.

En efecto:

A) Dice el demandante en la Afirmación 6ª de la demanda que "en el caso de este contrato, no hubo precio convenido, ni fijado por tercero, ni intención en forma alguna de comprar, ni de vender; se trata de un contrato simulado y confeccionado *con la sola intención de burlar,* por parte de Peláez, los derechos legítimos de su esposa y también de sus hijos"; y en la Afirmación 11ª repite que el contrato fue celebrado "con la exclusiva finalidad, la cual no pudo ser otra que *burlar los derechos de sus legitimarios*". (Subraya la Sala).

Al decir el libelo que la venta persiguió tan sólo burlar los derechos legítimos de sus hijos o de sus legitimarios, acentúa el daño que el contrato produjo a éstos, a consecuencia del fraude realizado por el causante, y se relacionan daño y fraude con la calidad de legitimario del actor, cómo hijo legítimo de Eliseo Peláez y María Carlota Arcila de Peláez, y es el agravio que le fue inferido en su interés jurídico de sucesor con derecho a legítima, la causa de la demanda.

No importa que en el hecho 11º asevere el demandante que en los hijos del matrimonio Peláez-Arcila radican todos los derechos y obligaciones transmisibles de su antecesor; ni tampoco que en el preámbulo de las peticiones diga el apoderado del mismo que demanda "para éste (su poderdante), para la sociedad conyugal y para la sucesión de éstos..."

Porque, en primer lugar, de todos modos se ha de demandar para la sucesión, ya que los bienes afectados por el acto fingido pertenecen a la universalidad, precisamente para que se les someta a la distribución de ley, en la cual el legitimario que impetra la declaratoria de simulación persigue cristalizar su interés.

Y en segundo lugar, porque es innegable en derecho que a los hijos como legitimarios, pasa todo lo transmisible del causante; son los herederos, los titulares de la universalidad hereditaria, y sucesores, por tanto de la persona del *de cujus.* Mas, no se opone a este principio el que el heredero, con especial condición de legi-

timario, esto es, con derecho que el causante no puede desconocer, a recibir en esa universalidad la parte que corresponde a su legítima, sea vulnerado en ese derecho por actos de aquél, y ejerza la acción pertinente. Claro es que ello sucede por ser heredero, pero no simple heredero sino heredero legitimario. De suerte que, hay que distinguir entre la condición de heredero, sucesor universal y continuador del *de cujus*, para todos los efectos legales, y la calidad especial de legitimario, vinculada a un interés económico determinado, opuesto al del causante y en cuya defensa el legitimario persigue destruír y no sostener lo que su antecesor hizo.

De donde se sigue que cuando un legitimario hace uso de la acción de simulación afirmando el daño que le causara el *de cujus* con un contrato que estima ficticio, obra en ejercicio de la acción autónoma nacida del daño y apoyada en la supradicha condición de legitimario. Por ello dice Ferrara:

"También el legatario tiene la condición de tercero, tanto si impugna los actos del heredero, del cual es acreedor, como si prueba la simulación de actos del testador a quien sucede a título particular. Mas los herederos universales del fallecido, continuadores generalmente de su personalidad jurídica, y que, como partes, por tanto, de los contratos por él simulados, deben estar a lo convenido, pueden, por excepción, ostentar el carácter de terceros cuando defiendan un derecho propio que legalmente les corresponda, contra tales actos simulados del *de cujus*. En esas circunstancias se encuentran los legitimarios por lo que respecta a su legítima. Su derecho sobre ésta no se funda en la voluntad del testador, sino directamente en la ley, y existe con o sin la voluntad de aquél. Son herederos legitimarios, y bien se comprende que para la defensa de este derecho les compete una acción directa e independiente del vínculo que les une con el causante; por lo cual, si viesen frustrada su expectativa de legítima por efecto de donaciones disfrazadas realizadas por aquél, tendrán el derecho de impugnarlas en nombre propio ejercitando para ello la acción de reducción". ("La Simulación de los negocios Jurídicos". Traducción de Rafael Atard y Juan A. de la Fuente, p. 429. Madrid, 1926).

Por lo expuesto no son procedentes los cargos primero, por error de derecho, y segundo, por error de hecho, en la apreciación de las citadas piezas procesales.

Tercer cargo.

14. La acusación se dirige a probar error de hecho en lo que respecta a los indicios que llevaron al sentenciador a pronunciar la simulación.

A) En cuanto a las relaciones sexuales de Eliseo Peláez y la demandada, niega que tengan relación con el hecho investigado, y además, que no están probadas, porque las declaraciones de Hortensia Pérez y Luis Angel Osorio no demuestran los hechos que las constituyen según la ley.

No obstante ser justa la crítica formulada a los mencionados testimonios —a los cuales se refiere la sentencia únicamente como confirmatorios de la confesión de la demandada— la vida en común, por más de veinte años, de aquélla y Peláez, aparece plenamente aceptada por la demandada al dar respuesta afirmativa a las posiciones 1ª y 11ª del cuadro que le fue formulado por el actor.

Respecto a la conexión entre el hecho probado y el desconocido y la fuerza del primero para demostrar el segundo, fuera de que es valoración que concierne al juzgador de instancia (artículos 1768, C. C., y 662, 664 y 665, C. J.), no pugna ella con la naturaleza de las cosas, pues unas relaciones sexuales de largos años son terreno propicio a una donación disfrazada de otro acto jurídico.

B) Considera la sentencia que la compradora era relativamente insolvente, para poder disponer de contado de una suma cuantiosa como es la de $ 16.250.00, y apoya el concepto en la circunstancia de que por escritura número 15, de enero 7 de 1941, de la Notaría de Támesis, adquirió un lote de terreno por $ 1.500.00, y en el hecho de que el negocio de cuidar cerdos, beneficiar el ordeño de vacas, criar gallinas y vender naranjas, sólo alcanzaría para las necesidades de la familia.

El libelo del recurso dice que según el avalúo pericial de los bienes, la demandada poseía bienes entonces por un valor de $ 37.500.00.

Con todo, la apreciación del fallo no peca de error de hecho que aparezca manifiesto, porque el concepto que le merece la situación económica de la compradora, es de una insolvencia *relativa*, para que pudiese desembolsar de una vez aquella cantidad, hecho que, unido a la falta de prueba sobre la preexistencia de fondos, v. gr., en un banco, caja de ahorros, o provenientes de un préstamo, y sobre el pago de contado que hiciera, según afirma la demanda, sin testigo

alguno, lo que considera poco corriente la sentencia, demuestran que error de hecho, que es evidencia contraria a la alcanzada por el sentenciador, no existe en este caso.

C) Hay error ciertamente en la sentencia al estimar el hecho de haber continuado el vendedor en el goce y la administración de los bienes, como indicio de simulación, en lo que respecta al terreno llamado "La Cabaña" (aparte d), cláusula primera del instrumento número 603, del 18 de octubre de 1954), porque si mediante escritura pública número 1 de 1º de enero de 1943, de la Notaría del Circuito de Támesis, Rosa Emilia le había vendido la mitad indivisa de dicha finca y constituído al propio tiempo en favor de él un derecho de usufructo vitalicio sobre la cuota que ella retenía, administró todo el inmueble y gozó de él, en razón del condominio sobre la mitad y el usufructo sobre la otra mitad.

Mas, en relación con el lote de terreno señalado con la letra c) de la cláusula primera del citado instrumento número 603, no había impuesto la vendedora sobre la mitad proindiviso que tenía, análogo derecho de usufructo en favor de Peláez, ni lo constituyó tampoco sobre parte alguna del inmueble al adquirir la mitad que no tenía, según la escritura número 604, subsiste el indicio anotado en la sentencia, de haber proseguido Peláez, sin embargo, administrando y gozando del bien raíz.

En lo atinente a los demás bienes de que trata la escritura número 603, (apartes a) y b), cláusula primera), o sea, la casa de habitación y el "lotecito de terreno", situados, respectivamente, en el área urbana y en el paraje San Isidro del mismo Municipio, ninguna reserva o retención de usufructo se hizo a favor de Peláez que justificase la administración y disfrute que de tales bienes tuvo el mismo con posterioridad a la fecha de la mencionada escritura, motivo por el cual tampoco podría hallarse error de hecho en la apreciación de tal hecho como indicio de simulación.

D) Censura la demanda la apreciación que la sentencia hace del hecho de no haber sabido Rosa Emilia Grajales de Ceballos en qué empleó Peláez la suma de $ 16.250.00 que recibiera de contado, toda vez que cohabitaban juntos hacía años, y ella estaba al corriente de los negocios de él, como lo confiesa en posiciones. La tacha consiste en carencia de conexidad entre la simulación que se averigua y el hecho que se juzga como indicador de ella.

Para que valga este cargo en el recurso extraordinario es indispensable que no haya absolutamente ningún nexo o relación entre los dos hechos, esto es, como dice casación de 29 de octubre de 1940 (L. 1964. 403), cuando la inducción del juzgador es manifiestamente absurda, o sus razonamientos son contrarios a las leyes de orden natural o al sentido común, doctrina ésta que viene siendo repetida de modo invariable y constante. Dada la vida en común de vendedor y compradora durante mucho tiempo y la circunstancia por la segunda admitida, de haber vivido al tanto de los negocios del primero, no peca la apreciación del Tribunal de error evidente de hecho, sin olvidar que la estimación de la mayor o menor fuerza demostrativa del indicio compete exclusivamente a los jueces de instancia.

E) Impugna el indicio consistente en el hecho de que el pago del precio no se hiciera ante testigos, según dijo en posiciones la demandada.

A este respecto vale repetir lo dicho antes, sobre la independencia del sentenciador para saber si un hecho tiene o no carácter indicador del hecho desconocido, así como el poder del primero para presumir el segundo. En la conciencia del juzgador pudo contar la consideración de que Peláez tenía esposa e hijos, lo que le impedía disponer de sus bienes a título gratuito, sin la licencia judicial, de modo que si obraba sin ésta, él y la adquirente sabían, o debían saber, de la nulidad de que quedaba afectado el acto, lo cual les obligaba a precaverse de las acciones legales que los legitimarios podrían establecer, dejando del hecho material del pago una prueba fehaciente y no la simple declaración de la escritura, no obligatoria frente a terceros. De manera que si no lo hicieron así, podría el juzgador conjeturar que no hubo en realidad pago, y en todo caso al razonar así, no se contraría la lógica, ni el sentido común, ni ley alguna natural.

15. En el examen de la prueba indiciaria no hay, por tanto, error de hecho manifiesto. Están probados los hechos indicadores; y la relación con el que se trata de acreditar, así como la gravedad de aquéllos, concierne medirlas al Juez de instancia, con los únicos límites expresados, teniendo en cuenta, por otra parte, que los indicios forman en su conjunto y en la conciencia del juzgador una unidad demostrativa que, descompuesta o fraccionada en los varios hechos indicadores, para atacar por separado cada uno de ellos, la prueba indiciaria carecería de la trascendencia que le atribuye el Derecho Pro-

batorio, sin excluír el ámbito de la simulación. Por ello la autonomía del juzgador para pesarlos, sin que pueda imponérsele normas por razón del número, ni de la gravedad, ni del nexo con el hecho ignorado, factores sólo valorables en conciencia.

Cuarto cargo.

16. Consiste en "infracción de los artículos 1849, 1443 y 1602 del Código Civil; y consiguientemente, de los artículos 946 y 961 del Código Civil, a consecuencia de error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas del proceso, en su conjunto".

Expone la demanda:

"Si fuese necesario mencionar en concreto las pruebas indebidamente apreciadas hago la siguiente enumeración: declaraciones de Jesús María M., Marco Tulio Echeverri, Martha Naranjo, Cipriano Pineda, Ramón Cano, Pedro Martínez, Vicente Restrepo, María Calle, Hortensia Pérez, Luis Angel Osorio, Luis Carlos Obando, Mercedes Castro, José Gallego, Belisario Montoya; escrituras números 603 de 18 de octubre de 1954, 15 de 7 de enero de 1941, 1 de 1º de enero de 1943 y 427 de 1957 (18 de agosto), de la Notaría de Támesis; acta de absolución de posiciones de la señora Rosa Emilia Grajales de Ceballos; inspección ocular y actas de estado civil; declaratoria de herederos del señor Eliseo Peláez y la señora María Carlota Arcila.

"*Demostración.* La acción de simulación tiene por finalidad y objeto el hacer que se declare un acto o contrato oculto bajo las apariencias de otro aparente, a fin de que prevalezca aquél como verdadera intención de los contratantes y éste quede sin efectos como mero disfraz, apariencia o envoltura del acto o contrato verdadero.

".....

"Resulta claro que en la compraventa a que se refiere este juicio podrían estar envueltas muchas formas contractuales ocultas como dación en pago por servicios personales prestados por la señora Grajales, donación, liquidación de una supuesta sociedad de hecho, etc., sobre la base de que la compraventa fuese simulada. Podría tratarse también de un caso de simulación absoluta".

Se considera:

17. Para estimar inadmisible el cargo basta tener presente:

a) Formulado por errores de hecho en la apreciación "de las pruebas en su conjunto", tal forma general y abstracta es contraria a la técnica del recurso, según lo tiene repetido la jurisprudencia.

b) Mencionadas simplemente las pruebas por "si fuese necesario", ello no es suficiente: es indispensable exponer el porqué del error respecto de cada una de ellas.

c) Fuera de lo anterior —que es suficiente para rechazar el cargo— es verdad que éste señala como quebrantadas disposiciones legales sustantivas, pero tampoco expone el concepto en que hayan podido ser violadas, ya que una declaración de contrato simulado encubridor de una donación, obligaría a dar las razones de las cuales se desprendiera que no es donación, sino dación en pago, liquidación de una supuesta sociedad, u otro acto o contrato. Y además, si es que no hay prueba de contraestipulación de dicho acto o contrato, habría quebranto del artículo 1766 del Código Civil —que el cargo no cita— y que es la norma legal sustantiva en que se basa la teoría de la simulación prevalencia. La violación de las disposiciones legales indicadas, no podría producirse sino con fundamento de que aquel texto fuese violado, por ausencia precisamente de prueba de la contraestipulación, forma única de destruír la voluntad declarada ostensiblemente por las partes.

No es, por tanto, casable la sentencia recurrida.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha diez (10) de febrero de mil novecientos sesenta y uno (1961), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio ordinario seguido por Julio E. Peláez A. contra Rosa Emilia Grajales de Ceballos.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

IMPUGNACION DE LA LEGITIMACION

No halla la Corte violación directa ni indirecta de la ley en la sentencia que se negó a invalidar una legitimación. La demanda original pretendió obtener la anulación del acto jurídico por medio del cual fue legitimada la demandante, pero el sentenciador no encontró demostrados los elementos de la acción intentada.

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

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

Juicio ordinario de Ana Dolores Martínez contra Luis Enrique Martínez y María Antonia Acosta de Martínez.—Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, fechada el 24 de febrero de 1961.—Recurrente: La actora.

I

ANTECEDENTES

1. Ana Dolores Martínez de Martínez solicita, en juicio contra Luis Enrique Martínez y María Antonia Acosta de Martínez, estas declaraciones:

"a) Que es nula y carente de efectos civiles la legitimación hecha a mi poderdante Ana Dolores Martínez de Martínez, nacida el veintiséis (26) de julio de mil novecientos veinticinco (1925), en la población de Barichara, como hija natural de María Antonia Acosta y padre desconocido, legitimación que aparece en el acta eclesiástica del matrimonio *in periculo mortis* (Libro 8º de Matrimonios, página 13, marginal 2º de la Parroquia de Barichara) que contrajeron los demandados Luis Enrique Martínez y María Antonia Acosta ante el Cura Párroco de dicho lugar, doctor Pablo Elías Acevedo S., el doce (12) de marzo de mil novecientos treinta y siete (1937), por falta de voluntad y consentimiento de ambos contrayentes, o al menos del litigante Luis Enrique Martínez, para otorgar dicho beneficio.

"En subsidio de la anterior:

"b) Que la demandante Ana Dolores Martínez, casada actualmente con Pedro Agustín Martínez, no tiene carácter de hija legítima o legitimada de los demandados Luis Enrique Martínez y María Antonia Acosta de Martínez, por no ser el primero el verdadero padre de la demandante.

"Y como corolario de una cualquiera de las anteriores declaraciones:

"c) Que se comunique la resolución judicial sobre nulidad de la legitimación o falsedad de la filiación legítima de la demandante Ana Dolores Martínez de Martínez, al señor Cura Párroco de Barichara para que tome nota de lo resuelto, con citación de la sentencia respectiva, al margen de la partida de matrimonio donde consta la legitimación impugnada".

Afirma en sustancia:

a) Que María Antonia Acosta hizo vida común con Rogerio Martínez, en los años de 1924 y 1925; que de tales relaciones nació Ana Dolores Martínez, la demandante, el 26 de julio del último año, quien fue bautizada en la Parroquia de Barichara el 25 de octubre siguiente; que al terminar el año de 1925 María Antonia Acosta y Luis Enrique Martínez iniciaron relaciones sexuales estables y notorias, en las cuales procrearon varios hijos.

b) Que el 12 de marzo de 1937 los nombrados concubinos decidieron casarse, dado el peligro de muerte en que se hallaba María Antonia, en-

lace que presenció el Cura Párroco de Barichara, quien les indagó por los hijos naturales que hubiesen procreado, pero sin que hubiese en nadie el propósito de legitimarlos.

c) Que, sin embargo, al extenderse el acta de matrimonio diez y nueve días después, el señor Cura dejó constancia de que "los contrayentes declararon como hijos suyos habidos hasta hoy, para los efectos de la legitimación a Ana Dolores, bautizada el veinticinco de octubre de 1925..."

d) Que "ni durante el matrimonio ni en los días subsiguientes hasta aquel en que se extendió la partida eclesiástica, se habló para nada de la legitimación de Ana Dolores, ni Luis Enrique Martínez expresó su voluntad y su consentimiento de legitimar a una niña a quien siempre reputó de otro padre"; que la firma de los contrayentes al pie del acta y la supuesta legitimación no se explican sino "por la ignorancia o la inadvertencia de los mismos respecto a la naturaleza, gravedad y consecuencias de un acto bilateral que errónea o falsamente se les atribuyó en la partida y al cual fueron completamente extraños en consentimiento y voluntad"; que ello no obedeció sino al móvil de equiparar a Ana Dolores en el trato y consideraciones domésticos, a los verdaderos hijos naturales de Luis Enrique Martínez y María Antonia Acosta de Martínez; y que cuando la actora quiso contraer matrimonio con Pedro Agustín Martínez, fue necesario conseguir dispensa de la autoridad eclesiástica por ligarla a él "vínculo de parentesco de consanguinidad en segundo grado, *per viam naturalem,* como hija natural la primera de Rogerio Martínez R. y sobrino legítimo del segundo, la Curia, después de las debidas informaciones, otorgó la *dispensa* del impedimento para contraer matrimonio".

2. Que Luis Enrique Martínez vivió en Bucaramanga desde el año de 1923, en donde prestó el servicio militar obligatorio, y permaneció allí durante los años de 1924 y parte de 1925, sin interrupción alguna, de manera que estuvo en imposibilidad física de engendrar a Ana Dolores, ya que, por una parte y por ese tiempo María Antonia Acosta, la madre de ésta, vivía en Barichara, y por otra, la conducta de aquélla en ese entonces fue de una fidelidad ejemplar para con quien vivía con ella, o sea Rogerio Martínez;

e) Que tan cierto es lo dicho que la Curia Eclesiástica de San Gil y Socorro, después de rigurosa investigación resolvió rectificar la partida en referencia, suprimiendo lo concerniente a la legitimación de Ana Dolores.

f) Que Rogerio Martínez R., verdadero padre de la actora, falleció el 7 de enero de 1952.

3. Los demandados consintieron las afirmaciones del libelo. "Los hechos de la demanda —dicen— relatan la verdad de las cosas, y es por tanto un deber de conciencia aceptarlos en su integridad, sin pensar en las consecuencias que de ello pueden derivarse". Y agrega su procurador: "Es esto lo que mis poderdantes me han manifestado, y es lo que yo en su nombre consigno como contestación de la demanda", si bien deja al criterio de los jueces las conclusiones jurídicas que pudieran seguirse de tales hechos aceptados.

4. Tanto el fallo de primera como el de segunda instancia absolvieron a los demandados. La actora formuló demanda de casación contra el del Tribunal, en escrito no replicado por la parte opositora.

II

LA SENTENCIA ACUSADA

5. La sentencia de primera instancia concluye que "lo considerado hasta aquí lleva a la conclusión de que los hechos formulados por la actora como fundamento de la falta de consentimiento de Luis Enrique Martínez para legitimar a Ana Dolores Martínez de Martínez, no tienen la aptitud suficiente para producir la declaración de nulidad que se propone la demanda en su petición primera y principal, y por consiguiente, no es el caso de entrar al estudio de las pruebas que se aportaron dentro del juicio para respaldar esos hechos".

Y en cuanto a la acción subsidiaria, que estima de impugnación de la legitimación, dice que a "Ana Dolores Martínez de Martínez incumbía afirmar y probar la vigencia del término fijado por la ley para ejercitar válidamente la acción. La ausencia de afirmación y prueba a este repecto apareja necesariamente una sentencia desfavorable, aun cuando la caducidad o extemporaneidad no se hallen demostradas".

"De esto se puede concluír entonces —continúa el fallo— que Ana Dolores Martínez de Martínez estaba obligada a afirmar y probar la fecha en que obtuvo un conocimiento 'real y objetivo, cierto y directo' del interés en impugnar la legitimación. Mas este hecho no aparece afirmado en el libelo ni probado en el proceso, ni es materia de ninguna presunción. En estas con-

diciones resulta imposible saber si la acción se ha ejercitado oportunamente o no y por tanto establecer la existencia del *interés en obrar,* condición indispensable para proferir sentencia favorable".

La sentencia del Tribunal, con pocas diferencias de orden jurídico con la del juzgado, confirma la de primera instancia.

6. En relación con la súplica principal, sobre nulidad de la declaración contenida en el acta de matrimonio, por defectos del consentimiento, niega que las pruebas aducidas sean eficaces. Dice:

"De otra parte, como lo dice el juzgado, las pruebas presentadas para demostrar el vicio en el consentimiento son de por sí ineficaces, toda vez que no es necesario que los cónyuges en el oficio religioso pregonen el nombre de los hijos a quienes pretenden legitimar. No es esa la oportunidad de hacer la legitimación, de conformidad con lo claramente dispuesto en el artículo 239 del Código Civil, sino en el acta de matrimonio o en escritura pública, en donde debe dejarse la expresa mención: "Para que ella se produzca es necesario que los padres designen, en el acta de matrimonio o en escritura pública, los hijos a quienes confieren ese beneficio, ya estén vivos o muertos" (art. citado).

"Habiendo obrado con pleno conocimiento de causa los esposos Martínez Acosta al firmar el acta de legitimación, no es posible pensar que lo hicieron sin consentimiento y voluntad propios para el acto, puesto que obraron a sabiendas, en forma tal, que ese elemento subjetivo de conocimiento enerva cualquier acción que intente adelantarse para conseguir una declaración de nulidad del reconocimiento por falta de consentimiento.

"Pero se arguye que la intención de los legitimantes fue la de cubrir con el ropaje de la legitimación una declaración de adopción, es decir, que se intentó por medio de un acto aparente disfrazar un acto oculto.

"El haber querido disfrazar una adopción por medio de una legitimación, tendría virtualidad para viciar el consentimiento si se tratara de un contrato, mas en esta situación no importa la íntima razón que los legitimantes tuvieran para obrar en una u otra forma, en cuanto a que la constitución de un estado civil no es materia ni puede serlo de un contrato, por no ser ello permitido, y solamente respecto de éstos tienen cabida las normas y las doctrinas que se relacionan con la simulación.

"De otra parte, la legitimación es un acto de carácter unilateral, y no está a voluntad de persona alguna modificar, por acuerdo entre los legitimantes y el legitimado, el estado civil que se constituye con la legitimación.

"Si el estado civil de las personas no puede ser objeto de operaciones contractuales, es natural que su constitución o su modificación no esté al alcance de los interesados para cambiarlas caprichosamente, según las circunstancias momentáneas, ni para celebrar sobre las condiciones del estado civil pactos aparentes o contratos simulados".

7. Respecto a la petición subsidiaria, que también considera la impugnación, de acuerdo con el artículo 248 del Código Civil, admite que la actora tiene interés actual para ejercer la acción proveniente de su posible vocación hereditaria en la sucesión de Rogerio Martínez, pero niega que la haya incoado dentro del término prescrito en el último inciso del citado precepto. Dice:

"La prueba de la fecha desde la cual se pudo hacer valer el derecho, no es una prueba de un hecho negativo para que se pretenda que al demandante no le incumbía su demostración, como se dijo ya. Por el contrario, era la prueba de un hecho positivo de fácil demostración, que condiciona efectivamente la acción de impugnación, porque, como lo precisa la Corte en la cita que anteriormente se hizo, en esta clase de acciones, la ley exige condiciones especiales para su ejercicio, ya en relación con las personas que puedan intentarla, las causas que puedan alegarse y los plazos dentro de los cuales pueden usarse.

"Los plazos que señala el artículo 248 del Código Civil son términos prefijados; ello indica que el ejercicio de un derecho referente a la situación planteada por el artículo debe estar condicionado ineludiblemente a la indicación cierta, definida y concreta de determinadas fechas.

".....

"No está demostrado que la acción de impugnación se haya incoado dentro del término perentorio señalado en el artículo 248 del Código Civil. Esto indica que una condición esencial de la acción de impugnación ha fallado, por lo cual, no conociéndose en el expediente la fecha en que la impugnadora tuvo interés actual y pudo hacer valer su derecho, no debe hablarse de que la acción se encuentre fenecida por caducidad.

"Es más: en la demanda que dio origen al juicio, aunque se expresa la fecha en que el señor Rogerio Martínez falleció, hecho que, de otra parte, aparece acreditado con la respectiva partida de defunción, no se señala siquiera la fecha en que la actora tuvo conocimiento del mismo fallecimiento y pudo, de consiguiente, ejercitar desde entonces su derecho de impugnar la legitimación, según los términos en que el Juzgado plantea el caso *sub-judice,* con base en el interés indicado por la actora".

III

LA ACUSACION DE LA SENTENCIA

Se impugna la sentencia con fundamento en la causal primera por error de hecho en la apreciación de la demanda (primer cargo) y de otras piezas procesales (tercer cargo), y por infracción directa de la ley sustantiva (segundo cargo).

Primer cargo.

8. Consiste en haber interpretado la declaración principal suplicada en la demanda, como de nulidad relativa con base en vicios del consentimiento, y no absoluta, "por carecer la legitimación de un requisito esencial como es la condición de ser el legitimado hijo común de los legitimantes, por lo cual prescindió de estudiar y sentenciar la verdadera acción propuesta en forma principal y con base en los hechos de la demanda". Enuncia la acusación en esta forma:

"Como consecuencia de este error, que aparece de manifiesto con la simple lectura confrontada de la demanda y sus fundamentos de hecho, y de derecho y su contestación, el Tribunal violó las siguientes disposiciones legales sustantivas: artículos 16, 1519, 1740 y 1741 del Código Civil porque ilegalmente dejó de aplicarlos tratándose de un caso de nulidad por omisión de un requisito exigido por la ley en consideración a la naturaleza de la legitimación; y los artículos 1502, 1508, 1740 y 1741 del Código Civil, por indebida aplicación en cuanto consideró que se trataba de una nulidad simplemente relativa por consentimiento viciado".

Y apoya su planteamiento así:

"Al decir el libelo en la primera súplica, 'que es nula y carente de efectos civiles la legitimación hecha a Ana Dolores Martínez... como hija natural de María Antonia Acosta y padre desconocido...' se alude evidentemente a la nulidad absoluta y al único y verdadero hecho en que se funda, esto es, 'no ser Luis Enrique Martínez el padre de la demandante'. El aparte b) de la demanda, calificado de subsidiario quizá por una defectuosa estructuración literal de la demanda, no es ni más ni menos, dentro de una interpretación jurídicamente lógica y racional de esa pieza procesal, que la expresión de la razón o causa de la nulidad impetrada, esto es, 'que la demandante Ana Dolores Martínez no tiene el carácter de hija legítima o legitimada de los demandados Luis Enrique Martínez y María Antonia de Martínez por no ser el primero el verdadero padre de la demandante'.

"La expresión final de la súplica primera 'por falta de voluntad y consentimiento de ambos contrayentes, o al menos del legitimante Luis Enrique Martínez, para otorgar dicho beneficio' que los falladores de ambas instancias usaron inexplicablemente para el escamoteo del recto sentido y auténtica causa de la nulidad pedida, no es más que una forma de referirse a las circunstancias en que ocurrió el matrimonio *in periculo mortis* en que tuvo lugar la legitimación para explicar o dar apoyo a su afirmación final del hecho 8º, de que 'la actividad o iniciativa oficiosa del sacerdote tenga que ver muchísimo en la aparente y supuesta legitimación'... Resulta visiblemente absurdo que esta alusión circunstancial, debido simplemente a su defectuosa colocación dentro de la estructuración literal del libelo, haya servido a los sentenciadores de este juicio para desplazar la verdadera fundamentación de la nulidad, que por referirse a la omisión de una condición estructural de la legitimación (hijo común de los legitimantes) le imponía la clasificación de absoluta, prefirieron acogerse a una frase sin sentido jurídico para fallar por fuera de la realidad procesal, como si se tratara de un caso de nulidad relativa por vicio en el consentimiento, con total prescindencia del auténtico planteamiento del litigio.

"......

"En este terreno, por consiguiente, no cabe hablar de consentimiento; la voluntad jurídica es impotente para variar los reglamentos de la ley. Si, por definición de ésta y por imposición de la naturaleza, la legitimación no es posible sino a través del matrimonio de los progenitores del legitimado, la condición de hijo común de los legitimantes, es requisito esencial prescrito por la ley para su valor y realidad jurídica, y tal requisito existe o no existe como realidad

de la naturaleza, en manera alguna como creación de la mera voluntad de los esposos litigantes. El consentimiento en estas condiciones sería ilícito por contrario a una organización legal de orden público (a. 1519, C. C.). En este sentido no hay, en puridad de doctrina jurídica, ninguna irregularidad en hablar de falta de consentimiento en una demanda de nulidad de la legitimación de un hijo no engendrado por los dos legitimantes".

Se considera:

9. No existe el error de hecho alegado, por estas razones:

1ª La petición principal del libelo, está concebida así:

"a) Que es nula y carente de efectos civiles la legitimación... *por falta de consentimiento de ambos contrayentes, o al menos del legitimante Luis Enrique Martínez, para otorgar dicho beneficio*".

Es cierto, como afirma la demanda del recurso, que el expresado primer pedimento emplea la expresión "que es *nula*", haciendo al parecer referencia a la acción de nulidad absoluta, ya que es más técnico hablar de nulidad, para aludir a la absoluta, y de rescisión para invocar la relativa. Mas, en el lenguaje ordinario se habla de nulidad absoluta y de nulidad relativa, fuera de que en el caso presente, no calificada la nulidad en forma explícita en el comienzo de la súplica principal, ésta misma al final circunscribe su sentido al decir: "por falta de consentimiento de ambos contrayentes, o al menos del legitimante Luis Enrique Martínez".

2ª Las afirmaciones de la demanda inicial concretaron aún más, si cabe, el objeto de la acción a que hace referencia la dicha petición. En efecto:

El hecho 6º dice que "en ningún momento Luis Enrique Martínez fue interrogado al respecto, ni manifestó en forma alguna expresa o tácita su voluntad de legitimar como hija suya a una hija ajena..." Y el 7º que, "ni Luis Enrique Martínez expresó su voluntad y su consentimiento de legitimar a una niña a quien siempre reputó de otro padre", lo cual concuerda con la causa de la nulidad impetrada en la petición principal, consistente en "falta de voluntad y consentimiento de ambos contrayentes, o al menos del legitimante Luis Enrique Martínez".

3ª El mismo apoderado de la parte actora en las instancias refrenda el sentido de la declaración principalmente impetrada: "En este litigio —dice— se han propuesto ambas acciones: la de nulidad del título en que consta la legitimación que se dice hecha por Luis Enrique Martínez y María Acosta en favor de la demandante Ana Dolores Martínez, como acción principal, porque la lógica jurídica obliga a examinar primero la validez del título que deduce la legitimación, antes que la sinceridad o veracidad de la confesión hecha por los legitimantes". Ampliando este concepto hace referencia de nuevo al error sufrido sobre la *naturaleza, la gravedad y las consecuencias de la legitimación*, a la cual nunca Luis Enrique Martínez dio su voluntad o consentimiento.

4ª Llámese *absoluta* o *relativa*, la nulidad demandada en la petición primera del libelo inicial, la sentencia niega sus fundamentos, con apoyo en la declaración contenida en el acta matrimonial, en la cual no halla vicio alguno del consentimiento —ni dolo ni violencia, que no fueron alegados—, ni error, que no fue establecido.

Si el error de hecho en casación debe ser de tal naturaleza que fatalmente se imponga la conclusión opuesta a la acogida por el juzgador a consecuencia del examen de la prueba, es evidente que nada de esto acaece en relación con este cargo.

Segundo cargo.

10. Se formula así:

"El Tribunal de Bucaramanga infringió directamente por interpretación errónea o equivocada las disposiciones sustantivas contenidas en los artículos 6, 16, 236, 239, 269, 1502, 1519, 1740 y 1741 del Código Civil y 6 de la Ley 57 de 1887 al aceptar y concluír que es jurídicamente posible y válida la legitimación de hijos no comunes de los legitimantes, esto es, no engendrados por el esposo legitimante en la esposa legitimante, si para otorgar el beneficio de la legitimación consienten los contrayentes del matrimonio con conocimiento, a sabiendas, de que el legitimado no es hijo común de los dos".

Inserta unos apartes de la sentencia, de los cuales aparece —según el cargo— que aquélla acepta el hecho fundamental de que Ana Dolores Martínez no es hija natural de Luis Enrique, de igual apellido.

Vuelve sobre la nulidad absoluta, la cual, según la decisión, procede contra el acto en el cual se legitima al hijo, nacido antes del matrimonio; enuncia las diferencias legales y doc-

trinarias entre "la nulidad absoluta y relativa, según que la omisión sea de requisitos o formalidades prescritos por la ley para el valor del acto en consideración a su naturaleza o especie, en la primera clase; o requisitos exigidos en atención a la calidad o estado de las partes, en la segunda (aa. 1740, 1741, C. C.)", y se refiere especialmente a la producida "por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos... como acontece con la legitimación de hijos nacidos antes del matrimonio, en que la ley prescribe, por naturaleza del acto, que se trate de hijos comunes, y que, además, se realice, exclusivamente por medio del acta matrimonial o en escritura pública posterior".

Distingue luégo entre acto inexistente y acto absolutamente nulo, aludiendo a la legitimación de hijos no comunes, que por carecer del requisito de ser de ambos contrayentes, no puede existir jamás, pero, no hallándose prevista la inexistencia del acto jurídico en la legislación colombiana, es menester acudir a la acción de nulidad absoluta.

Y concluye:

"Pero es innecesario y pedante citar autores sobre punto unánimemente establecido en los códigos y explicado por los doctrinantes, cuando nuestro Código Civil, que es donde deben existir y buscarse los elementos esenciales de la legitimación, los ofrece de manera inequívoca, estatuyendo, en acuerdo con la naturaleza de la legitimación, (que es la única manera de cambiar una filiación ilegítima en legítima), que sólo el matrimonio de los progenitores del hijo es capaz de producirla. 'Son también hijos legítimos (art. 236 del C. C.) los concebidos fuera de matrimonio y legitimados por el que posteriomente contraen sus padres...'

"La legitimación, por definición de la ley, requiere, pues, dos requisitos o condiciones esenciales: la existencia de un hijo y el matrimonio del hombre y la mujer que lo procrearon. Es absurdo hablar de legitimación sin hijo común de los legitimantes, tan absurdo como hablar de matrimonio de dos personas del mismo sexo o de adoptar a un hijo, o como de cualquier otro acto jurídico, unilateral o bilateral, que por carecer de alguna condición intrínsecamente necesaria para producir efectos civiles no corresponda a su realidad legal, entendiendo por tal la presencia o concurrencia de los requisitos que la ley exige para configurar un determinado estado civil, que es una situación jurídica, definida en la ley, y en la cual está como toda la organización familiar, interesado el orden público".

Se considera:

11. Hablar de nulidad absoluta, al referirse a la petición formulada en primer término, debido a que falta el mencionado requisito de haber sido engendrado el hijo por ambos legitimantes, *partiendo del hecho de que la sentencia acepta que tal requisito no concurre en el caso presente,* deja el cargo sin cimiento, porque en parte alguna y menos en los párrafos que transcribe, la providencia del Tribunal lo acepta.

Dice el fallo:

"A pesar de la confesión de los demandados aceptando los hechos de la demanda, obran en el expediente pruebas que pasan a considerarse y que demuestran el consentimiento, la plena deliberación de los cónyuges sobre el acto de la legitimación y el elemento a sabiendas que tuvieron en cuenta éstos para darle a Ana Dolores el beneficio que hoy se impugna".

"......

"Pero si esa designación fue inexacta, por no ser Ana Dolores hija de Luis Enrique, el estado civil constituído para la persona legitimada quedaba en posibilidad de ser modificado mediante la acción pertinente de impugnación.

"Si la legitimación ha tenido por fundamento la falsa afirmación de que Luis Enrique Martínez era el padre de Ana Dolores, sin serlo, ésta se encuentra en condiciones de impugnar esa situación de estado civil creada falsamente, demostrando que ella no ha podido tener por padre al legitimante".

Luégo estudia la sentencia las condiciones que para recurrir al remedio de la impugnación determina el artículo 248 del Código Civil; pero agrega que, además "han de precisarse para los efectos de la viabilidad de la acción, los términos o plazos que expresamente señala el legislador colombiano en el artículo 248 del Código Civil"; y con respecto a este punto, concluye que "no está demostrado que la acción de impugnación se haya incoado dentro del término perentorio señalado en el artículo 248 del Código Civil", y "no ha indicado (la actora) siquiera la fecha desde la cual ha podido hacer valer su derecho", y por ello niega la acción y confirma el fallo de primera instancia.

Ahora bien:

Si en este motivo se impugna la sentencia porque, según el recurrente, ella admite que puede haber legitimación sin el hecho de haber sido el hijo natural fruto de los dos desposados, pero el fallo en parte alguna lo afirma, no es procedente la censura, ya que la razón expuesta por el Tribunal no está en que tal elemento o requisito no existe, sino en la falta de prueba de haber sido incoada la acción dentro del término previsto en el artículo 248 del Código Civil, punto este sobre el cual precisamente versa el cargo tercero.

Cargo tercero.

12. Se acusa la decisión recurrida por errores de hecho consistentes en no haber tomado "en cuenta las fechas en que ocurrieron los hechos a que se alude y que están demostrados en los siguientes documentos que obran en el proceso": (aquí la relación de ellos), errores que condujeron al sentenciador a violar el artículo 248 del Código Civil, por cuanto sostiene el fallo que la demanda de la presente litis fue presentada fuera de los trescientos días, prefijados en dicho texto.

En respaldo, dice la acusación que Ana Dolores Martínez ha impugnado su legitimación por la causal primera del artículo 248 del Código Civil "a partir del acontecimiento que generó su interés para demandarla, interés que sigue siendo actual"; que tres condiciones exige la ley para la prosperidad del recurso de impugnación: "1ª que Ana Dolores Martínez no ha tenido por padre a Luis Enrique Martínez; 2ª que la demandante tiene un interés actual en la impugnación, y 3ª que la impugnación se haya formulado dentro de los trescientos días subsiguientes a la fecha en que tuvo ese interés y pudo hacer valer su derecho"; que las dos primeras condiciones "las declara el Tribunal plenamente establecidas en el juicio"; y que "la única falla que el Tribunal encuentra y que aduce como exclusiva razón para su fallo negativo, la hace consistir en que 'no está demostrado que la acción de impugnación se haya incoado dentro del término perentorio señalado en el artículo 248 del Código Civil', pues no se conoce en el expediente la fecha en que la impugnadora tuvo interés actual y pudo hacer valer su derecho. "No se señala siquiera la fecha en que la actora tuvo conocimiento de la muerte de Rogerio Martínez, y pudo, de consiguiente, ejercitar desde entonces su derecho de impugnar la legitimación". "La actora no ha indicado siquiera la fecha desde la cual ha podido hacer valer su derecho, lo que ya de por sí constituye una falla en el planteamiento del asunto".

Agrega la acusación que el hecho del cual nació el interés actual de Ana Dolores, según la sentencia, es la muerte de Rogerio Martínez, pero el fallo anota que no aparece la fecha en que aquélla tuvo conocimiento de tal suceso, lo cual no es exacto porque consta que el 19 de febrero de 1952 la misma inició juicio de filiación natural y petición de herencia contra los herederos de Rogerio Martínez, "de modo que el conocimiento del fallecimiento, y no este mismo, como es lo legal, tiene la fecha cierta del 19 de febrero de 1952"; que antes, desde enero de 1944 Ana Dolores Martínez promovió ante el Tribunal Eclesiástico del Socorro y San Gil "diligencias de impugnación y rectificación para que se subsanara el error cometido", diligencias que lograron éxito mediante la Resolución de dicho Tribunal de 2 de marzo de 1952, que ordenó excluír del grupo de hijos legitimados por Luis Enrique Martínez y María Antonia Acosta, a la nombrada Ana Dolores Martínez; que promovido por ésta el juicio de filiación y petición de herencia, mereció decisión favorable a ella en la segunda instancia, pero la Corte Suprema la infirmó, porque la autoridad eclesiástica no era competente para conocer de una demanda reformatoria del estado civil, y declaró probada la excepción de petición antes de tiempo, ya que no se había impugnado la legitimación en la forma dispuesta por la ley, motivo por el cual fue iniciado el presente litigio.

Y agrega:

"¿Cómo no ver a lo largo de esta sucesión de hechos causalmente conectados y conexos, cumplidos sin ninguna solución de continuidad en su objetivo jurídico y con el empeñoso propósito original una sola y misma demanda de impugnación de la legitimidad? Todos ellos no son más que episodios de una misma acción, accidentes procedimentales en el curso de una accidentada demanda sobre impugnación. El hecho de que el Tribunal de San Gil le diera validez completa al fallo eclesiástico abona completamente esta tesis".

Se considera:

13. Es verdad que la sentencia acepta el interés *actual* de la demandante en la acción ejercida; pero, no así la existencia del hecho funda-

mental de haberse probado que Ana Dolores Martínez no es hija de Luis Enrique Martínez, pues como antes se dijo, ni de los párrafos insertos en el segundo cargo, ni de pasaje alguno de la providencia recurrida, aparece lo contrario.

Esta sola consideración basta a rechazar el cargo, ya que sin ese fundamento, el ejercicio oportuno de la acción carece de alcance en el juicio y en el recurso extraordinario.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veinticuatro (24) de febrero de mil novecientos sesenta y uno (1961), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en el juicio ordinario seguido por Ana Dolores Martínez de Martínez contra Luis Enrique Martínez y otros.

Sin costas en la casación, por no haber sido causadas.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

ACCIONES DE REIVINDICACION Y RECOBRO. — EXCEPCION DE PRESCRIPCION ADQUISITIVA

No se casa la sentencia que desestimó las súplicas de la demanda al hallar probada la excepción de prescripción adquisitiva. Reclamaba la actora cierto lote de terreno que, para la época en que le fue adjudicado, se hallaba en manos de compradores de buena fe, por cuanto desde tiempo atrás había sido vendido por los otros herederos, en mayor extensión y como cuerpo cierto.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. En amplia acepción por justo título se entiende la causa que conforme a derecho permite integrar la adquisición del dominio, de manera originaria o derivada. Así, es justo título la ocupación o la accesión, como la venta o la prescripción, que, cuando tiene categoría extraordinaria, constituye el dominio sin necesidad de otro título (765, 2531, C. C.). Por ello también, para que sea justo, se exige que si el título es translaticio de dominio se realice y ejecute por la tradición del objeto (764, ord. 3º, C. C.) [1]

2. La teoría del justo título posesorio está predicada como elemento para ganar el dominio por la usucapión cuando no es verdadero dueño quien vende y entrega a quien recibe de buena fe y, sin embargo, no adquiere la propiedad en el acto, porque nadie puede recibir lo que no tiene su autor.

3. La venta real, aunque lo sea de cosa ajena, es justo título posesorio.

4. Si la venta de cosa ajena es válida, válido ha de ser también y justo el título posesorio para que la usucapión consume su efecto adquisitivo, momento en que el dominio del usucapiente se hace incontrovertible aun frente a quien hasta entonces era propietario y por lo mismo no le era oponible antes el título sin el respaldo del transcurso del tiempo regular de prescripción ordinaria para el que compró de buena fe.

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

(Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez).

Aparece de la escritura 624 otorgada el 19 de diciembre de 1936 ante el Notario 2º de Ipiales, que José, Manuel y Alejandro Rosero le vendieron a Cornelio Córdoba el derecho de dominio sobre un pequeño solar ubicado en la calle 6ª de aquella ciudad, por linderos determinantes de cuerpo cierto; que lo hubieron "por herencia de sus padres Octavio Rosero y Ursulina Vallejos de Rosero; que no entregaron "títulos escriturarios por carecer de ellos"; que recibieron a su satisfacción el precio de noventa pesos oro; y que "desde esta fecha entregan al comprador el inmueble y le trasmiten el dominio y posesión con las acciones consiguientes obligándose al saneamiento de la venta en caso de evicción".

Tal solar, ya con casa de tapias en construcción, fue vendido y entregado por Cornelio Córdoba a los cónyuges Segundo Verdugo y Teódula León de Verdugo, en conformidad con la escritura 234 de 28 de abril de 1945, Notaría 1ª de Ipiales.

[1] *Nota:* El salvamento de voto se refiere a la doctrina contenida en este punto.

El juicio sucesorio de los antecesores Ursulina Vallejos y Octavio Rosero, fallecidos el 21 de enero de 1926 y el 6 de diciembre de 1936, quedó abierto en el Juzgado Civil del Circuito de Ipiales por auto de 30 de julio de 1946. El único bien inventariado fue precisamente el inmueble objeto de las referidas compraventas, y se tuvieron por herederos como hijos legítimos de los causantes a María Victoria Rosero de Torres, aparte de los dichos enajenantes José, Manuel y Alejandro Rosero.

Dentro del proceso mortuorio se decretó el secuestro del bien hereditario. Y al practicarse la diligencia respectiva el 15 de febrero de 1947, Segundo Verdugo y Teódula León de Verdugo alegaron derecho exclusivo sobre el inmueble, presentaron cuatro testigos que en ese acto declararon acerca del hecho posesorio de los cónyuges Verdugo-León "como dueños de la casa y solar", por lo que el Juez del conocimiento resolvió allí mismo:

"...por cuanto Segundo Verdugo y Teódula León de Verdugo han demostrado en esta diligencia, y alegan derechos exclusivos de dominio sobre los inmuebles por secuestrar, se los debe dejar a ellos como secuestres de estos bienes. En mérito de las consideraciones expuestas, el Juzgado Civil del Circuito de Ipiales... deja secuestrados la casa y el solar adyacentes, ubicados en esta ciudad frente a la plaza de *Los Mártires,* por las linderaciones señaladas por los señores testigos actuarios y que son las mismas que señalan la diligencia de inventarios, en poder de los señores Segundo Verdugo y su esposa señora Teódula León de Verdugo, a quienes el señor Juez les advirtió los deberes de su cargo..."

En la partición de bienes se hicieron dos hijuelas: una, para adjudicar "a la heredera" las dos tiendas sobre la calle, separadas por zaguán de acceso al solar interior; y la segunda, que adjudica a "los tres herederos" la parte interior de la casa, "con su solar y respectivo portón de entrada". La sentencia aprobatoria, que es de fecha 21 de julio de 1949, además de levantar el secuestro, contiene la siguiente cláusula:

"Cuando se practicó la diligencia de secuestro del inmueble que es materia de la partición, alegaron derechos exclusivos de dominio sobre él, Segundo Verdugo y Teódula León de Verdugo. El Juzgado lo dejó en poder de éstos en calidad de secuestres, la diligencia corre a fojas 27 vtº a 29 del cuaderno 1º. Dado este antecedente se impone a hacer (sic) resaltar que la adjudicación hecha en las hijuelas primera y segunda del trabajo partitivo, lo son sin perjuicio de terceros y en especial de los mencionados Segundo Verdugo y Teódula León de Verdugo".

Así, como estaban en poder de los cónyuges Verdugo-León las dos tiendas de la primera hijuela, María Victoria Rosero de Torres los llamó a juicio de reivindicación, terminado el 16 de julio de 1954 con pronunciamiento absolutorio del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, por ausencia de prueba sobre el dominio del suelo donde los referidos cónyuges edificaron aquellas tiendas.

EL ACTUAL LITIGIO

Nuevamente María Victoria Rosero de Torres entabló demanda ordinaria contra los cónyuges Verdugo León y pidió estas declaraciones y condenas:

"a) Que los demandados son causahabientes de los causantes Octavio Rosero y Ursulina Vallejo, y que por lo mismo les perjudica la partición de las mortuorias de los mismos hecha en su Juzgado para liquidar sus mortuorias y sociedad conyugal disuelta por muerte de los mismos esposos y causantes.

"b) Que los demandados por haber edificado la construcción, casa o edificio que se levanta sobre el solar denunciado en los inventarios del sucesional acumulado de Octavio Rosero y Ursulina Vallejo, solar y construcción que fueron partidos al liquidarse la doble sucesión de los causantes y la sociedad conyugal que en vida tuvieron los mismos, previo el pago por la parte actora del valor de la edificación estimado por peritos y en la cuota o proporción correspondiente a la edificación de la parte del inmueble adjudicado a la demandante, deben ellos restituír a mi poderdante, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, es a saber: las dos tiendas exteriores, que dan a la calle, exclusión hecha de una zona correspondiente al antiguo portón o zaguán de entrada a la casa, lo mismo que los lotes o solares sobre que ellos están edificados; tiendas que fueron materia de la hijuela número 1 en la partición de la herencia de los causantes Octavio Rosero y Ursulina Vallejo, por estos linderos:...

"c) Que los demandados, mientras la parte actora no les pague el valor de la edificación, en la cuantía que por peritos se estime en este juicio, sólo tienen un derecho de retención sobre las piezas o tiendas que a mi poderdante Victoria Rosero de Torres se le adjudicó en la partición de la herencia de los causantes".

Y en subsidio,

"1) Que los demandados (si alegan posesión) y por ser causahabientes de los expresados causantes, como subrogatarios de los derechos que les trasmitieron sus tradentes, o perjudicarles también la partición, deben restituír a la parte actora o reivindicante, seis días después de ejecutoriada la sentencia las mismas piezas o tiendas de que trata la acción principal, junto con sus frutos naturales y civiles desde el día en que fue aprobada la partición de la herencia de los causantes en el sucesional de Octavio Rosero y Ursulina Vallejo.

"2) Que los demandados son poseedores de inferior derecho al que ostenta la parte actora reivindicante, en cuyo favor se los condena a restituír".

Los demandados se opusieron, e invocaron las excepciones de "carencia de acción y derecho para demandar; improcedencia de una y otra de las acciones propuestas; petición de modo indebido; prescripción ordinaria de dominio en favor de la parte demandada y prescripción extintiva de los derechos que persigue la acción propuesta; cosa juzgada; falta de coincidencia entre el haber de los bienes relictos de Octavio Rosero y Ursulina Vallejo y lo señalado en la partición como objeto materia de la división"; además de *la genérica.*

La sentencia de primera instancia, proferida el 2 de agosto de 1960 por el Juez Civil del Circuito de Ipiales, resolvió:

"1º Declarar probada la excepción perentoria de prescripción ordinaria adquisitiva de dominio expresamente propuesta por los demandados, señores Segundo Verdugo y Teódula León:

"2º Consecuencialmente se absuelve a los mismos Verdugo y León de los cargos contra ellos formulados por la señora Victoria Rosero de Torres, en demanda de 12 de mayo de 1958; y

"3º Se condena en costas al demandante".

La apelación de la parte vencida quedó resuelta por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en sentencia confirmatoria de 31 de mayo de 1961, que es materia del recurso de casación sobre el cual debe ahora decidirse.

LA SENTENCIA ACUSADA

El sentenciador encontró "acreditado que a partir de la trasferencia al señor Cornelio Córdoba, hasta el 18 de noviembre de 1949, día de la presentación de la demanda en el primer juicio, ya que no hay constancia de la notificación, la posesión de los demandados ha sido ininterrumpida y sin vicios, completando así un lapso mayor de diez años. Esto genera la prescripción ordinaria. No es óbice para deducir la prescripción, la circunstancia de haber versado las ventas a D. Cornelio Córdoba y a los actuales demandados de bienes que posteriormente fueron incluídos como de las sucesiones de Octavio Rosero y Ursulina Vallejo, porque a los mencionados Córdoba y Verdugo se les vendió no esa calidad sino como cuerpo cierto y singularizado. No compró solamente acciones y derechos radicados en una universalidad y entonces el *animus domini* concretado sobre esos bienes singularizados le configuran justo título porque lo respalda la buena fe posesoria. Por tanto, desde el año de 1936, en que adquirió D. Cornelio, hasta 1949, han transcurrido trece años de posesión regular por parte de los demandados, lo que quiere decir que tienen a su favor la prescripción ordinaria adquisitiva de dominio configurada por los artículos 2518 del Código Civil, que consagra la prescripción como modo de adquirir la propiedad; 2527, *ibídem,* que la califica en ordinaria y extraordinaria; 2528 y 2529 que consagran la prescripción ordinaria y que la condicionan; 764 que define la posesión regular, y 673 y 765 que le dan a la prescripción el doble carácter de modo y título adquisitivo de dominio".

LA ACUSACION

Dos motivos por la causal 1ª presenta el libelo para la misma finalidad de que en fallo de reemplazo se despachara favorablemente la acción reivindicatoria o al menos la de recobro sobre las tiendas contempladas en la demanda inicial.

I. El recurrente desconoce la existencia de justo título posesorio, por cuanto estima que las escrituras a favor de Cornelio Córdoba, primero, y de los cónyuges Verdugo-León, después, resultan ventas de cosa ajena, desde luego que a los herederos enajenantes no se les adjudicó en la partición el todo que traspasaron como cuerpo cierto, y expresa:

"Ahora bien: siendo esas escrituras venta de cosa ajena, de acuerdo con el artículo 1871 del Código Civil, no podían oponerse válidamente al dominio de la reivindicante, para fundar una prescripción adquisitiva ordinaria, como justo título de los que trantan los artículos 764 y 765; por ende aplicar al caso del pleito el artículo

2528 del mismo Código y reconocer una prescripción adquisitiva de carácter ordinario que jurídicamente no está configurada en los demandados.

"En otros términos: el sentenciador, en la sentencia acusada, violó directamente, y por haberlo aplicado indebidamente, el artículo 2528 citado: no siendo los demandados poseedores regulares, no tenía por qué aplicarse este artículo, para reconocer una prescripción que no existe jurídicamente; de otro lado, siendo las dichas escrituras para los demandados venta de lo ajeno, no podía el sentenciador darles valor alguno —menos de justo título de adquisición— contra la hijuela de la demandante, y al darles valor de tal, como les dio, violó el artículo 1871, porque no lo aplicó debiendo haberlo aplicado; igual cosa que el inciso 2º del artículo 1401 del Código Civil, armónico del anterior. Es que, mirada la cuestión bajo otro aspecto, ninguna tradición se ha operado en favor de los demandados sobre la parte que se reivindica, de conformidad al artículo 742 del Código Civil, pues con la partición se ratificó únicamente la tradición hecha por la venta de los tres herederos a Cornelio Córdoba, en lo tocante a la parte que les cupo en la partición; y sólo sobre esta parte (el resto de lo que se reivindica: materia de la segunda hijuela) los demandados tienen un justo título".

II. Se alega por el recurrente que los demandados son "meros tenenedores a virtud del derecho de retención que tienen en su favor por su condición de edificadores de lo que es materia de la acción principal reivindicatoria o subsidiaria de recobro".

Al efecto aduce que el sentenciador hubo de cometer error de hecho en pasar por alto lo que demuestran: a) El acta de la diligencia de secuestro en el juicio sucesorio de Octavio Rosero y Ursulina Vallejo, junto con la prueba testimonial allí aportada; y b) La copia de la sentencia con que finalizó el primer juicio ordinario.

Interpreta estas piezas en sentido favorable a la acción, afirma que el Tribunal de Pasto "cometió un error de hecho, por no haber tenido en cuenta, debidamente, esas pruebas, al apreciar la prueba del juicio que lo llevó a concluír que los demandados son poseedores regulares, capaces de prescribir. Y a virtud de cuyo error, indirectamente, por haberlo aplicado, sin ser el caso, violó el artículo 2528 del Código Civil; y en igual forma el artículo 762 de la misma obra que define quiénes son poseedores".

Y remata así:

"Porque ¿cómo pueden alegar posesión los demandados, por encima de la dicha diligencia de secuestro, que los convirtió en tenedores, o que, mejor dicho, les aceptó la oposición al secuestro, en su condición de edificadores y compradores del terreno que ellos reconocen es de la sucesión de los causantes, y lo reconocen, desde que presentan para defenderse de la demanda las dos mentadas escrituras que están comprobando —al haberse hecho el juicio partitivo y adjudicado a otro heredero, parte del objeto de las mismas escrituras, que el dominio es de la sucesión que el verdadero dueño es la legítima heredera adjudicataria y no los herederos vendedores de los demandados?

"Porque, ¿cómo van a ser poseedores, después de haber fallado en el primer juicio —al declararse improcedente la demanda— que Segundo Verdugo y Teódula León no podían ser demandados en reivindicación sino en acción de recobro?"

SE CONSIDERA:

1. En amplia acepción por *justo título* se entiende la causa que conforme a derecho permite integrar la adquisición del dominio, de manera originaria o derivada. Así es justo título la ocupación o la accesión, como la venta o la prescripción, que, cuando tiene categoría extraordinaria, constituye el dominio sin necesidad de otro título. (765, 2531 C. C.). Por ello también, para que sea justo, se exige que si el título es traslaticio de dominio se realice y ejecute por la tradición del objeto. (764, ord. 3º, C. C.).

2. Si quien vende y entrega es el verdadero dueño, nada más natural que la propiedad pase del enajenante al adquirente. Quien recibe viene a ser dueño por efecto inmediato de la tradición. Lo cual induce ciertamente a la inteligencia de que la teoría del justo título posesorio está predicada como elemento para ganar el dominio por la usucapión cuando no es verdadero dueño quien vende y entrega a quien recibe de buena fe y, sin embargo, no adquiere la propiedad en el acto, porque nadie puede recibir lo que no tiene su autor.

3. En materia de justo título fundamentalmente se exige que en realidad exista. Por ello no lo es el falsificado; el conferido por mandatario o representante legal de otra persona sin serlo; el que adolece de nulidad; y el simplemente putativo. Pero la venta real, aunque lo sea de cosa ajena, es justo título posesorio. No

porque la cosa sea ajena, sino porque la venta, como título, respalda en derecho para la usucapión el *animus domini* del comprador de buena fe.

4. En conformidad con el artículo 1871 del Código Civil "la venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso de tiempo". Esto significa que si la venta de cosa ajena es válida, válido ha de ser también y justo el título posesorio para que la usucapión consume su efecto adquisitivo, momento en que el dominio del usucapiente se hace incontrovertible aun frente a quien hasta entonces era propietario y por lo mismo no le era oponible antes el título sin el respaldo del transcurso del tiempo regular de prescripción ordinaria para el que compró de buena fe.

5. Si, pues, el sentenciador halló en los autos que los cónyuges Verdugo-León compraron y recibieron como cuerpo cierto el inmueble que el litigio contempla, y que en posesión no interrumpida se han conservado allí por más de diez años, el fenómeno adquisitivo por usucapión no es censurable por ausencia de justo título, cuando por otra parte y por añadidura, para nada se ha discutido la buena fe de los usucapientes.

6. La interpretación que al acta de la diligencia de secuestro y al fallo del primer pleito concede el recurrente, no conduce a demostrar error manifiesto de hecho en el Tribunal, que no ignoró esas piezas ni se abstuvo de valorarlas. Sucede únicamente que por el acta de secuestro se hace una vez más ostensible la voluntad posesoria de los demandados Verdugo-León con el carácter de dueños exclusivos de todo el inmueble que como cuerpo cierto le compraron a Cornelio Córdoba, y éste a José, Manuel y Alejandro Rosero. Precisamente en acto de señorío levantaron allí la edificación que incluye las dos tiendas que el litigio contempla; por ello se opusieron al secuestro; por lo mismo, el funcionario judicial los dejó allí en calidad de secuestre según lo estatuye el artículo 278 del Código Judicial para cuando al practicar el secuestro de la cosa se halla en poder de quien dice tenerla como dueño; y en fin, por igual causa el Juez del conocimiento hizo salvedad expresa de los derechos de los cónyuges Verdugo-León en la sentencia que al aprobar la partición de bienes levantó el secuestro al mismo tiempo.

Y cuanto a la sentencia que definió el primer pleito, es de ver cómo el Tribunal en aquel entonces no encontró prueba que demostrara el dominio del suelo como elemento estructural de la reivindicación intentada aquella vez por la misma actora en el presente litigio, por lo que hizo próspera la defensa de petición de modo indebido.

RESOLUCION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de fecha 31 de mayo de 1961 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

No aparecen costas causadas en casación.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JOSE J. GOMEZ R.

Teoría de los modos de adquirir y de los títulos. Concepto de los unos y de los otros. Comparación y diferenciación.

No nos hemos apartado de la conclusión de fondo de la mayoría de los distinguidos colegas, en virtud de la cual la sentencia no fue infirmada. Este salvamento se refiere únicamente a algunos conceptos jurídicos expuestos en el siguiente párrafo del fallo:

"En amplia acepción por *justo título* se entiende la causa que conforme a derecho permite

integrar la adquisición del dominio, de manera originaria o derivada. Así es justo título la ocupación o la accesión, como la venta o la prescripción, que, cuando tiene categoría extraordinaria, constituye el dominio sin necesidad de otro título (765, 2531 C. C.). Por ello también para que sea justo, se exige que si el título es traslaticio de dominio se realice y ejecute por la tradición del objeto. (764, ord. 3º C. C.)''

Son las siguientes observaciones las que nos sugiere el contenido del aparte inserto y que formulamos con suma consideración para con los ilustres magistrados de cuyo juicio al respecto nos hemos separado.

Primera. ''En amplia acepción —dice— por *justo título* se entiende la causa que conforme a derecho permite integrar la adquisición del dominio, de manera originaria o derivada''.

No es cabal el concepto de *justo título,* relacionándolo sólo a la adquisición del dominio, porque el *título* —por lo mismo el *justo título*— puede no conducir a la adquisición del dominio, porque sólo dé origen a obligaciones de hacer o no hacer. Si nos comprometemos a llevar un pleito, o desempeñar un empleo o transportar mercancías, se tratará indudablemente de *títulos* —generadores de obligaciones de hacer— y de títulos *justos,* si los acuerdos no adolecen de vicios: sin embargo, de tales títulos no se han originado sino obligaciones que no tienen por objeto la adquisición de la propiedad. La noción de *título* no se ha reservado sólo para designar la fuente remota de la constitución, transmisión y transferencia de los derechos reales, sino también para comprender en ella, además, la fuente de los derechos personales y entre éstos aquellos que no persiguen sino la ejecución o inejecución de hechos, excluídos, por tanto, del concepto de la sentencia.

Segunda. ''Así es justo título —continúa el fallo— la ocupación o la accesión, como la venta y la prescripción, que, cuando tiene categoría de extraordinaria, constituye el dominio sin necesidad de otro título''.

1. La *ocupación,* la *accesión* y la *prescripción* no son títulos, sino *modos de aquirir* los derechos reales, según enseña el artículo 673 del Código Civil: ''los modos de adquirir el dominio son la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción''.

Esta calificación no es arbitraria, porque se apoya en los principios que rigen la legislación nacional y con ella la mayoría de las legislaciones, con fundamento en la teoría romana de los modos de adquirir y de los títulos, y la finalidad que en el orden de las adquisiciones patrimoniales cumplen unos y otros. No importa que el artículo 765 de nuestro Código hable de *títulos,* al aludir a la *ocupación,* la *accesión* y la *prescripción,* pues, como veremos adelante, tal detalle de forma no altera la esencia de las nociones jurídicas contenidas en el artículo 673 del Código.

El *modo* es la forma material, de sustancia jurídica, por medio de la cual se realiza el título, cuando *éste genera la adquisición del derecho real.* El *título* puede radicar en el contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito, la ley y el enriquecimiento indebido, según la plataforma de nuestro Derecho (arts. 1494, C. C., 34, Ley 57 de 1887 y 21, Ley 200 de 1936); o el acto jurídico, el acto ilícito, el enriquecimiento sin causa y la ley, siguiendo la doctrina contemporánea (Josserand, Cours de Droit Civil Positif Français, tº II nº 11).

2. Pero, mientras el modo no ponga al título en movimiento, mediante la voluntad humana (salvo en unos pocos casos de accesión), la adquisición del derecho real no se produce: la venta no pone al comprador en el dominio del bien sino por medio del modo *tradición;* el testamento no llega a transmitir los bienes al heredero, sino a través del modo *sucesión por causa de muerte;* la ley no reconoce la adquisición del dominio ajeno por medio de la posesión, sino cumplida que sea la prescripción por medio de actos materiales, ejecutados sobre la cosa, durante el tiempo y con las condiciones requeridas; la ley que consagra la ocupación, tampoco lo constituye, si el sujeto *no toma posesión* de las cosas *nullius,* en los casos de la ley; de la misma manera, no lo otorga la ley que contempla la accesión, si al bien propio no se suman aumentos materiales, esto es, si real y físicamente no se consuma la accesión.

3. Toda adquisición de derechos reales depende de estas dos bases indispensables: el *título,* que los clásicos llamaron *causa remota,* y el *modo,* que denominaron *causa próxima* de la adquisición patrimonial. Si bien es cierto que en las que se verifican por virtud de otros modos (sucesión por causa de muerte y tradición), la diferenciación entre las dos nociones referidas, es más acusada, no hay duda de que su presencia es innegable en toda adquisición de derechos reales. (V. Alessandri y Somarriva. *Curso de Derecho Civil* T. II, Nº 459). Para Alessandri Rodríguez ''de muchas de sus disposiciones (las del Código Civil Chileno), y

de la combinación de ellas resulta la doctrina allí expuesta", o sea, la de que todo ingreso patrimonial tiene que apoyarse en las dos figuras, el título y el modo. Y refiriéndose el tratadista Luis Claro Solar al mismo Código, dice que éste "se ha mantenido dentro de los principios de la legislación romana que exigía para que las cosas apropiadas por una persona pasaran a poder de otra, la existencia no sólo de un modo de adquirir, *causa próxima o inmediata* de la adquisición, sino de un título, *causa remota o mediata* de ella y que servía de antecedente o fundamento del modo de adquirir. No siguió nuestro Código la innovación introducida por el Código de Napoleón que considera como modo de adquirir el *efecto de las obligaciones* o hablando con más propiedad, *el efecto de los contratos* que tienen por objeto transferir el dominio. (*Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado.* Tº VI. nº 365).

4. Y como la ocupación es la toma de posesión (art. 685), que es hecho material, a veces instantáneo, como la pesca, pero también a veces prolongado, como el establecimiento con ganados o sementeras en tierras baldías; y la *accesión* exige actos o hechos de orden físico (art. 713), como el aluvión, la formación de islas, o la incorporación de materiales propios en suelo ajeno; y la *prescripción* requiere siempre la posesión por largo tiempo (art. 2512); que es forma también material de un conjunto de hechos ejecutados sobre la cosa, resulta de todo ello que la ocupación, la accesión y la prescripción asumen formas corporales y sensibles, y por ello el artículo 673 del Código Civil los califica de *modos,* ejecutores del título *ley,* en cuanto ésta las consagra de manera abstracta. La *ocupación* está instituída en el Título IV, Libro Segundo del Código Civil; la *accesión,* en el Título V del mismo Libro, y la *prescripción,* en el Título XLI del Libro Cuarto. Tal acopio de preceptos legales organiza y reglamenta dichas formas con señalamiento de los casos y las condiciones para éstos requeridas, todas concernientes a la materialidad de las mencionadas figuras. Y las definiciones que de ellas trae el Código, reiteran expresamente que se trata de *modos* de adquirir la propiedad (arts. 713, 740 y 2512), con lo cual quedaría disipada toda duda al respecto, si pudiese existir alguna en presencia de los principios que les atribuyen formas corpóreas y ostensibles, así como la función de constituír el dominio de manera inmediata.

5. De donde se infiere que estas figuras reciben su existencia de la propia ley que las instituye para ofrecer al hombre —con la tradición, la sucesión por causa de muerte y la misma ley en casos determinados— los medios por los cuales pueda llegar a adquirir los derechos reales, tan pronto como se cumplan; mas, si el sujeto no se coloca dentro de la ley, si no la pone en movimiento, si no la convierte en acto, no podrá obtener jamás la propiedad.

6. Siendo *modos* tales formas jurídicas —como no hay duda de que lo son— las disposiciones de la ley que los establecen juegan un papel decisivo en el orden de las adquisiciones patrimoniales: el de *títulos* de éstas, es decir, de *causas remotas* de la adquisición de los derechos reales, con el sentido pleno de causas *eficientes,* puesto que sin aquellos preceptos previsores no podría darse la realización de los modos, con el efecto necesario de la adquisición de las cosas *nullius* (ocupación), de las ajenas (prescripción) y de los productos o aumentos de las propias (accesión).

7. De donde resulta que los hechos integrantes de la ocupación, la accesión y la prescripción, en cuanto se hallan previstos y consagrados en la ley, como germen de las futuras adquisiciones, son *títulos,* esto es, causas *remotas* del ingreso de la propiedad al haber de los asociados, o en otros términos, fuentes de facultades y garantías que pueden ejercer si quieren adquirir el dominio de las cosas. Entonces, los hechos que componen la ocupación, la accesión y la prescripción, en cuanto son previsiones legales, son simplemente *títulos,* o sea, la ley abstracta creadora, y por lo mismo, respaldo de los *modos,* que vienen luégo, pero sin la cual la adquisición no podría realizarse. Y es claro que no es la causa *remota* (el título), la que por sí sola da la propiedad: es, únicamente, la razón legal *para adquirir,* en tanto que la causa *próxima* (el modo) es la razón legal de la adquisición ya cumplida, o en otras palabras, el esfuerzo y el trabajo humanos realizados al amparo de las facultades y garantías consagradas en los textos legales, y resulta, por ello, que mientras el título es la norma, el modo es su realización, y mientras aquél prevé y ofrece, éste ejecuta y alcanza.

8. Se comprende, por tanto, que al hablar de *títulos* el artículo 765 del Código Civil —invocado por la sentencia dictada en el juicio arriba mencionado, para atribuír a la ocupación, la accesión y la usucapión el sentido de títulos— aluda a estas formas, simplemente como *causas* legales, abstractas y remotas de la adquisición de la propiedad, y no a los *modos.* Ello se ex-

plica por vía de referencia a ley que crea esas figuras y por los vínculos entre éstas y la posesión. En diferentes sitios el Código habla de *modos*, de manera concluyente el artículo 673, al enunciar las formas jurídicas constitutivas y derivadas de adquisición del dominio, y las definiciones de las mismas, en las cuales se destaca el aspecto objetivo y material de ellas, que es su distintivo peculiar. Muy claro ha quedado expuesto que la forma corpórea, la figura sensible, el fenómeno físico, corresponde al *modo*: en tanto que la figura, la forma, el fenómeno, de carácter legal y abstracto, contemplado en las disposiciones positivas, corresponde al *título*.

9. De esta suerte, el artículo 765 no despoja a la ocupación, la accesión y la prescripción, de su naturaleza de *modos* de adquirir, ni a los hechos materiales que los integran les extrae su alcance jurídico, para conferirles el sentido y el nombre de *títulos*. La usucapión, la accesión y la ocupación fueron siempre *modos* desde los tiempos romanos, unos de derecho civil, otros de derecho de gentes, en un principio. Son *modos* en el Código Civil Colombiano, y también con algunas diferencias de detalle, en los códigos extranjeros, y si, como antes dijimos, tiene su explicación el empleo de la palabra *títulos* en el artículo 765, no es aconsejable generalizar este uso porque conlleva necesariamente a confusiones graves, contrarias a los principios, y de allí que no compartamos el concepto de la sentencia en el particular.

10. No ha faltado el cargo al Código Civil de flagrante contradicción, porque el artículo 673 habla de *modos*, y el 765, de *títulos*, aludiendo a los fenómenos nombrados.

Algunos, para contrarrestar la acusación, sostienen que en los casos de ocupación, accesión y prescripción se confunden el título y el modo, de tal manera que se trata de una misma cosa y da por ello lo mismo emplear uno u otro término.

No se confunden título y modo en dichos casos, porque, como ya dijimos, el título es la regla de derecho, la situación jurídica abstracta que la ley consagra, y el modo es el hecho real, la realización de la norma, la situación jurídica concreta debida a los actos humanos. No puede confundirse la potencia con el acto, ni la regla con su ejecución. Queda visto el sentido de la norma abstracta: promesa, expectativa, previsión y anticipada justificación de la actividad del hombre, encaminada a adquirir el dominio: y el de la norma practicada, vivida: actos materiales, reales, concretos, esfuerzo y trabajo, y por lo mismo, formas o medios generadores de inmediato del derecho de propiedad.

11. Hemos considerado —y así lo hemos expuesto desde la cátedra de las Facultades de Derecho y lo hemos escrito, además— que la confusión no es posible entre dos cosas distanciadas tan profundamente, desde el punto de vista jurídico, en razón del papel que cada cual cumple en el terreno de las adquisiciones patrimoniales; desde el ángulo legal, dado que el Código prevé claramente los elementos materiales llamados a componer cada uno de los modos, estableciendo peculiaridades que los separan ostensiblemente de los títulos; y por el aspecto de los principios, los cuales distinguen entre lo que es regla de derecho o institución abstracta y lo que son los actos humanos o ciertos fenómenos naturales, tajantes y concretos.

Fecha ut supra.

José J. Gómez R.

NULIDAD DEL TESTAMENTO Y PETICION DE HERENCIA. — PRESUPUESTO PROCESAL DE CAPACIDAD PARA SER PARTE. — PERSONAS JURIDICAS

No se casa la sentencia que, encontrando que faltaba el presupuesto procesal de capacidad para ser parte en la entidad demandada, se abstuvo de resolver en el fondo. La demanda tendía a obtener la anulación de un testamento por falta de solemnidades y a reclamar una herencia.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Entiéndese por personas jurídicas de derecho público, aquellas personas morales en que se traduce el poder del Estado, ya directamente, ya como derivación del mismo en orden a la prestación de servicios públicos.

2. Todos los entes de esta especie gozan de la personalidad jurídica por privilegio legal.

3. No todas las personas jurídicas de derecho público están colocadas en pie de igualdad, desde luego que se impone el distinguir las de naturaleza política, de las que carecen de este carácter.

4. La personalidad de las entidades políticas, como la Nación, un Departamento, un Municipio, no requiere ser probada en juicio. Basta que, invocando su carácter de Agente del Ministerio Público, se apersone en la causa el funcionario de esta especie.

5. En cuanto a las entidades no políticas creadas por la ley, será ésta la que acredite su personería; y como la ley no necesita probarse, bastará con la comparecencia a juicio de quien, conforme a la ley o a los respectivos estatutos fundados en ella, deba representar a la entidad de que se trate.

6. Distinta es la situación en cuanto a la prueba del sér jurídico de los establecimientos de beneficencia e instrucción públicas creados por acto administrativo, pues si bien gozan de personalidad por ministerio de la ley, debe traerse al proceso la demostración del carácter u origen oficial del instituto de que se trate.

7. El precepto contenido en la segunda parte del artículo 250 del Código Judicial, según el cual "las corporaciones o fundaciones cuyo representante legal no sea conocido pueden ser representadas por las personas que las presiden", supone el que se halle demostrada la personalidad o sér jurídico de la respectiva corporación o fundación.

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

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, con fecha 11 de marzo de 1960, en el juicio seguido por María Josefa Castaño López frente a Epitacio Vélez y otros.

I

ANTECEDENTES

Por la escritura número 218 de 11 de mayo de 1950, pasada ante el Notario del Circuito de Roldanillo, el señor Sotero Castaño López otorgó testamento, en el cual instituyó por albacea y heredero al señor Epitacio Vélez, legó una casa en Zarzal al Hospital San Antonio de Roldanillo y ordenó una manda de quinientos pesos para misas por su alma.

Muerto el disponente, liquidóse, con base en tal testamento, su herencia, en cuya partición fueron adjudicados, al heredero Epitacio Vélez Vásquez varios bienes, entre ellos el predio rural denominado "El Reflejo", ubicado en el Municipio de Sevilla y un solar con las cuatro casas en éste construídas, situado en el área urbana de la población del mismo nombre, en el cruce de la carrera 51 con la calle 52; y al Hospital San Antonio de Roldanillo, la casa situada en el área urbana de la población de Zarzal con su suelo correspondiente, en donde funciona "El Profiláctico". Nada se proveyó en cuanto al legado para misas por el alma del causante.

Luégo, Epitacio Vélez V., mediante la escritura número 288 de 11 de mayo de 1954, de la Notaría de Sevilla, vendió a Manuel Leopoldo Ocampo Henao el solar con las cuatro casas en él construídas, ubicado en la población de Sevilla.

II

EL LITIGIO

Así las cosas, María Josefa Castaño López, invocando la calidad de hermana carnal legítima del finado Sotero, demandó a Epitacio Vélez en su calidad de heredero y albacea del causante; a los señores Presbítero Tobías Henao García, Argemiro Lemos P. y Modesto García T., Personero del Municipio de Roldanillo, como representantes del Hospital "San Antonio" y del legado denominado "misas por el alma del testador"; y a Manuel Leopoldo Ocampo Henao, en impetración de las declaraciones y condenas cuya formulación se resume así:

a) "Que carece de valor y es nulo el instrumento número doscientos diez y ocho (218), de fecha once (11) de mayo de mil novecientos cincuenta (1950) otorgado ante el señor Notario de Roldanillo, por no constar en él que el testador hubiera rogado la firma a su nombre, por no haber presenciado los testigos el acto del otorgamiento del instrumento y no haber presenciado la lectura total del mismo, y por no haber testigos de abono que hubiesen suplido ante el Notario su falta de conocimiento del testador";

b) que, por tal causa, son nulos el testamento contenido en la referida escritura, las declaratorias de herederos y de legatarios efectuadas por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Tuluá en la sucesión testada de Sotero Castaño López y las adjudicaciones de bienes que, en la partición verificada en esa causa mortuoria, fueron hechas a Epitacio Vélez y al Hospital "San Antonio" de Roldanillo;

c) que, por lo tanto, carece de valor la adjudicación que del inmueble herencial denominado "El Reflejo", le hizo el Ministerio de Agricultura, bajo el nombre de "Las Ofelias", a Epitacio Vélez, con posterioridad al registro de la referida partición;

d) "Que, en consecuencia, Epitacio Vélez y el Hospital "San Antonio", de Roldanillo, deben restituír a la sucesión intestada de Sotero Castaño López, entidad para la cual obra y demanda María Josefa Castaño López, todos y cada uno de los bienes que les fueron adjudicados en la sucesión testada del mismo, con todos sus frutos naturales y civiles", y

e) que Manuel Leopoldo Ocampo Henao debe restituír a la misma sucesión intestada el inmueble urbano que adquirió de Epitacio Vélez, según la escritura número 288 de 11 de mayo de 1954, de la Notaría de Sevilla.

A guisa de acción subsidiaria, reitera la demandante las súplicas hechas bajo los ordinales b), c), d) y e) del pedimento primeramente propuesto.

Entre los HECHOS de la demanda, junto con unos relativos a las faltas que, según el ordinal a) del pedimento principal, se cometieron en el otorgamiento del testamento de Sotero Castaño López, se cuenta el de que dos de los testigos instrumentales eran, a la sazón, empleados asalariados del Hospital de San Antonio, y el que firmó a ruego del testador también dependiente del mismo establecimiento.

El hecho décimo destaca que el referido Hospital "es un establecimiento de beneficencia, cuya propiedad pertenece al Departamento del Valle, y cuya representación corresponde al Síndico del mismo y al Presidente de la Junta Directiva, cargo que, de conformidad con sus estatutos, ejerce el Cura Párroco de Roldanillo".

Por lo que hace a DERECHO, el libelo dice fundarse en los artículos 1113, 1155, 1321, 1740, 1741 y 2489 del Código Civil.

La demanda fue contestada mediante apoderados, tanto por parte de los señores Presbítero Tobías Henao García, Modesto García T. y Argemiro Lemos P., quienes en el poder que otorgaron para el juicio lo hicieron enunciando sus calidades de Cura y de Personero de Roldanillo y de Síndico del Hospital, respectivamente, como por parte del señor Epitacio Vélez. Todos ellos dijeron oponerse a la acción; y el último alegó, además, la excepción de cosa juzgada, que, tramitada como dilatoria, le fue fallada adversamente. En cuanto a Ocampo Henao, su apoderado se limitó, entonces, a manifestar que no estaba en antecedentes en relación con la demanda y que denunciaba el pleito a Vélez.

Este propuso de su lado, demanda de reconvención contra María Josefa Castaño, a fin de que, en caso de que el juicio sobre nulidad del testamento fuere fallado favorablemente a la actora, sea ella condenada en su condición de heredera del causante a pagarle al reconviniente la suma de $ 99.516.65, por razón de gastos hechos en el juicio de sucesión de Castaño López y el valor de los demás que se compruebe fueron efectuados en tal juicio y no resulten en aquélla incluídos, más sus intereses comerciales, y con el derecho de Vélez a retener los bienes que le fueron adjudicados, mientras no sea reintegrado de esas cantidades. En su réplica, la Castaño, luégo de poner en tela de juicio los hechos fundamentales de la contrademanda, se opuso a ésta, negando a su autor la legitimación en causa.

La primera instancia, en que se produjeron pruebas de una y otra parte, recibió fallo de mérito, absolutorio de los demandados, contra el cual se alzó la actora.

En el segundo grado, el Tribunal, por sentencia de 11 de marzo de 1960, revocó la del inferior y en su lugar resolvió lo siguiente: "Por falta del presupuesto procesal capacidad para ser parte, no es el caso de entrar a resolver o decidir sobre las pretensiones deducidas en este juicio".

Corresponde ahora a la Corte pronunciarse sobre el recurso de casación interpuesto por la litigante vencida.

III

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El fundamento de la inhibición está de manifiesto en los siguientes pasajes de la providencia recurrida:

"La capacidad para ser parte se refiere a la existencia de un sujeto de derecho. Es un concepto que emana de la capacidad civil para ser sujeto de derechos y obligaciones...

"Demandada en este juicio la persona jurídica denominada 'Hospital San Antonio' de Roldanillo, establecimiento de beneficencia, era apenas natural que al juicio tenía que traerse la prueba de su existencia, es decir, de su propia personalidad, de su sér. En este caso el acto constitutivo de su existencia. Y examinados uno a uno los folios de este expediente observa la Sala que no existe en ellos 'el título originario, fundamental y constitutivo' de la existencia de la expresada persona jurídica demandada. Lo cual quiere decir, que falta el presupuesto procesal de la capacidad para ser parte, ausencia que inhibe al juzgador para entrar a decidir sobre las pretensiones deducidas en el juicio.

"Y no importa a lo anterior el hecho de existir en el expediente un certificado expedido por el Departamento Jurídico del Ministerio de Justicia sobre la inexistencia en los archivos de la Resolución que reconoció personería jurídica al Hospital San Antonio de Roldanillo, porque tal certificado, concebido por lo demás en términos equívocos, ya que no afirma categóricamente si la Resolución sobre personería jurídica a la mencionada entidad existió o no, sino que simplemente expresa que de haber existido 'posiblemente el expediente respectivo desapareció en los incendios del 9 de abril de 1948', no es prueba suficiente de la existencia de esa persona moral. Porque, a falta de la Resolución comentada, ha debido por lo menos traerse a los autos el acto que la constituyó, es decir, que la creó.

"Pero es más aún: estudiado el aspecto de la personería adjetiva obsérvase que tampoco en los autos existe la prueba demostrativa del carácter de representantes de la persona jurídica denominada 'Hospital San Antonio' de Roldanillo atribuído al Personero de este Municipio y al señor Cura Párroco del mismo.

"Deberá entonces la Sala, a mérito de las precedentes consideraciones, revocar la providencia materia de la alzada, para en su lugar declarar que no es el caso de entrar a decidir sobre el fondo del negocio por la ausencia del presupuesto procesal denominado capacidad para ser parte".

IV

LA ACUSACION

Dos cargos se hacen contra la sentencia recurrida, en el campo de la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, los que, no obstante estar propuestos, el uno por violación directa y el otro por violación indirecta de ley sustancial, tienen enlace y conexa argumentación, motivo por el cual se expondrán de una vez, para ventilarlos luégo conjuntamente en un solo capítulo.

Primer cargo.

Formulado por violación directa, a causa de falta de aplicación, tanto del artículo 80 de la Ley 153 de 1887 en armonía con el 633 del Código Civil y con el 1º (sic) del Acto Legislativo número 1º de 1936, como de los artículos 1113, 1155, 1321, 1740, 1741 y 2489 del mismo Código, y de los artículos 159, 164, 173 y 179, numeral 1º, del Código Judicial, que son las disposiciones allí concretamente citadas, se desenvuelve en una argumentación que se resume así:

Que del pasaje de la sentencia transcrito anteriormente, resulta "que el Tribunal acepta que el Hospital San Antonio de Roldanillo, es un establecimiento de beneficencia, y no una fundación de derecho privado";

que así se especificó en el numeral décimo de la parte motiva del libelo, sin que dicho punto hubiera sido objeto de discusión;

que "exigir la prueba de la existencia jurídica de un establecimiento público, propiedad de una entidad de derecho público, es como exigir en juicio la prueba de la existencia de dicha entidad, o sea exigir la prueba de que el Departamento del Valle es una entidad administrativa de derecho público";

que si el Hospital nombrado es un establecimiento de beneficencia, como se estableció en la demanda, "es por esto mismo una persona moral de derecho público, que tiene por naturaleza, *per se*, la calidad de persona jurídica conforme al precepto del artículo 80 de la Ley 153 de 1887";

que "resulta evidente conforme a esta norma que el Hospital San Antonio es persona jurídica, por privilegio legal, por creación directa o ministerio de la ley... no por privilegio administrativo como ocurre con las personas morales de derecho privado";

que "en gracia a la confusión reinante en materia de personas jurídicas en nuestro Derecho, el Hospital San Antonio obtuvo también reconocimiento de personería; reconocimiento inoficioso, puesto que no siendo una fundación privada, la personería la tenía por propio privilegio legal. El haber solicitado la copia de la respectiva resolución ministerial, y el no haber sido agregada o traída a los autos, por imposibilidad física, motivó, seguramente, el error en que incurrió el Tribunal, ya que tratándose de un establecimiento de beneficencia, propiedad del Departamento del Valle, sobraba todo reconocimiento administrativo de su personería";

que el Tribunal incurrió, además, en el error de agregar a la ausencia del presupuesto "capacidad de parte" la del presupuesto de "legitimidad para la comparecencia en juicio de las personas que se dijo representaban al Hospital San Antonio", porque si faltaba el primero de tales presupuestos no tenía para qué entrar en el estudio del relacionado con la personería adjetiva, por sustracción de materia;

que este error de lógica lo llevó a violar de nuevo y en forma directa la ley, pues, "si el Hospital San Antonio es un establecimiento de beneficencia, propiedad del Departamento del Valle, su representación en juicio corresponde al Personero Municipal, tal como lo fue, y como fue pedido en la parte petitoria del libelo. Es atribución propia de los personeros, al tenor de los artículos 159, 164, 173, numeral 1º del Código Judicial, concordantes del mismo Código y del Político y Municipal, llevar la representación de los Departamentos y de los Municipios en los juicios que se cursen en contra de dichas entidades. Estos funcionarios tienen personería adjetiva, *de jure*, por ministerio legal, y no requieren para actuar, tal como parece exigirlo el Tribunal, mandato alguno especial de los órganos que representan en juicio", y

que "si tanto al Síndico como al Cura Párroco, se los hizo partes, como representantes del Hospital, fue precisamente para abundar en la personería, y en gracia de lo preceptuado al inciso 2º del artículo 250 del Código Judicial..."

Segundo cargo.

Está propuesto por violación indirecta de los mismos preceptos indicados como infringidos en el cargo anterior, y también del artículo 250 del Código Judicial, en razón de no haber sido aplicados "como consecuencia de error evidente de hecho en la apreciación del libelo de demanda,

lo mismo que por no haber tenido en cuenta al fallar el certificado expedido por el señor Alcalde Municipal de Roldanillo, sobre el hecho de haber sido el señor Modesto García P. el Personero Municipal de dicha población en el momento de la notificación del libelo; como también el acta de posesión del mismo, visible a fls. 44 del C. de pruebas del actor, y el certificado expedido por el Personero Municipal de Roldanillo, a fls. 19 ibídem, sobre el hecho de ser Argemiro Lemos, Síndico del Hospital San Antonio, al igual que la confesión en posiciones del señor Pbro. Tobías Henao, de presidir la Junta Directiva del mismo Hospital. (Contestación a la pregunta 2ª)".

A intento de demostrarlo, alega el impugnante que, si el fallador hubiese leído con detenimiento el numeral décimo de los hechos de la demanda y el encabezamiento de la parte petitoria, "habría tenido que aceptar que uno de los extremos del litigio era la calidad asignada de *establecimiento de beneficencia* propiedad del Departamento del Valle, al Hospital San Antonio de Roldanillo", sin entrar a exigir la demostración de su personería como si fuera una fundación de derecho privado;

que el término de "fundación" se usa para distinguir los establecimientos de beneficencia de derecho privado, los que "necesitan de reconocimiento legal previo", al paso que con el nombre de "establecimientos de beneficencia se denominan usualmente aquellas entidades o institutos que son personas morales de derecho público, por ser propiedad de órganos también de derecho público y que, por serlo, tienen *de jure* y *de facto* personería jurídica";

que, tratándose de la actuación en juicio de las personas jurídicas, dos medios de prueba respecto a la personería consagra el artículo 250 del Código Judicial, a saber: "los personeros ciertos y auténticos que se designen en los reglamentos que disciplinan la constitución de la persona moral; o bien la representación en aquellas personas que por las funciones que ejercen, por la manifestación pública de sus actos externos, indican en forma indudable que son los legítimos representantes de la persona jurídica. El efecto es aquí indicio necesario de la causa";

que los referidos documentos y confesión no tenidos en cuenta por el Tribunal demuestran que los señores Modesto García, como Personero Municipal, Argemiro Lemos como Síndico del Hospital, y Presbítero Tobías Henao, como Párroco del lugar y Presidente de la Junta Directiva, tenían las calidades de representantes en la litis de tal establecimiento;

que "Además el señor García, como el señor Lemos y el Presbítero Henao, designaron su apoderado en el juicio, y éste al contestar la demanda no negó en forma de excepción, ni lo hizo luégo con posterioridad, el que sus mandantes no tuvieran la calidad de representantes del instituto legatario", y

que, por lo tanto, "si el Hospital es pertenencia del Departamento del Valle, quedó bien representado en la persona del Personero Municipal de Roldanillo, cuya calidad, posesión, etc., etc., obra demostrada en los autos. Y, si se toma al instituto legatario, como establecimiento de beneficencia, que es, quedó, igualmente, debidamente representado en las personas del Síndico y del Presidente de la Junta Directiva, calidades que obran también debidamente probadas en el expediente".

Por último pretende el acusador que el Tribunal "debió ser menos exigente" en cuanto a la prueba de la personería, ante el hecho de que "inoportunamente, el apoderado de la parte demandada acercó al expediente copia de la escritura número 221 de 27 de abril de 1956, pasada en la Notaría de Roldanillo, por la cual el Presidente del Hospital San Antonio de Roldanillo repudió el legado", prueba que —dice—, no obstante haber sido rechazada por el Tribunal, está indicando que el Hospital carece de interés jurídico en este litigio.

V

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Entiéndese por personas jurídicas de *derecho público,* aquellas personas morales en que se traduce el poder del Estado, ya directamente, ya como derivación del mismo en orden a la prestación de servicios públicos. Así, se cuentan en esta categoría la Nación, los departamentos, las intendencias y comisarías, los municipios, los establecimientos oficiales de beneficencia e instrucción públicas y ciertas corporaciones creadas o reconocidas por la ley (artículos 80, Ley 153 de 1887 y 1º, Ley 2ª de 1943).

2. De todos los entes de esta especie se predica el que gozan de la personalidad jurídica por privilegio legal, lo cual se entiende en el sentido de que, para asumir tal carácter, no requieren de acto alguno gubernamental declaratorio de su personería.

3. Pero, no todas las personas jurídicas de derecho público están colocadas en pie de igualdad, desde luego que se impone el distinguir las

de naturaleza política, de las que carecen de este carácter.

Las políticas, dotadas como están de asiento geográfico en el territorio del país, desempeñan en una u otra forma funciones derivadas de la soberanía o de gobierno, a virtud de la Constitución, en la que encuentran su razón de ser, y con arreglo al ordenamiento político en que la carta se desarrolla.

Las otras, creadas ya por acto de ley, ya por acto administrativo, son establecimientos y corporaciones oficiales no referidos en su existencia a extensión territorial alguna, establecidos para la prestación de servicios públicos, pero sin participación en las prerrogativas de gobierno.

4. Y esta distinción, trascendente por varios aspectos, se hace sentir desde luego en cuanto a la manera de ofrecerse en juicio la personalidad de tales entidades. Porque, la existencia de las del orden político, aparte de fundarse en la Carta y en estatutos legislados, es un hecho de eminente notoriedad, es decir, un hecho de aquellos en que ciertamente concurren las notas de conocimiento público o incontestabilidad racional y que pertenecen, por lo tanto, al número de las nociones propias del medio social, estando, con antelación a todo litigio, depurados de las posibilidades de incertidumbre y sin que, por lo mismo, necesiten ser específicamente demostrados: *facta notoria non indigent probatione.*

Por eso, la personalidad de las entidades políticas, como la Nación, un departamento, un municipio, no requiere ser probada en juicio, sino que basta que, invocando su carácter de Agente del Ministerio Público, se apersone en la causa el funcionario de esta especie, a quien competa la representación: Procurador General o su delegado, si se trata de la Nación; Fiscal del Tribunal, si de un departamento; Personero municipal, si de un municipio.

5. En cuanto a las entidades no políticas creadas por la ley, será ésta la que acredite su personería; y como la ley no necesita probarse, pues su conocimiento general se presume de derecho, bastará con la comparecencia a juicio de quien, conforme a la ley o a los respectivos estatutos fundados en ella, deba representar a la entidad de que se trate. En el último de estos eventos, tendría que demostrarse lo que al respecto dispongan los estatutos.

6. Distinta es la situación en cuanto a la prueba del sér jurídico de los *establecimientos de beneficencia e instrucción públicas* creados por acto administrativo, pues si bien unos y otros gozan de la personalidad por ministerio de la ley (art. 80, Ley 153 de 1887), no es suficiente que se afirme en juicio la existencia de un ente de esta naturaleza, para que, sin probación alguna de tal aserto, haya de tenerse por cierta su personalidad. No es que se requiera de un acto de gobierno específicamente declarativo de ella. Pero, debe traerse al proceso la demostración del carácter u origen oficial del instituto de que se trate. Pudiendo existir establecimientos de beneficencia e instrucción públicas de origen privado, sujetos al régimen del reconocimiento de su personería por acto de gobierno, ello hace indispensable que la condición oficial de los establecimientos que se dicen tales sea ciertamente acreditada. Lo cual, al dejar establecido de qué clase de institución se trata, si nacional o seccional, permitirá a la vez definir cuál sea el funcionario del Ministerio Público a quien competa su representación en juicio, si esta materia especial no estuviere regulada en los estatutos de que legítimamente haya sido dotada la institución.

Por lo mismo, la falta de esa prueba en las controversias en que se intente hacer parte a un establecimiento de beneficencia o instrucción pública que se califica de oficial, induce al respecto la ausencia de sujeto de derecho en el juicio, esto es, la falta del presupuesto procesal de capacidad para ser parte, poniendo al juzgador en la necesidad de pronunciarse en forma inhibitoria.

7. En la especie *sub judice,* afirma el sentenciador no haber encontrado la prueba de la personalidad o sér jurídico del Hospital demandado; y esta afirmación envolvería un error si se hubiese acreditado el origen oficial de dicho establecimiento, de que resultaría su personalidad por ministerio de la ley. Pero, el recurrente, lejos de demostrar que sí aparece establecida la existencia del Hospital como entidad de creación departamental, señalando los elementos de convicción que lo acrediten y que el juzgador hubiera desatendido o apreciado mal, se ha empeñado en sostener que, tratándose de un establecimiento público de propiedad de una entidad de derecho público, mal puede exigirse la prueba de su "existencia jurídica", lo que sería tanto como "exigir la prueba de que el Departamento del Valle es una entidad administrativa de derecho público". Mas, este argumento se deshace con la simple consideración de que no fue el Departamento del Valle el demandado en este litigio, sino el "Hospital San Antonio", como sujeto de derecho, y tánto que en la demanda se dice que su "representación corresponde al Síndico del mismo y al Presiden-

te de la Junta Directiva, cargo que, de conformidad con sus estatutos, ejerce el Cura Párroco de Roldanillo'' (hecho 10º).

8. Todo lo hasta aquí dicho y que es suficiente a rechazar el cargo primero del libelo de casación, lleva necesariamente a desestimar los reparos que informan el cargo segundo, los cuales están dirigidos a sostener: por una parte, que el Tribunal incurrió en error de hecho en la interpretación de la demanda, en cuanto, al echar de menos la demostración de la personería del ''Hospital San Antonio'', entendió que éste había sido demandado como persona moral de derecho privado, siendo así que lo fue como persona jurídica de derecho público; y por la otra, que el fallador dejó de tomar en cuenta ciertos medios que se pretende son demostrativos del carácter que de representantes del Hospital tendrían el Personero del Municipio, el Síndico y el Presidente de la Junta Directiva de aquel establecimiento.

A lo cual, se observa:

Que en ningún paso de la sentencia aparece que el juzgador hubiera calificado al ''Hospital San Antonio'' como ente jurídico de derecho privado, ni tenídolo en tal carácter, pues toda su argumentación gira sobre el hecho de no haberse demostrado la personalidad del establecimiento, lo que —dice— hubiera podido hacerse aduciendo el acto de su creación. Lo cual está muy lejos de significar que, al interpretar la demanda, hubiera incurrido en el error que le atribuye el impugnante.

Por lo demás, si no se probó en el juicio la personalidad del Hospital, cuyos estatutos ni siquiera se conocen, no hay base para tratar de su representación, esto es, de los funcionarios o personas a quienes legítimamente incumba, circunstancia en la cual las tachas por no estimación de pruebas referentes a las calidades de ciertas personas y a su pretendido carácter de representantes del establecimiento, son ciertamente improcedentes.

9. Por lo mismo, no puede decirse que el fallador hubiera violado por falta de aplicación la segunda parte del artículo 250 del Código Judicial, según el cual ''las corporaciones o fundaciones cuyo representante legal no sea conocido pueden ser representadas por las personas que las presiden'', pues dicho precepto supone el que se halle demostrada la personalidad o sér jurídico de la respectiva corporación o fundación, presupuesto que es el que en este negocio se ha echado de menos.

10. Por otra parte, si en vía de hipótesis se diera por demostrado que el ''Hospital San Antonio'' de Roldanillo es un establecimiento de propiedad del Departamento del Valle, según lo dice el hecho 10º de la demanda, ignorándose como se ignora lo que respecto de su representación dispongan sus estatutos, habría que concluír que su representante en juicio no es el Personero del Municipio de Roldanillo, como lo pretende el recurrente, sino que esa representación correspondería estrictamente al Fiscal del Tribunal Superior de Buga, dado que según el artículo 176 del Código Judicial, toca a los fiscales de los tribunales superiores la defensa de los intereses de los departamentos, en asuntos de la competencia de los mismos tribunales, a los que, a su vez, compete, según el artículo 76 ibídem, conocer en primera instancia de los asuntos contenciosos departamentales en que se controviertan cuestiones de derecho privado.

11. Finalmente, la declaración de no aceptación del legado, otorgada por el Párroco de Roldanillo como Presidente de la Junta Directiva del Hospital, mediante la escritura número 221 de 27 de abril de 1956, de la Notaría de Roldanillo, aducida extemporáneamente al proceso, es una ocurrencia que quedó al margen del juicio y en el cual no fue debatida. Por este motivo, que en casación ofrecería un hecho nuevo, como así lo reconoce la censura, y, además, por el muy obvio de que la alegación del impugnante relativa a tal hecho no configura cargo alguno que se acomode en lo más mínimo a las exigencias del recurso extraordinario, no tiene la Corte base alguna para ocuparse de ello.

Es, así, impróspero el recurso.

RESOLUCION:

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha once (11) de marzo de mil novecientos sesenta (1960), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALA DE CASACION PENAL

FALTAS CONTRA LA ETICA PROFESIONAL DEL ABOGADO

Confirma la Corte la providencia que declaró prescrita la acción penal en lo tocante a las contravenciones investigadas, y la adiciona en el sentido de disponer que se investigue la posible comisión de un delito.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

Las faltas contra la moral profesional a que se refiere la Ley 69 de 1945, prescriben en un año, dado su carácter contravencional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 115 del Código Penal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, enero veinticinco de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

Consulta el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali su providencia de fecha 22 de agosto del año pasado, por medio de la cual resolvió: "Declarar que la acción adelantada por medio de las presentes diligencias contra el doctor Eusebio Muñoz Perea no puede proseguirse por haber prescrito, se ORDENA cesar todo procedimiento adelantado contra el mencionado acusado, de conformidad con lo previsto en el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal".

HECHOS:

Los que dieron origen al presente juicio especial, adelantado contra el abogado Eusebio Muñoz Perea, los expuso el querellante, señor César A. Carrillo, en memorial suscrito en Buenaventura y presentado el 11 de julio de 1957, en la forma siguiente:

"1º El día 21 de junio del presente año, mi hijo Daniel Carrillo, quien trabaja un automóvil de servicio público de mi pertenencia, tuvo un pequeño accidente de tránsito, del que resultó lesionada una pequeña niña, hija del señor Francisco Delgado, empleado del Terminal Marítimo de esta ciudad.

"2º Este hecho causó la detención instantánea de mi hijo, por ser el conductor de aquel automotor.

"3º Mi hija, Julia Carrillo, preocupada por el hecho, habló con el doctor Eusebio Muñoz Perea, abogado que ejerce en este Puerto, a fin que (sic) si había lugar a defensa, este abogado se hiciese cargo de dicha defensa.

"4º Antes, mi hijo detenido, había contratado los servicios profesionales del abogado doctor Félix Alomia, quien debido a la sencillez del caso, recomendó arreglo con la familia de la niña lesionada, arreglo que terminó felizmente, haciéndose mi hijo cargo de hospitalización, drogas y pago de médico, lo que hizo que el señor Delgado, padre de la herida, solicitase la libertad de mi hijo, lo que así se hizo.

"5º El señor Eusebio Muñoz Perea, al hablar con mi hija, tal como lo he relatado en el punto tercero de este escrito, le dijo a mi hija que le suscribiera letras de cambio por valor de mil pesos ($ 1.000.00) moneda corriente, y que le entregase un cheque por la suma de quinientos

pesos ($ 500.00) moneda corriente, lo que así hizo mi hija, confiada en la rectitud y honradez que debe observar todo abogado.

"6º Al doctor Muñoz Perea no se le dio poder de ninguna clase, ni desempeñó funciones de abogado alguna, puesto que se llegó a arreglo personal entre las partes interesadas, sin intervención de abogados.

"7º Al volver mi hija a reclamarle al doctor Eusebio Muñoz Perea, tanto las letras como los cheques, dicho abogado hasta la fecha se ha negado sistemáticamente hacer entrega a mí o a mi hija de dichos documentos negociables, diciéndonos que son suyos, y efectivamente, puso a dichas letras fechas vencidas y embargó la pequeña cuenta corriente que a nombre de mi hija Julia, poseo en el Banco de Colombia de este Puerto, lo que acredito con documentos que acompaño; y con el cheque girado por mi hija, le entabló querella penal, para meterla a la cárcel por cuenta de la Inspección 2ª de Policía de esta ciudad, abuso que evitó el señor Alcalde, don Armando Caicedo Naranjo, que dio orden a ese Inspector de no tomar prisionera a mi hija.

"8º Por parte del doctor Eusebio Muñoz Perea, no hubo trabajo de abogado, ni gestión alguna que desarrollase en nuestro favor dicho abogado, y además no se le dio ni siquiera poder para litigar, puesto que los documentos de créditos se los entregó mi hija como un simple depósito sometido a la condición que existiese (sic) trabajo profesional.

"9º Creo que al no existir trabajo profesional, tampoco pueden existir honorarios, ni menos con los abusos cometidos por dicho abogado contra mi familia y contra mi patrimonio.

"10º Como ningún abogado se ha hecho cargo en este Puerto, para defender nuestros intereses por estar implicado el doctor Muñoz, los pocos dineros que tengo están embargados por ese abogado, y con la amenaza de meter a la cárcel a mi hija como giradora del cheque, ya que Julia, al conocer la gula de dicho abogado, dio orden al Banco de no pagar al doctor Muñoz dichos $ 500.00 moneda corriente, ya que no existiendo trabajo, tampoco hay honorarios, aunque este profesional ha estado en muchas formas tratando de cobrar dicho cheque.

"11º Al alegarle yo por mi hija, y además por ser mío el pequeño valor que tengo en el Banco, me amenazó en mi propia casa de meterme a mí también a la cárcel".

Cumplidos los trámites ordenados por el procedimiento señalado por el artículo 8º de la Ley 69 de 1945, el Tribunal Superior de Cali, profirió la sentencia consultada, fundándose para ello en que: "Comoquiera que en esta queja el término de un año a que se refiere el artículo 115 del Código Penal está más que vencido, pues las presuntas faltas contra la moral profesional que se le imputan al doctor Eusebio Muñoz Perea, según los hechos expuestos por el quejoso, sucedieron en el año de 1957, se operó desde antes del segundo reparto, la prescripción de la acción".

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal considera que:

"Por ser absolutamente evidente que los hechos a los cuales se refiere la querella formulada por el citado señor Carrillo contra el referido abogado, tuvieron cumplimiento hace más de un año; por tratarse, con la falta que contra la ética de la abogacía se le imputa al profesional denunciado, de una simple contravención, y por ser, además cierto que la jurisprudencia de la honorable Corte, en tratándose de hechos contemplados por la Ley 69 de 1945, tiene preceptuado que la acción penal correspondiente a esa clase de infracciones penales, prescribe en un año, se concluye obviamente que en el presente caso la acción ejercida ha prescrito, por cuyo motivo la providencia que se consulta está ajustada a las exigencias legales en lo que tiene que ver con la declaración de prescripción que ella hace en su parte resolutiva.

"Sin embargo, es el caso de adicionar la misma providencia, porque es preciso darle aplicación al artículo 11 de la Ley 69 de 1945, en virtud de que los hechos a que se contrae la querella formulada, hacen pensar en la posible comisión de un delito que debe ser objeto de la correspondiente investigación.

"En consecuencia, el suscrito solicita atentamente a la honorable Corte que CONFIRME la determinación tomada por el *a-quo* y adicione la providencia consultada, en el sentido de disponer que se dé aplicación por el honorable Tribunal de Cali al artículo 11 de la mencionada Ley 69".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala comparte los puntos de vista de su colaborador Fiscal, y por lo tanto, habrá de acoger su solicitud confirmando la providencia consultada, con la adición propuesta, puesto que los hechos que motivaron el presente juicio sumario contra el abogado Muñoz Perea, según el querellante, se realizaron en el año de 1957, en la población de Buenaventura, de donde se deduce que la acción penal para imponer las sanciones disciplinarias previstas en la Ley 69 de 1945 "sobre ejercicio de la abogacía", se encuentra prescrita, según reiterada jurisprudencia de la Corte, acogida desde el fallo del 22 de febrero de 1961, de acuerdo con la cual: "Las faltas contra la moral profesional a que se refiere la Ley 69 de 1945, prescriben en un año dado su carácter contravencional", de conformidad con lo dispuesto en el artículo 115 del Código Penal.

Como los hechos denunciados por el querellante Carrillo son graves, y de comprobarse debidamente, "hacen pensar en la posible comisión de un delito que debe ser objeto de la correspondiente investigación", según lo expresa la Procuraduría, la Sala adicionará la providencia consultada en el sentido de disponer que se le dé aplicación a lo ordenado en el artículo 11 de la citada Ley.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia a que se ha hecho referencia en la parte motiva y la *adiciona* en el sentido de disponer que por el Tribunal Superior de Cali se dé cumplimiento a lo previsto en el artículo 11 de la Ley 69 de 1945.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

COLISION NEGATIVA DE COMPETENCIAS

Se abstiene la Corte de decidir una colisión de competencias, por considerar que en realidad no tuvo ocurrencia. El principio de desacuerdo entre los dos Comandos, uno del Ejército y otro de la Policía, fue oportuna y espontáneamente solucionado por ellos mismos, haciendo innecesaria la intervención de la Corte. La investigación se originó en las muertes y lesiones ocasionadas por la explosión de un artefacto de artillería.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

La colisión de competencias no existe sino en el caso de que haya desacuerdo entre dos Jueces o Tribunales, en relación a saber a cuál de ellos corresponde el conocimiento de un determinado negocio.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, enero veintiséis de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

Ha llegado a la Corte, para ser dirimida, una supuesta colisión de competencias negativas suscitada entre el Comando de la Policía Nacional —Unidad "Bogotá"— y el Comando de la Brigada de Institutos Militares. Se trata de establecer si el sumario que se adelanta en averiguación de los responsables de la muerte del agente de la Policía Nacional José Díaz Ruiz y otros, así como las lesiones sufridas por varias personas, consumados por el estallido de una granada, en las circunstancias de modo y tiempo que se expresarán a continuación, es de la competencia de la Justicia Penal Militar, propiamente dicha, o del Comandante de la Unidad de Policía "Bogotá".

HECHOS:

Los hechos que dieron origen a este proceso, son presentados en resumen, por el Comandante del Ejército, en la siguiente forma:

"Dan cuenta los autos que el día 11 de diciembre de 1957 varios jóvenes amigos se encaminaron a los cerros que rodean a Bogotá con el fin de dar un paseo y conseguir musgo para adornar los pesebres de sus casas, que por los días de Navidad se acostumbran en los hogares bogotanos. Al efecto, partieron entre otros, *Carlos Eduardo Prieto, Martín Patiño Gómez, Pablo Enrique Parra* y *Julio Enrique Cuervo Lombana,* y al cabo de un rato de marcha ganaron los cerros del Sur de la ciudad; la excursión se efectuaba alegre y normalmente; en un riachuelo se bañaron, luégo almorzaron, descansaron y finalmente resolvieron regresar. Alrededor de las cuatro de la tarde, cuando pasaban por una de las lomas del barrio de "San Isidro" se encontraron con un Agente de la Policía, quien estaba rodeado de otros muchachos, desconocidos para los primeros. El Agente tenía en sus manos un artefacto de metal, y al efecto, algunos de los presentes le preguntaron qué era, y éste les contestó que parecía una bomba; todos los muchachos se acercaron por curiosidad para ver de qué se trataba en definitiva, en tanto que el Agente daba golpes al objeto con una piedra y un cuchillo. De pronto la bomba estalló, y como consecuencia, murieron varios de los circunstantes y otros quedaron heridos.

"El Agente de Policía en mención respondía al nombre de *José Joaquín Díaz Ruiz,* perteneciente a la División de Policía "Bogotá", quien murió en forma instantánea.

"El artefacto que causó la tragedia resultó ser un proyectil de Mortero de 81 mm., de características iguales a los que usan las Fuerzas Armadas, sin que se hubiera podido establecer a todo lo largo del proceso en dónde fue fabricado o a qué dependencia de tales Fuerzas pertenecía, en caso de que hubiera sido de propiedad de éstas, y únicamente quedó visible en una de las partes que no se desintegraron, la fecha de fabricación: 1930".

Los cadáveres de las víctimas de la explosión fueron levantados por un Juzgado Permanente de Instrucción Criminal; posteriormente el negocio fue adjudicado al Juez Quinto de Instrucción Criminal, quien por auto del 16 de diciembre de 1957 (f. 19), y por considerar que "no se trata de un delito intencional sino de un hipotético delito culposo del cual sería responsable la persona o entidad que abandonó la granada en el lugar de los hechos", resolvió enviar lo actuado a los Jueces de Instrucción Penal Militar, por conducto de la Brigada de Institutos Militares.

Por su parte, esta entidad, por auto del 20 de diciembre de 1957, dispuso que pasaran las diligencias al Juez Treinta y Tres de Instrucción Penal Militar, quien adelantó la investigación hasta el punto en que la consideró perfeccionada, resolviendo, por auto del 24 de agosto de 1958, devolver el expediente al Comando de la Brigada de Institutos Militares. A su vez, esta última entidad, por providencia del 23 de diciembre de 1958, y de conformidad con lo establecido en el artículo 333 del Código de Justicia Penal Militar, pasó el proceso al Comandante del Ejército. Este Comandante, por su parte, y en providencia de fecha 26 de junio de 1959, resolvió remitir el procèso al Comandante de la Unidad de Policía "Bogotá", por ser de su competencia, invocando para ello el artículo 347 del Código de Justicia Penal Militar y considerando que:

"Examinadas detenidamente las cosas, se ha venido a establecer que hasta el momento no hay sindicación directa alguna, por acción dolosa o culposa contra personas ciertas y determinadas del Ejército Nacional; por tanto, no se está en presencia de un acto no previsto en el Código Penal Militar que acorde con lo estatuído en el artículo 333 deba fallar el Comando del Ejército como Juez de Primera Instancia.

"Pero hay más: Si el Agente de la Policía Nacional José Joaquín Díaz Ruiz hubiera sobrevivido a la tragedia, necesariamente hubiera tenido que ser indagatoriado como presunto responsable de los homicidios y de las lesiones personales que se produjeron como consecuencia de su acto imprudente, consistente en pretender desarmar un proyectil de mortero sin conocer las condiciones de peligrosidad en que se encontraba. Vinculado al proceso en esta forma, posiblemente hubiera sido llamado a responder en juicio para que se decidiera sobre la responsabilidad que le cupiera por un acto culposo.

"Por otra parte, tenemos que el Agente Díaz Ruiz murió en el lamentable accidente, por lo cual sería el caso de ordenar la cesación de todo procedimiento por cuanto la acción penal no puede proseguirse por haberse extinguido, de acuerdo con lo ordenado por el artículo 100 del Código Penal. Pero tal determinación no la puede tomar el Comando del Ejército porque de acuerdo con los principios que informan el Código Penal Militar, los sindicados deben ser juzgados por militares pertenecientes a su misma arma y por sus propios superiores"..

A su turno el Comandante de la Unidad de Policía "Bogotá", por auto de 4 de diciembre de 1959, y acogiendo el concepto de la Auditoría de Guerra, ordenó la remisión del proceso, nuevamente, a la Brigada de Institutos Militares. La Auditoría de Guerra, cuyo concepto acogió sin *beneficio de inventario* el Comandante de la Unidad de Policía "Bogotá", fundamentó su decisión en lo expuesto por aquélla, así:

"No hay duda de que la sindicación contra el agente *José Joaquín Ruiz,* surgió cuando había muerto, es decir, cuando la acción, penalmente no podía iniciarse.

"Pero la investigación no se abrió contra él, sino en averiguación de los responsables de la muerte de las ocho personas antes anotadas, entre las cuales se cuenta el agente sindicado *José Joaquín Ruiz.* Vale decir, la dirección investigativa tendía a buscar la causa mediata que motivó tal siniestro, y ella no se podía buscar en el agente que, por impericia, imprudencia, negligencia, inobservancia de los medios de seguridad de un artefacto explosivo o por ignorancia de que no había explotado, fue la causa inmediata de la acción e hizo que se estallara y ocasionara la tragedia, sino en la persona o entidad que dejó abandonado tal artefacto en condiciones de disparar, sin haber tomado las medidas precautelativas necesarias para evitar un daño o siniestro que necesariamente tenía que

ocurrir al ser tomado por una persona inexperta, en esos menesteres, más cuando se trata de explosivos que al simple roce estallan, como lo dijo el entonces Mayor *Romero León* (Folio 64).

"Se nota en la investigación que se dejaron de practicar numerosas diligencias que fácilmente podrían indicar, cuál fue la entidad, inclusive las personas que ejercitaron prácticas de tiro, con mortero, empleando proyectiles de 1930. 81 mm.

"Se dice que el lugar o sitio donde ocurrió la tragedia es un campo de operaciones militares empleado por el Batallón Antiaéreo; por consiguiente, se debe solicitar del Comando respectivo una certificación al respecto. (Ver folios 3 vto., 12-80).

"Aparece que el proyectil que ocasionó la muerte del agente y los menores es de uso exclusivo de las Fuerzas Militares, entonces se debe practicar una inspección ocular en los depósitos de armamento de dicho Batallón, para ver si hay proyectiles de las mismas características y del mismo año, dejando claramente establecido, si con esos proyectiles se ejercitan prácticas de tiro; caso contrario, hasta qué época fueron empleados, al mando de qué Oficial Comandante del Batallón y de qué Oficiales o Suboficiales subalternos.

"Establecida así la prueba que antecede, recibir declaraciones de estos Oficiales y de las personas que surgieren en ellas, e indagar a los presuntos responsables del abandono del proyectil, causa mediata del desastre; tal como lo anota el señor Juez Quinto de Instrucción Criminal. (Folio 19).

"Si de la investigación no apareciere sindicación concreta del autor o autores del ilícito investigado, perteneciente a las Fuerzas Militares o no hubiere delito, se ordenará la cesación de procedimiento; pero esta cesación le corresponde por competencia dictarla al Comando de la Brigada de Institutos Militares, en su calidad de Juez de Primera Instancia por aparecer cargos concretos contra el Batallón Antiaéreo, y en esa providencia deberá resolverse la situación jurídica al extinto agente *José Joaquín Ruiz*".

A su vez, el Comandante de la Brigada de Institutos Militares, por medio de su providencia de 27 de julio de 1960, resolvió lo siguiente:

"Abstenerse de conocer de las presentes diligencias sumarias en que aparece como sindicado el Agente de Policía José Joaquín Díaz Ruiz, por no ser de su competencia; y para el caso de que el señor Comandante de la Unidad de Policía 'Bogotá', a quien se considera como el Juez de Primera Instancia, adopte idéntica actitud, proponerle desde ahora una colisión de competencias que deberá dirimir la honorable Corte Suprema de Justicia conforme a las disposiciones vigentes".

El Comandante de la Brigada de Institutos Militares, fundó su decisión de abstenerse de conocer de este negocio y de proponerle una colisión de competencia negativa al Comandante de la Unidad de Policía "Bogotá", en los razonamientos siguientes:

"1º Ciertamente la investigación no se halla perfeccionada porque falta establecer las relaciones que pueda haber entre el hallazgo del proyectil de mortero en las lomas vecinas a 'San Isidro' y las actividades de simple entrenamiento que desarrollaba en esa época o en años anteriores, por aquellos lugares, el Batallón de Artillería Antiaéreo, conforme se insinúa en el expediente. Al respecto cabe advertir que esta Unidad Táctica actualmente ya no figura en los cuadros del Centro de Artillería y, además, ha desaparecido en la organización del Ejército.

"2º La investigación ha demostrado que el único autor de los hechos, por absoluta carencia de previsión o por ostensible imprudencia, consistentes en golpear con un instrumento contundente el proyectil de mortero hallado en las lomas de 'San Isidro' hasta hacerlo estallar, fue el Agente de Policía *José Joaquín Díaz Ruiz*, quien resultó precisamente como una de las víctimas de su propia acción. El Agente pertenecía a la Unidad de Policía 'Bogotá' y se hallaba prestando sus servicios en la Compañía de Protección Infantil.

"Se ha comprobado, pues, a qué persona se le podrían imputar las muertes y heridas causadas en las circunstancias descritas. No es pertinente buscar otros sindicados más remotos, cuando se sabe positivamente que el acto voluntario del Agente Díaz Ruiz fue el factor determinante de esta lamentable tragedia.

"3º El Asesor Jurídico de la Unidad 'Bogotá', cuyo concepto acoge integralmente su Comandante, sostiene que la competencia radica en el Comando de la Brigada de Institutos Militares 'por aparecer cargos concretos contra el Batallón Antiaéreo'. Está completamente equivocado aquel funcionario al pretender que la imputabilidad penal pueda predicarse de los Batallones o Cuerpos de Tropa. Es incuestionable que las entidades o personas jurídicas no delin-

qüen, pues tanto la imputabilidad como la responsabilidad penales se refieren únicamente a las personas naturales o individuos, por actos previstos en la ley como delitos, que ellos ejecuten o dejen de hacer.

"Tal vez la confusión existente obedece a la consideración de que el Gobierno Nacional puede ser responsabilizado por la aparición de aquel proyectil en un campo vecino a áreas habitadas, con peligro para la ciudadanía porque no se hizo estallar o no se recogió o enterró. Esa ya es una cuestión de otra índole.

"Una cosa es la responsabilidad penal por culpa que podría caberle al autor del hecho, y otra, muy diferente, la responsabilidad civil extracontractual derivada de la misma culpa, que podría alegarse en los Tribunales Ordinarios para obligar al Gobierno al posible pago de indemnizaciones a favor de terceros. Para este último evento sería muy importante allegar las pruebas que se echan de menos en la investigación; pero en cuanto al asunto estrictamente penal, el camino ya se halla expedito al haberse obtenido la identificación completa del sindicado.

"4º En el proceso se ha operado un fenómeno previsto por la ley, que es la muerte del procesado. La acción penal ya no puede proseguirse, por hallarse prescrita, y esta declaración sólo corresponde al Juez del conocimiento. Así aparecía desde el primer momento, pero eso no bastaba; había necesidad de realizar una investigación completa de los hechos, para luégo tomar la decisión correspondiente, con base en la actuación cumplida.

"5º Tratándose de Agentes de Policía pertenecientes a las Unidades o Divisiones, la competencia para conocer en primera instancia está claramente determinada por el artículo 347 del Código Penal Militar. En este aspecto lo fundamental es la calidad del sindicado, y no la procedencia del arma, artefacto o proyectil con que operó el agente activo de la infracción para producir las muertes y lesiones a que ya se ha hecho referencia. Es el estatuto personal lo que preside e importa en el ordenamiento del Código Penal Militar, para efectos de jurisdicción y competencia.

"6º Las razones anteriores demuestran que el suscrito Comandante de la Brigada carece de competencia en este sumario. Así deberá declararse, y si el señor Comandante de la Unidad de Policía 'Bogotá' insiste en no conocer del mismo, se habrá planteado entonces un conflicto de competencias que corresponderá dirimir a la honorable Corte Suprema de Justicia conforme al artículo 397 del Código Penal Militar".

Devuelto el proceso al Comandante de la Policía Unidad "Bogotá", este funcionario, por medio de su auto del 3 de agosto de 1960, que se encuentra ejecutoriado, resolvió lo siguiente:

"Avócase el conocimiento del presente negocio adelantado en averiguación de responsables por homicidio en varias personas, con una granada, en que aparece como sindicado el Agente de la Institución *Díaz Ruiz José Joaquín* (fallecido en el accidente). En consecuencia, córrase traslado del expediente al señor Fiscal Permanente de la Unidad, para que dentro del término legal, emita concepto sobre prescripción (sic) de la acción penal, por muerte del procesado, al tenor del artículo 417 del Código de Justicia Penal Militar".

Después de ejecutoriada la providencia del 3 de agosto de 1960 y devuelto el expediente por el Fiscal de la Unidad de Policía, y no obstante que aquella providencia ya se encontraba ejecutoriada, y era, por lo tanto, ley del proceso, y cuando ya había transcurrido más de un año desde la fecha de su expedición, el Comandante de la Unidad de Policía "Bogotá", resolvió remitir las presentes diligencias a la honorable Corte Suprema de Justicia —Sala Penal— para que "dirima la colisión de competencia negativa propuesta en este negocio por el Comando de la Brigada de Institutos Militares", acogiendo así, sin discriminación ninguna, el criterio del Fiscal de su Unidad, quien no se limitó a emitir el concepto que se le pedía acerca de la cesación de la acción penal por muerte del Agente Díaz Ruiz, único autor y responsable, por notoria imprudencia, no sólo de su propia muerte sino de la muerte y lesiones sufridas por otras personas, sino que en su vista, en la que haciendo gala de erudición acerca de la teoría de la culpa en materia penal, pretendió suscitar nuevamente una colisión que ya no podía provocarse nuevamente, como se explicará a continuación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Según lo dispuesto en el artículo 65 del Código de Procedimiento Penal, *la colisión de competencias* no existe sino en el caso de que haya *desacuerdo* entre dos Jueces o Tribunales, en relación a saber a cuál de ellos corresponde el conocimiento de un determinado negocio. Sería, por lo tanto, absurdo pretender que si hay

acuerdo sobre tal cuestión, sea, sin embargo posible una *colisión de competencias.*

De acuerdo con lo anterior, y como ya lo ha expresado esta Corporación en anteriores ocasiones, "la colisión de competencias no surge en el momento en que ella *es provocada,* sino en el que es aceptada. Cuando la provocación es resuelta de conformidad con el criterio del provocante, toda posibilidad de colisión de competencias desaparece".

En el presente caso el Comandante de la Unidad de Policía "Bogotá", al resolver, por su providencia de fecha 3 de agosto de 1960, *avocar* el conocimiento del presente negocio, era porque no insistía en la competencia negativa que le había propuesto en auto del 27 de julio de 1960 el Comandante de la Brigada de Institutos Militares y que, por lo tanto, estaba de conformidad con el criterio expuesto por este funcionario en dicha providencia, de donde se concluye que, toda posibilidad de colisión de competencias entre los expresados comandos desaparecía, y, en consecuecia, posteriormente el Comando de la Unidad de Policía, una vez ejecutoriado el auto en que *avocó* el conocimiento del negocio, no podía razonablemente pretender hacer surgir por sí y ante sí y unilateralmente una nueva supuesta colisión que ya no podía suscitar sin desconocer el valor y eficacia de su propio auto de 3 de agosto.

El artículo 397 del Código de Justicia Penal Militar vigente expresa que:

"La colisión puede ser provocada de oficio o a solicitud de parte. Si fuere de oficio, quien la suscite se dirigirá ante el otro funcionario exponiendo las razones que tiene para conocer o no del caso concreto. Si éste acepta, *asumirá* el conocimiento; y si no acepta, el proceso irá a la Sala de Casación Penal de la Corte para que allí se decida de plano".

De acuerdo con la norma transcrita, se tiene que, en el presente caso, el Comando de la Unidad de Policía "Bogotá", al *avocar* o *asumir* el conocimiento de este negocio, por auto de 3 de agosto de 1960, después de que el Comandante de la Brigada de Institutos Militares le propuso colisión de competencia negativa, aceptaba las razones y el criterio de este funcionario, lo cual daba término definitivo a la colisión suscitada por el Comandante de la Brigada de Institutos Militares, y por lo tanto, el negocio no podía ser enviado a la Corte, como erradamente lo ha hecho el Comandante de la Unidad de Policía "Bogotá", para que esta Corporación dirimiera una colisión que realmente no se había suscitado ni podía suscitarse nuevamente entre los mismos funcionarios.

Es suficiente lo expuesto para que la Sala considere que, en el presente caso, no existe colisión de competencias que deba ser dirimida por la Corte Suprema, ya que el Comandante de la Unidad de Policía al asumir el conocimiento de este negocio, por una providencia que se encuentra ejecutoriada, puso término a la colisión que le había suscitado el Comandante de la Brigada de Institutos Militares.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley SE ABSTIENE de dirimir la supuesta colisión de competencias a que se ha hecho referencia y RESUELVE devolver el expediente al Comando de la Policía Nacional Unidad "Bogotá", a fin de que continúe conociendo del negocio y dar cuenta de esta resolución al Comandante de la Brigada de Institutos Militares.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD

Se confirma la providencia que declaró prescrita la acción penal, en un proceso adelantado para investigar la morosidad de los funcionarios de un Juzgado, en la tramitación de un negocio penal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, enero treinta de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

En providencia de veintitrés de octubre de mil novecientos sesenta y uno, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín declaró prescrita la acción penal a favor de los doctores Luis Eduardo Mejía Jiménez, Fabio Aristizábal Ospina, Fernando Arango S., Aurelio Valencia Sierra, Gabriel Osorio Isaza, Tulio Trujillo T. y Luis Eduardo Giraldo, en el proceso adelantado para investigar un posible delito "De los abusos de autoridad y otras infracciones", originado en las demoras que sufrió el proceso adelantado en el Juzgado Primero Superior de Medellín contra Antonio José Delgado, por el delito de estafa, y mientras desempeñaron el cargo de Juez Superior los citados doctores. El Tribunal dispuso la consulta de esta providencia y por este motivo el negocio fue enviado a la Corte Suprema-Sala Penal, para su revisión.

Durante la investigación se acreditó debidamente la calidad de los acusados como empleados que ocuparon sucesivamente el cargo de Juez Primero Superior, en el lapso comprendido entre el veintitrés de julio de mil novecientos cuarenta y ocho (1948) y el cuatro de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco (1955).

En la diligencia de inspección ocular practicada el 4 de mayo de 1956 (fls. 12 y ss.) se estableció plenamente que durante el lapso indicado anteriormente fue cuando el proceso seguido contra Antonio José Delgado Rivera permaneció sin actuación ninguna, constatándose una demora de siete años y cuatro meses.

También quedó establecido por la inspección ocular, que a partir del día cuatro de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco (1955) cesaron las referidas demoras, de donde se deduce, que desde dicha fecha hasta el día en que el Tribunal Superior de Medellín profirió la providencia que se revisa, ha transcurrido un tiempo superior al de cinco años, término más que suficiente para que se opere en este caso el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal, teniendo en cuenta que la infracción imputable a los Jueces acusados es la prevista en el artículo 172 del Código Penal y que, por lo tanto, la acción penal prescribe en cinco años, de conformidad con el artículo 105 del mismo Código.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, CONFIRMA en todas sus partes la providencia del Tribunal Superior de Medellín, a que se ha hecho referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

DICTAMENES DE LOS MEDICOS LEGISTAS. — EMOCION VIOLENTA Y HOMICIDIO AGRAVADO

No proceden los cargos que, con invocación de las causales 4ª, 7ª y 3ª de casación, se formularon contra la sentencia que acogió el veredicto del jurado y profirió condena por homicidio calificado.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Un dictamen pericial, como enseña el artículo 268 del Código de Procedimiento Penal, no es por sí plena prueba. Su apreciación la hace el Juez, para acogerlo o desecharlo, con fundamento en los hechos y razonando su adhesión o rechazo a la exposición de los peritos.

2. No porque el agente del delito ejecute el hecho en un estado de emoción violenta, en un raptus de ira o bajo la presión psíquica del intenso dolor se anula la agravación del homicidio. Hay entre las circunstancias que enuncia el artículo 363 del Código Penal muchas que tienen un contenido objetivo, como son la 5ª y 6ª en que el motivo determinante no anula la calificación del ilícito, salvo que se esté ante casos que de modo expreso, en otras disposiciones haya consagrado la ley, lo que ocurre, por ejemplo, en el homicidio piadoso, el infanticidio honoris causa o el homicidio consentido.

3. El dolo de ímpetu no anula las secuelas jurídicas estatuídas por la ley para cuando la acción homicida recae sobre persona cuya inferioridad personal es manifiesta (un infante, un inválido, etc.), o cuando existe una especial relación prevista expresamente —caso del parricidio— o cuando recurre el agente a medios que colocan a la víctima en manifiestas condiciones de indefensión.

4. Si el jurado reconoce simplemente que se cometió el hecho "en estado de ira y dolor intenso", no se puede pretender que el veredicto da paso a la aminoración del artículo 28 del Código Penal.

5. De otro lado, mal puede la Corte, tratándose de un juicio con intervención del jurado, forzar caprichosa o arbitrariamente los términos del veredicto para alcanzar conclusiones fuera de su virtual contenido.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, treinta y uno de enero de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Mediante sentencia del veinte de agosto de mil novecientos cincuenta y nueve, el Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Montería condenó a Rafael Primera Berrío a la pena principal de quince años de presidio, más las accesorias de rigor, como responsable del delito de homicidio, calificado de asesinato. En el mismo fallo se absolvió al procesado del delito de violación de domicilio, por el cual también había sido residenciado en juicio.

El Tribunal Superior del nombrado Distrito confirmó plenamente, en sentencia del veintidós de enero de mil novecientos sesenta, lo resuelto por el inferior.

Agotados los trámites propios del asunto, la Corte decide ahora el recurso extraordinario de casación que contra la aludida sentencia de segundo grado interpusiera, dentro de la oportunidad legal, el defensor del procesado.

ANTECEDENTES

En el auto de proceder y en la sentencia de primera instancia se resumieron los hechos que dieron origen al proceso en la siguiente forma:

"Da cuenta el informativo de que en la Cabecera del Municipio de San Antero, desde las once y treinta de la mañana del ocho de diciembre de mil novecientos cincuenta y siete, Rafael Primera Berrío comenzó a tomar bebidas embriagantes con otros amigos y su hermano Santiago Berrío, quien posteriormente se separó del grupo. A eso de las ocho y treinta de la noche, después de haber estado en distintos lugares y tomando en forma intermitente, Rafael se encontraba en la cantina de Ignacio Murillo Diz, y allí le llevaron la noticia de que habían ultimado a su hermano Santiago y que el victimario había sido el señor Ovidio Berrío, su tío. Al oír esto Rafael Primera salió corriendo hacia el lugar donde estaba su hermano, a poco se armó con una muleta de alguien que caminaba con ayuda de ésta, siguió con ella pero luégo la botó y se devolvió a su casa en busca de su rula, la tomó, salió otra vez y llegó al lugar en donde estaba Santiago muerto, en la calle De la Cruz. Constatada la muerte de su hermano, Rafael, inmediatamente, rula en mano, se dirige a la casa de habitación del señor Rafael Lucio Salguedo y su mujer Edith González, en donde habitan sus padres Tomás Salguedo (a) Paye e Isabel María Pimienta Licona, padres de Barbarita Salguedo, esposa de Ovidio Berrío, quien acababa de dar muerte a Santiago Primera, violenta una de las ventanas de la dicha casa a patadas y culatazos, la echa abajo, tumba una cama de tijera que está recostada a ella, penetra por allí, ya en el interior de la casa se dirige a la recámara en donde está la señora Isabel Pimienta Licona, madre de Bárbara la mujer de Ovidio, y dándole mortales machetazos le produce la muerte instantánea; luégo sale por la puerta de la calle, todavía con la rula en la mano aún ensangretada, golpea con ella los horcones de la casa de Alejandro López Ramos, continúa por la calle guapirriando, dando golpes en el suelo con la rula y diciendo: 'me vengo por la sangre de mi hermano'; sigue calle abajo y llega a la casa de su suegro Manuel Correa Ramos en donde se acostó hasta el día siguiente en que sale a la casa de una hermana y allí fue capturado por la policía" (fls. 126 y 127, cuaderno 1º).

Clausurada la investigación por auto del 20 de octubre de 1958, fue oído el concepto del colaborador fiscal, quien pidió el llamamiento a juicio de Rafael Primera Berrío "sin intervención del Jurado de Conciencia al tenor del Decreto extraordinario 3347 de 1950 y artículo 29 del Código Penal". Se apoyó el criterio del Agente del Ministerio Público en el dictamen de los médicos legistas visible a folios 119 a 121 del informativo, según el cual "considerando que el señor Rafael Primera Berrío se encontraba en estado de embriaguez aguda y patológica, había como consecuencia una anomalía psíquica transitória, que aunada a la presencia del cadáver de su hermano, produjo instantáneamente, pérdida del sentido de las proporciones, pérdida del sentido de la responsabilidad, llevándolo como lo hizo, a cometer un crimen".

La parte resolutiva de la providencia enjuiciatoria, proferida el 22 de enero de 1959, es, en lo pertinente, del siguiente tenor:

"1º) Abrir causa criminal ordinaria, con intervención del Jurado de Conciencia, contra Rafael Primera Berrío, de las condiciones civiles y personales arriba señaladas, por el delito de homicidio...

"2º) Abrir causa criminal ordinaria, con intervención del Jurado de Conciencia, contra el señor Rafael Primera Berrío,... por 'delitos contra la inviolabilidad del domicilio'..."

En la parte motiva del proveído, se delinearon las características jurídicas del homicidio, calificado de asesinato, y del delito contra la inviolabilidad del domicilio, afirmándose la existencia de un concurso material. Y para refutar la tesis del señor Agente del Ministerio Público, el Juez del conocimiento sentó las siguientes apreciaciones:

"En cuanto a la imputación moral, implica resolver las siguientes cuestiones: 1º) ¿Hubo en el sindicado intención de matar? 2º) ¿Qué motivos lo impulsaron a ello? 3º) ¿En que circunstancias de orden psíquico perpetró el hecho criminoso? 4º) ¿Tiene asidero en las probanzas de autos la versión del error en cuanto a la persona sujeto pasivo del delito?"

. . . . . .

"En cuanto a la tercera cuestión, cabe observar que el procesado no estaba en estado de embriaguez aguda causada por la ingerencia de

bebidas alcohólicas. Así lo deja ver el testimonio del dueño de la cantina donde estaba cuando recibió la noticia de la muerte de Santiago. Dice Ignacio Murillo: 'El no estaba muy borracho. Mientras estuvo allí, estuvo charlando sin proferir ofensas contra nadie'. Como se ve, apenas si podía estar en el primer período de embriaguez voluntaria, en que, sabido es, se mantiene la lucidez de la razón. Hay que hacer notar en abono de esta afirmación, que según la propia injurada del sindicado, éste recuerda todos los detalles de su actuación, desde cuando comenzó a ingerir bebidas espirituosas a las once y treinta de la mañana hasta cuando llegó a la casa de su cuñado y éste lo hizo acostar. Su lucidez, era pues, completa. No puede decirse, en consecuencia, que obró bajo la influencia de una embriaguez aguda. Si acaso, estaba bajo la influencia de una embriaguez voluntaria de primer grado, en que el individuo conserva su fuerza física y moral en razón de lo cual es imputable y responsable de sus hechos.

"Menos aún puede afirmarse seriamente que estaba y obró bajo el influjo de una embriaguez patológica. Esta diferente de la común, ordinaria, llamada también 'manía ebriosa', es una verdadera enfermedad en personas que han tomado el hábito de vivir embriagados. Empero de autos no aparece prueba alguna de que el procesado sufriera esta especie de embriaguez, que por cierto, es a la que se refiere el artículo 29 del Código Penal para asimilar al delincuente que cometiere el hecho en tal estado al enajenado mental, y aplicarle medidas de seguridad en vez de penas; y juzgarlo sin intervención del Jurado conforme al Decreto 3347 de 1950.

"Por lo dicho anteriormente el Juzgado encuentra errado el experticio Médico-Legal rendido por los Médicos Legistas del Departamento y que se lee a folios 120 a 121, relacionado con el sindicado, en el cual concluyen, erróneamente, que el sindicado cuando cometió el crimen se encontraba en estado de embriaguez 'aguda y patológica'. Como se ve, hay una gran confusión en los mencionados galenos, puesto que si padecía embriaguez aguda no podía al mismo tiempo padecer embriaguez patológica. La primera la puede padecer cualquier hombre normal en forma accidental e imprevista, si voluntariamente ingiere bebidas espirituosas; la segunda sólo la puede padecer la persona que ha adquirido el hábito de vivir embriagado. Y la confusión de los Médicos-Legistas sube de punto cuando toman estos estados de embriaguez como determinantes de una 'anomalía psíquica transitoria'. Conclusión absurda, puesto que la anomalía psíquica es un estado mental diferente de los estados producidos por una embriaguez de cualquier clase. En la anomalía psíquica están comprendidas todas aquellas personas que padecen perturbaciones psíquicas que no admiten asimilarlas a los enajenados mentales, a los locos, pero que tampoco puede decirse de ellas que sean personas normales.

"Por su parte, el Código Penal, en su artículo 29 acoge esta distinción científica, como se ve de su texto que dice: '...se hallare el agente en estado de *enajenación mental* (locura), o de *intoxicación crónica producida por el alcohol* (embriaguez patológica). O por cualquiera otra sustancia o padeciere grave *anomalía psíquica* se aplicarán...' Tanta distinción hay entre la embriaguez aguda y la patológica que el Código se ocupa de una y otra en forma especial y le da efectos diferentes. De la primera trata en su artículo 38 para tenerla como circunstancia de menor peligrosidad cuando no es preordenada al delito; de la segunda se ocupa en el artículo 29 para imponer medidas de seguridad.

"Es de anotar que los Médicos-Legistas entre las características de la embriaguez patológica apuntan las circunstancias de que el sujeto que la padece puede cometer delitos contra sus semejantes, y excesos de toda clase, de los cuales no suele guardar recuerdo alguno. Si ello es así como lo afirman los médicos peritos, hay que llegar forzosamente a la conclusión de que no la padecía el sindicado cuando cometió el hecho ya que guarda recuerdo exacto de cuanto hizo, como se puede comprobar con la sola lectura de su injurada.

"Por último, no hay que perder de vista que, como lo tiene aceptado la Corte Suprema de Justicia, los estados patológicos previstos por el artículo 29 del Código Penal, no son materia de simple alegación, sino que deben aparecer de datos y antecedentes relativos al procesado. (Casación 28 de febrero de 1933, LII, 476).

"Y precisamente puede afirmarse que el estado patológico que ahora se quiere atribuír al sindicado apenas ha sido alegado, puesto que no hay datos ni antecedentes relativos al procesado que den asidero a tal estado. Por el contrario, conforme a las probanzas de autos, los antecedentes del sindicado son los de un hombre normal. Incluso estuvo dieciocho meses en el servicio militar, posee bienes de fortuna, es casado, y su comportamiento general es totalmente normal. De padecer algún estado patoló-

gico se hubiera constatado en el curso de la investigación. Testigo alguno de los que se refieren a sus antecedentes habla de él en forma distinta a la de pintarlo como un hombre corriente. Su misma indagatoria está pregonando que se trata de un hombre sano de mente, sin estados patológicos determinados por la embriaguez, sin 'manía ebriosa', ni anomalía psíquica alguna. Sólo surge tal versión en el escrito del doctor Díaz Castillo en que sin más ni más, de la noche a la mañana, alega 'anomalía psíquica transitoria' en su representado, y pide la pericia médica, que se pronunció favorablemente pero con conclusiones tan lamentablemente' anticientíficas y absurdas que el Juzgado se ve en la necesidad de rechazar el peritazgo, para concluír, por las razones que se dejan dichas, que lejos de padecer el sindicado el estado patológico que se le quiere atribuír, es persona sana y actuó al margen de tales estados. De ahí que el Juzgado se aparte, como en efecto se aparta, del concepto del Fiscal en que acogiendo, sin examen crítico alguno, el dictamen de los Médicos-Legistas del Departamento, pide que se llame a juicio al procesado sin intervención del Jurado de Conciencia, con aplicación del artículo 1º del Decreto 3347 de 1950 en relación con el 29 del Código Penal. Lo que equivale a aceptar que el procesado, cuando cometió el delito, estaba en cualesquier de los estados mentales a que se refiere la disposición últimamente citada. Lo que no es cierto, según se demostró anteriormente".

La ejecutoria del auto de proceder se produjo sin que contra tal proveído se interpusiese recurso alguno. La causa se desenvolvió, pues, sobre los supuestos sentados en la pieza enjuiciatoria y sin que durante la segunda etapa del proceso se allegaran nuevos elementos de juicio. En el curso de la vista pública se sometieron a la consideración del Jurado las siguientes cuestiones:

"El acusado Rafael Primera Berrío es responsable de haber ocasionado la muerte de la señora Isabel María Pimienta Licona, a quien con el propósito de matar le infirió varias heridas con arma cortante; hecho cometido encontrándose la víctima en estado de indefensión y abusando de sus condiciones de inferioridad personal; lo cual tuvo lugar de ocho y treinta a nueve de la noche, del día ocho (8) de diciembre del año de mil novecientos cincuenta y siete (1957) en la Cabecera del Municipio de San Antero en este Departamento?"

"El acusado Rafael Primera Berrío ¿es responsable de haberse introducido arbitrariamente en la casa de habitación de los señores Rafael Lucio Salguedo y Edith González, situada en la calle denominada 'La Cruz', Cabecera del Municipio de San Antero, contra la voluntad de sus moradores; hecho que tuvo lugar de ocho y treinta a nueve de la noche del día ocho (8) de diciembre de mil novecientos cincuenta y siete (1957)?"

Las respuestas del jurado fueron, respectivamente, las siguientes:

"Sí es responsable, pero actuó en estado de ira y dolor intenso".

"No es responsable".

Apoyándose en los anteriores pronunciamientos del Tribunal Popular, el Juez Primero Superior de Montería profirió el fallo aludido en la parte inicial de esta providencia, fallo que fue luégo confirmado por el *ad-quem*.

DEMANDA DE CASACION

En debida forma, de acuerdo con los preceptos legales que regulan este recurso extraordinario, el doctor Marcos Díaz Castillo, formuló la demanda de casación en el escrito que obra de folios 6 a 19 del cuaderno número 3. En ella, después de un resumen de los hechos a que se contrae el proceso y de la actuación cumplida en éste durante las instancias, acusa la sentencia de segundo grado invocando para la impugnación las causales cuarta, séptima y tercera, de las previstas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal cuarta. Estima el recurrente que la sentencia es "violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad", en razón de que el acusado no podía ser sometido al trámite ordinario y propio a los delincuentes normales, sino con sujeción a las reglas establecidas en el Decreto legislativo 3347 de 1950, que, entre otros ordenamientos, suprimió la intervención del jurado "en todos los casos en que el agente haya cometido el delito en estado de enajenación mental o padeciere de alguna grave anomalía psíquica", dado que, según dictamen médico legal practicado a Primera Berrío antes de la vocación a juicio (2 de junio de 1958), a la fecha de la comisión del delito "se encontraba en estado de embriaguez aguda y patológica" y "había como consecuencia una anomalía psíquica transitoria..."

"Al procederse de esta manera —arguye el demandante— se violaron las normas del de-

creto aludido o sea el artículo 1º y esa violación produce nulidad sustancial o constitucional, porque no se observaron las formas propias del juicio, tal como lo dispone el artículo 26 de la Carta. Primera Berrío padecía, en el acto de cometer el homicidio que se le imputa, anomalía psíquica y por esto su juzgamiento tenía que ser sin la intervención del jurado y al someterlo a esa intervención se le estaba aplicando un procedimiento que no era el propio del juicio y se estaba incurriendo en nulidad constitucional".

Causal séptima. Entiende el impugnador al invocar esta causal de casación que la sentencia del Tribunal se dictó sobre un veredicto evidentemente contradictorio. La contradicción dimana de la incompatibilidad y repugnancia resultante de la afirmación de responsabilidad por un homicidio calificado de asesinato, con la aceptación, por otra parte, de que el acusado "actuó en estado de ira y de dolor intenso", estado de ánimo o situación psíquica del agente que necesariamente excluye las circunstancias que específicamente agravan el homicidio.

Dice el demandante para sacar verdadera su tesis:

"...la *indefensión,* en cualquiera de sus manifestaciones, alevosía, insidia, etc., está constituída por elementos objetivos o materiales y por circunstancias de orden subjetivo o anímico. Los primeros son todos aquellos actos pérfidos externos (artificios, maquinaciones, ocultamiento físico o moral, etc.) empleados por el victimario para lograr el fin proditorio, sin riesgo para él y con la seguridad de que no se frustrará. Pero, además, debe concurrir determinado *estado de ánimo,* cierta *situación psíquica* en el agente del delito... Pues se requiere ánimo frío, sosiego espiritual, serenidad, temperancia. 'No hay alevosía, aunque el agente obre con saña, si éste no actuó con sangre fría, con perversidad reflexiva, sino bajo la influencia del alcohol y de los celos, obsesionado por la pasión y en circunstancias ocasionales'. (Lavene-El Delito de Homicidio)".

Luégo de otras citas al respecto la demanda agrega:

"Por esto, la indefensión, ya tome la modalidad de la alevosía, de la asechanza, etc.... no se da en los delitos con dolo de ímpetu, en los homicidios emocionales o pasionales. Y tal es el estado —emocional— que el jurado reconoció cuando expresó que Primera Berrío actuó con ira y dolor intenso. Ambos sentimientos —ira y dolor— determinan el llamado dolo de ímpetu. Y entonces se produce la antinomia entre las dos oraciones del veredicto. En la primera declara responsable al acusado de *asesinato,* por la concurrencia de la indefensión, que requiere dolo DETERMINADO, reflexiva actuación, sosiego psicológico y en la segunda reconoce la ira y el dolor *intenso,* que son estados anímicos antitéticos con los anteriores. La ira se ha considerado como una locura pasajera, como una emoción violenta que impide la elucubración razonada, que obnubila la inteligencia. Y si está acompañada por el dolor intenso, hace actuar al sujeto —como lo apunta Soler— con cierto torpe automatismo. De modo, que la oposición entre las dos proposiciones que componen el veredicto, es ostensible..."

Causal tercera. Con fundamento en las razones aducidas con relación a la causal anterior plantea también el señor apoderado otro motivo de impugnación cual es el de estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del jurado. Su discurso tiende a demostrar que habiendo reconocido el jurado la atenuación específica del artículo 28 del Código Penal aceptó tan sólo una responsabilidad por homicidio común, aminorado en las condiciones que la citada disposición establece.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, a quien correspondió dar respuesta a la demanda, es de concepto adverso a la casación. Para oponerse a las pretensiones del recurrente abona distintas razones en torno a cada una de las causales invocadas.

Considera, en primer término, para defender la legalidad ritual del juicio, que el dictamen pericial sobre el estado psíquico de Primera Berrío al momento de cometer el hecho, nunca fue ley del proceso "por haber sido precisamente rechazado por el juzgador" previa una razonada crítica y haciendo uso de la facultad consagrada en el artículo 268 del Código de Procedimiento Penal.

Si de este modo el Juez del conocimiento no prestó mérito a la pericia médico legal y dictó el auto de proceder en la forma ordinaria, esta providencia sí fue ley del proceso y se ejecutorió sin que contra ella las partes interpusieran recurso alguno, lo que indica conformidad con sus términos.

"Se anota igualmente —dice el señor Procurador Delegado— que tanto el señor Fiscal del

Juzgado como los señores Vocero y Defensor del sindicado, se refirieron durante la audiencia al mencionado dictamen pericial y al estado psíquico del procesado al momento de cometer el hecho delictuoso, en razón del cual se le juzgaba. El primero para sostener "que los Médicos Legistas del Departamento erraron en sus apreciaciones", y reconocer, en cambio, "el estado de ira causada por el dolor intenso por la muerte de su hermano". El segundo, para concluír que el procesado "obró en estado de grave anomalía psíquica transitoria causada por un estado previo: la embriaguez aguda; y por una causa inminente y actual: la noticia de que habían matado a su hermano". Y el defensor, para solicitar del Jurado que respondiese diciendo: "Sí es responsable, pero actuó en estado de grave anomalía psíquica transitoria producida por el alcohol", o "sí es responsable lleno de ira o intenso dolor causada por la muerte de su hermano, pero sin circunstancias de asesinato".

"De modo y suerte —concluye el Ministerio Público— que no es posible reconocer que al procesado se le privó de sus medios de defensa, ni tampoco que al tramitarse el proceso, algún acto procesal diera lugar al menoscabo de las garantías constitucionales establecidas en beneficio de los reos".

En lo tocante a la causal séptima, haber recaído la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio, la Procuraduría Primera Delegada acoge, para refutar al demandante, las consideraciones hechas por el *ad quem* a efecto de dar respuesta al alegato de conclusión de la defensa sobre este aspecto jurídico del proceso.

Síntesis de lo expuesto por la Procuraduría es que frente a la ley penal colombiana los motivos de agravación del homidicio señalados en los ordinales 5º y 6º del artículo 363 del Código Penal no están expresamente condicionados al estado anímico propulsor de la acción delictuosa. De otro lado, estima el distinguido colaborador fiscal que la agregación contenida en el veredicto en el caso de autos no entraña una valoración con consecuencias jurídicas porque no expresa las condiciones exigidas por el artículo 28.

Por último, no prospera la causal tercera, en opinión del señor Procurador Delegado, porque la sentencia está acorde con el veredicto ya que de los términos de éste se desprende lógicamente que el jurado aceptó la comisión del delito por el acusado con las circunstancias específicas de agravación deducidas en el auto de proceder, cuestión ésta que fue ampliamente debatida en la vista pública de la causa, y que la agregación consignada para explicar los motivos determinantes del hecho no es más que el reconocimiento de una circunstancia de menor peligrosidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La complejidad de esta causa, por todos sus aspectos, demandará de la Corte un estudio detenido de los planteamientos formulados por el recurrente, como que las modalidades y circunstancias que el delito cometido por Primera Berrío y sus particulares antecedentes así lo exigen para una decisión justamente acordada a derecho. Con el fin de confrontar la validez y seriedad de los cargos hechos a la sentencia se hará su examen en el mismo orden propuesto por el demandante, a través de las siguientes consideraciones:

1ª Aparece de autos que durante el sumario, el señor apoderado de Rafael Primera Berrío, solicitó del Juez del conocimiento, con fecha 2 de junio de 1958 (folios 114 y 115 del cuaderno 1º) el reconocimiento médico legal del acusado "para que se determine si se encontraba en *estado de grave anomalía psíquica transitoria,* cuando cometió el homicidio que se le imputa.

Debía versar el dictamen sobre antecedentes personales y de familia, examen físico o somático, examen psíquico (inteligencia, sentimientos y carácter), como cuestiones previas a los interrogantes relacionados ya con el hecho delictuoso imputado, a saber:

"Cuál era o podía ser la fase o período de embriaguez en que se encontraba Primera Berrío, cuando cometió el homicidio;

"Que influencia psicológica tuvo en él la presencia del cadáver de su hermano;

"¿La embriaguez y el traumatismo o perturbación psicológico producido por el hecho de la muerte de su hermano, determinaron —sí o no— en él grave anomalía psíquica transitoria?"

Los señores médicos legistas (fls. 119 a 121, cuaderno 1º) rindieron su dictamen el 11 de septiembre de 1958, y aunque en él no expresan en qué fechas fueron practicados los reconocimientos, el oficio visible a folio 118 del citado cuaderno indica que el sumario les fue remitido el 23 de junio de ese año, quedando desde ese día a disposición de los peritos el sindicado en la cárcel del Distrito de Montería. Esto establece que entre la comisión del hecho y el examen facultativo medió un lapso no inferior a seis meses.

2ª El aludido dictamen, resultado de exámenes extemporáneamente llevados a término por los peritos médicos, no sólo adolece de esa gravísima falla, como que se trataba de averiguar en un terreno científico el grado de embriaguez alcanzado por el homicida y la posible perturbación psíquica ocasionada por la ingestión alcohólica en asocio de factores subjetivos concomitantes, sino que ofrece una fundamentación en un todo hipotética, levantada sobre las propias manifestaciones del procesado en cuanto a taras mentales, para concluír, sin otro dato conocido, que la embriaguez era aguda y patológica, a tiempo de la reacción homicida.

3ª La crítica que la instancia hizo a la pericia médico legal, para separarse de ella, al calificar de fondo el sumario con auto de proceder, no fue una postura arbitraria. Razonadamente, teniendo en cuenta los datos del proceso, la conducta del acusado después del delito, la ausencia de informaciones concretas que permitieran a los médicos alcanzar las conclusiones consignadas en su exposición, y lo que el Código Penal preceptúa en cuanto a intoxicados alcohólicos en el artículo 29, no dio a esa prueba el valor e importancia que son necesarios para situar al agente dentro del especial régimen de juzgamiento señalado en el Decreto 3347 ya mencionado.

4ª Ahora bien: sometido el proceso a las normas ordinarias, con intervención del jurado, este trámite no conculcó los derechos de defensa, ni a las partes se las privó de debatir en la audiencia el problema psiquiátrico, ni menos de solicitar en el término probatorio una mejor prueba al respecto. El Juez de derecho, simplemente, no prestó mérito a un dictamen no fundado desde el punto de vista científico, y los señores jueces de conciencia tampoco le concedieron valor, pues en caso contrario habrían expresado en el veredicto lo que de ellos solicitó el señor defensor.

De ahí por qué no quepa impugnar la sentencia recurrida por nulidad del juicio, ni que en propiedad pueda hablarse de un vicio sustantivo o supralegal de la actuación.

Un dictamen pericial, como enseña el artículo 268 del Código de Procedimiento Penal "no es por sí plena prueba". Su apreciación la hace el juez, "para acogerlo o desecharlo", con fundamento en los hechos y razonando su adhesión o rechazo a la exposición de los peritos. Y en este caso concreto, el Juez del conocimiento confrontó esa prueba técnica con los hechos del proceso y con las enseñanzas de la medicina legal para concluír que no demostraba la anomalía psíquica transitoria del acusado.

No procede, en consecuencia, la causal cuarta de casación.

5ª La supuesta contradicción del veredicto que sirvió de base al fallo acusado es un cargo inadmisible frente a la estructuración que el Código Penal hace del homicidio asesinato.

No porque el agente del delito ejecute el hecho en un estado de emoción violenta, en un raptus de ira o bajo la presión psíquica del intenso dolor se anula la agravación del homicidio. Hay entre las circunstancias que enuncia el artículo 363 del Código Penal muchas que tienen un contenido objetivo, como son la 5ª y 6ª en que el motivo determinante no anula la calificación del ilícito, salvo que se esté ante casos que de modo expreso, en otras disposiciones haya consagrado la ley, lo que ocurre, por ejemplo, en el homicidio piadoso, el infanticidio honoris causa o el homicidio consentido.

La atenuación reconocida de manera general para toda suerte de infracciones penales por el artículo 28, ibídem, cuya aplicación estima imperativa el recurrente en este proceso, dada la explicación o agregación que aparece en el veredicto del jurado, no desvirtuaría la entidad jurídica del homicidio calificado (asesinato), si bien en un terreno estrictamente doctrinario aparenta repugnar la figura jurídica de asesinato atenuado. Ya frente al derecho positivo colombiano, si se tienen en consideración el alcance general del artículo 28 y las modalidades específicas de agravación señaladas en el artículo 363, resulta que los preceptos enunciados no son incompatibles y que bien pueden concurrir en determinados eventos. El dolo de ímpetu no anularía las secuelas jurídicas estatuídas por la ley para cuando la acción homicida recae sobre persona cuya inferioridad personal es manifiesta (un infante, un inválido, etc.), o cuando existe una especial relación prevista expresamente —caso del parricidio— o cuando recurre el agente a medios que colocan a la víctima en manifiestas condiciones de indefensión.

La Corte ha mantenido esta doctrina en distintos fallos de casación en los que se ha estudiado el complejo y difícil problema de la atenuación del homicidio asesinato.

Siendo posible que las disposiciones enunciadas, en muchos casos, se conjuguen para aminorar la responsabilidad del delincuente, es obvio que en este proceso el reconocimiento del jurado de que Primera Berrío "actuó en estado de ira y dolor intenso" —acéptese o no que se está ante las circunstancias del artículo 28— no con-

tradice la afirmación de responsabilidad contenida en el veredicto por un homicidio "cometido encontrándose la víctima en estado de indefensión, y abusando de sus condiciones de inferioridad personal", según reza la cuestión propuesta a los señores jueces de conciencia.

No es dable, entonces, fundar el cargo contra la sentencia a través de la causal séptima, lo que quiere decir que tampoco, por este aspecto, prospera el recurso de casación.

6ª Resta estudiar si la sentencia del Tribunal, como lo estima el demandante, *está en desacuerdo con el veredicto del jurado*. Es éste, sin duda, el aspecto más difícil del proceso.

Es de plena evidencia en el proceso que el acusado Primera Berrío se encontraba el día de la comisión del homicidio bastante alicorado, y lo es igualmente, que el impacto psicológico experimentado con la muerte violenta de su hermano, a manos de Ovidio Berrío, tío suyo, fue de tal magnitud que desencadenó en él, no sólo un estado irreprimible de cólera, sino el impulso de tomar venganza, ya en la persona causante de ese homicidio, o bien en la esposa de éste, a la que indirectamente hacía responsable de la tragedia por los devaneos amorosos con su hermano.

Fue así, en ese estado de desequilibrio emocional, luégo de armarse de una rula o peinilla, como se dirigió a la casa de Rafael Lucio Salgüedo, donde residía la esposa de Ovidio Berrío. En su desenfrenada cólera y en las circunstancias que el proceso describe, ultimó a la señora Pimienta Licona, a quien parece que el acusado, por error, confundió con Barbarita Salguedo.

Haber obrado en el estado emocional propio a los inmediatos antecedentes del delito y a las circunstancias en que Primera Berrío se hallaba, indiscutiblemente presupone el estado de ira, o mejor, de emoción violenta, pero ello no indica que esa conducta se acomode a las condiciones del artículo 28 del Código Penal, a efecto de deducir al procesado una atenuante específica de su responsabilidad.

El veredicto del Jurado simplemente reconoce que cometió el hecho "en estado de ira y dolor intenso", pero sin hacer dimanar dicho estado de una provocación por parte de la víctima, o indirectamente de otra persona, a más de que al no referirse el veredicto a la provocación, como determinante del hecho, mal podía entrar en las calificaciones de rigor sobre la *gravedad* e *injusticia*.

Así las cosas, pretender que el veredicto da paso a la aminoración del citado artículo 28, resulta jurídicamente inaceptable y rompería, sin fundamento valedero en derecho, la estructuración de la ley penal colombiana en materia de atenuaciones específicas.

De otro lado, mal puede la Corte, tratándose de un juicio con intervención del jurado, forzar caprichosa o arbitrariamente los términos del veredicto para alcanzar conclusiones fuera de su virtual contenido. Desvirtuaría este proceder la natural función de los jueces de conciencia y desconocería la lógica regla procesal de que el veredicto es el fundamento mismo de la sentencia.

Lo dicho significa que tampoco prospera en el caso *sub judice* la causal tercera de casación.

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, NO INVALIDA la sentencia acusada del Tribunal Superior de Montería.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial*, y devuélvase el expediente.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

IMPEDIMENTOS. — LAS PARTES EN EL PROCESO PENAL

La Sala Penal de la Corte declara infundado el impedimento manifestado por un Magistrado del Tribunal de Aduanas, consistente en grave enemistad con el denunciante del contrabando investigado.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Al señalar el numeral 5º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal como causal de recusación o impedimento, la "enemistad grave entre alguna de las partes o su apoderado o defensor y el Juez o Magistrado", debe entenderse, como es obvio, que a la expresión partes que usa la ley debe dársele el alcance que la técnica procesal le asigna a dicho concepto.

2. De acuerdo con nuestra ley procesal penal sólo puede darse técnicamente la denominación y calidad de partes al Agente del Ministerio Público, al procesado, a su apoderado o defensor y, estrictamente, a la parte civil.

3. La sola circunstancia de la participación económica que la ley reconoce al denunciante o al aprehensor de un contrabando, no es título suficiente para considerarlo como parte procesal en el juicio penal correspondiente.

4. No pudiendo considerarse al denunciante de un contrabando como parte procesal en el correspondiente juicio, la enemistad grave entre él y el Juez o Magistrado, no constituye una causal legal que le permita a éste separarse legítimamente del conocimiento del negocio.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, enero treinta y uno de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

El doctor Alvaro Hinestrosa, Magistrado del Tribunal de Aduanas, insiste en declararse impedido para conocer del proceso por contrabando que en dicho Tribunal se adelanta contra *Idelfonso Castaño, William Gómez León* y otros, en providencia de 20 de septiembre del año pasado, fundándose para ello en lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 73 del Código de Procedimiento y alegando "nuevos hechos se han presentado, con posterioridad al proveído de la Corte", que declaró infundado otro impedimento del mismo Magistrado, "que corroboran y afianzan la enemistad grave con quien se dice denunciante en el presente negocio y explican el por qué de la determinación tomada".

Los hechos, que en concepto del doctor Hinestrosa, constituyen y justifican este nuevo impedimento los hace consistir en que el que se dice denunciante "se ha dado a la tarea sistemática y constante —ante funcionarios, particulares y, en fin, ante quien pueda— de denigrar contra el suscrito y de propalar mendaces noticias contra el suscrito en la forma, términos y calificativos más despectivos, soeces y procaces".

El comportamiento del denunciante con respecto al Magistrado Hinestrosa, que éste denuncia, es de por sí reprobable y sancionable, y explica el que él haya originado una grave enemistad de dicho funcionario contra aquél sujeto, pero este sentimiento subsistente en el ánimo de quien debe intervenir como fallador en este proceso, para una persona que no es ni se ha cons-

tituído en *parte procesal,* no es una causal legalmente admisible de impedimento.

Al señalar el numeral 5º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal como causal de recusación o impedimento, la "enemistad grave entre alguna de 'las partes' o su apoderado o defensor y el Juez o Magistrado", debe entenderse, como es obvio, que a la expresión *partes* que usa la ley debe dársele el alcance que la técnica procesal le asigna a dicho concepto.

Aunque nuestro Código de Procedimiento Penal reconoce la existencia de partes en el proceso penal, según se desprende, entre otros, del texto de los artículos 67, 68, 73, 112 y siguientes, 250, ordinal 4º del 431, 449 y 448, no define ni determina en forma expresa quiénes son partes en el proceso penal, pero el título que señala las personas que pueden intervenir en el proceso, expresamente hace referencia al agente del Ministerio Público, al procesado, al apoderado o defensor y, estrictamente, a la parte civil, lo que lógicamente equivale a decir que de acuerdo con nuestra ley procesal penal sólo puede darse técnicamente la denominación y calidad de "partes" a las personas nombradas; por lo tanto, toda otra persona que en forma secundaria o transitoria intervenga en el proceso o que tenga un simple interés futuro y eventual en el resultado del proceso no tiene la categoría de parte, según se desprende de los textos legales.

Por eso se entiende que es *parte* "aquel que deduce en el proceso penal, o contra quien es deducida una relación de derecho sustantivo, en cuanto esté investido de facultades necesarias para hacerlas valer, o, respectivamente, para oponerse (contradecir)".

La sola circunstancia de que la ley penal aduanera reconozca al denunciante y al aprehensor de un contrabando una participación o porcentaje del producto líquido de la subasta correspondiente de la mercancía decomisada, no es título suficiente para considerarlo como "parte procesal" en el juicio penal correspondiente.

El artículo 112 del Código de Procedimiento autoriza a "las personas naturales o jurídicas perjudicadas con el delito, o a sus herederos para ejercer la acción civil dentro del proceso penal, constituyéndose parte civil", pero el denunciante de un contrabando no puede considerarse, por este solo hecho, como perjudicado por el fraude a las rentas fiscales, que el contrabando entraña. La sola expectativa de una recompensa pecuniaria para el denunciante o aprehensor de una mercancía que se declare de contrabando no le da facultad ni título para considerárselo como sujeto o parte con derecho a intervenir en el correspondiente proceso penal como sujeto activo o pasivo de la relación procesal.

Por esto expresa acertadamente el Tribunal de Aduanas que en estos casos el "denunciante no se presenta alegando daño sufrido; ni solicita reparación alguna moral o patrimonial por perjuicios sufridos por el hecho ilícito del contrabando; no exhibe derecho alguno lesionado, directa, real y determinadamente por la ejecución o pretensión de introducción del contrabando; no alega demérito en sus relaciones o desmedro en sus intereses, ni tampoco, más allá de lo aceptable, formula daño eventual o remoto que pudiera entreverse como consecuencia de la importación o exportación ilícita denunciadas".

No pudiendo considerarse, por lo dicho, al denunciante como "parte procesal" en este juicio, la enemistad grave hacia él, por parte del Magistrado Hinestrosa no constituye una causal legal que le permita separarse legítimamente del conocimiento de este negocio, y por lo tanto, el impedimento manifestado debe declararse infundado, como lo hizo el Tribunal del cual forma parte.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA INFUNDADO el impedimento a que se refiere la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Primitivo Vergara Crespo, Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León L., Secretario.

VIOLENCIA CARNAL. — IMPUGNACION DE SENTENCIAS BASADAS EN VEREDICTO

Se desechan los cargos que se formularon contra la sentencia que condenó por delito de violencia carnal a un agente de la Policía. La sentencia acusada fue proferida por el Tribunal Superior Militar, en armonía con el veredicto de los vocales del respectivo Consejo Verbal de Guerra.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Juicios como este, con intervención de Consejos de Guerra Verbales, reciben sentencia de los falladores de instancia de acuerdo con el veredicto, lo que en parte los asimila a los que son de competencia de los jueces superiores, con intervención de jurado.

2. Hablar de error en la denominación del ilícito y tratar de demostrarlo abriendo un debate sobre el mérito de los elementos de prueba allegados al proceso, es procedimiento extraño en sus fundamentos a la causal cuarta de casación, pues en el fondo se está recurriendo a los motivos establecidos en la causal segunda, impropia a los juicios con jurado, salvo en lo tocante a errores sobre circunstancias que hayan influído en la sanción y que compete deducir al juez de la causa.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, febrero seis de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS:

Contra la sentencia de 16 de mayo de 1961, emanada del Tribunal Superior Militar y mediante la cual fue condenado el Cabo 1º de la Policía, *Felipe Soto Palma,* como responsable del delito de *violencia carnal,* a la pena principal de cinco (5) años de prisión y accesorias correspondientes, interpuso en tiempo oportuno recurso extraordinario de casación el señor defensor del acusado, de conformidad con el artículo 597 del Código de Justicia Penal Militar.

Agotados los trámites que le son propios, la Sala procede a decidir de fondo.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

1º Previa la correspondiente investigación criminal, iniciada y adelantada a raíz de denuncia que formuló ante un Juez Penal de Instrucción Militar de la ciudad de Ibagué, a 1º de diciembre de 1959, el señor Pastor Piraquive Leitón, por hechos atentatorios contra la integridad sexual y el pudor de la niña Herminia Piraquive, cometidos en jurisdicción del Municipio de El Espinal el 28 de noviembre del mismo año, y de los cuales se sindicó al Cabo 1º Soto Palma, el Comando de las Fuerzas de Policía —Unidad Tolima— por Resolución número 017 de 20 de mayo de 1960 (fls. 163), dispuso:

"Artículo primero. *Convocar,* como en efecto convoca, un Consejo de Guerra Verbal, en la Guarnición de Ibagué, para que por los trámites señalados en el Capítulo 2º, Título VI, Libro Cuarto del Código Penal Militar, juzgue al Cabo 1º *Soto Palma Felipe* por el delito de violencia carnal en la menor *Herminia Piraquive,* hechos sucedidos en El Espinal, el 28 de noviembre de 1959 en las horas de la media noche.

"Artículo segundo. Señalar, como en efecto señala, el día lunes 23 del corriente mes y año, a las 08.00 como fecha y hora para la instalación de dicho Consejo de Guerra Verbal en el 'Salón de Consejos de Guerra' de la Unidad..."

2º La cuestión propuesta a los Vocales integrantes del Consejo y la cual obtuvo un veredicto afirmativo (por unanimidad), fue de este tenor:

"¿El acusado Cabo 1º de la Policía Unidad 'Tolima' *Felipe Soto Palma es responsable, sí o no,* de en estado de embriaguez haber sometido al acceso carnal sin su consentimiento y mediante violencia física a la menor de 14 años *Hermilia Piraquive*, desflorándola y causándole un edema congestivo de los grandes y pequeños labios vulvares, dolor, desgarraduras en el himen hacia las 11 y las 5, comparando el orificio himinal con el círculo de un reloj; hechos sucedidos dentro de un automóvil de servicio público en las horas de las 24:00 a las 01:30 del 28 al 29 de noviembre de 1959 en la ciudad de El Espinal, Tolima?" (Fls. 169).

3º Con fundamento en el veredicto condenatorio, la Presidencia del Consejo de Guerra Verbal, dictó el 27 de mayo de 1960 fallo condenatorio contra el acusado imponiéndole la pena principal de cinco (5) años de prisión, como responsable del delito de violencia carnal, aparte de las correspondientes sanciones accesorias (fls. 173 a 203).

4º El Tribunal Superior Militar, con fecha 16 de mayo de 1961, confirmó el fallo, adicionándolo "con la separación absoluta del condenado *Soto Palma* de las Fuerzas de Policía, ya que la interdicción de derechos y funciones públicas conlleva esta incapacidad (art. 56 del C. P.)". La resolución del *ad quem* fue acordada por mayoría, pues dos de los Magistrados salvaron el voto por estimar que no hubo delito de violencia carnal sino de corrupción de menores, lo que comporta una nulidad (fls. 298 a 301).

DEMANDA DE CASACION

La formula, en su calidad de defensor del acusado, el doctor Julio César Duarte Massey, con los requisitos legales que le son propios, para impugnar por dos aspectos, pero con base en una misma causal, el fallo recurrido en casación.

La demanda se apoya en el cuarto motivo previsto por el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, en armonía con el 597 del Código de Justicia Penal Militar (Decreto 0250 de 1958), es decir, que la sentencia es inválida por haber recaído en un juicio viciado de nulidad.

Las nulidades a que el demandante hace relación las discrimina así:

a) Existe en el proceso "una nulidad legal, consistente en error relativo a la denominación jurídica de la infracción", y "es improcedente invocar como causal de casación una de las dos primeras señaladas en la ley, y no la cuarta que es lo legal y correcto, dado que el error en la denominación jurídica se produce en el acto de la calificación o el acto procesal que lo reemplaza, existe un vicio 'in procedendo', que obliga a subsanar lo actuado, esta es la razón por la cual invoco la causal cuarta".

Advierte que no es preciso estudiar la prueba relacionada con la responsabilidad, pero sí la que "incida en la determinación del reato por los elementos que lo estructuran, para saber si el sentenciado Soto Palma fue juzgado y sentenciado por un delito distinto del que arroja el informativo, es decir, si se incurrió en un error relativo a la denominación del reato".

"De otra parte —agrega la demanda— en el procedimiento del Consejo de Guerra Verbal, el cuestionario es el acto procesal donde se concreta al ciudadano el cargo por el cual va a ser juzgado; es decir, que es el cuestionario el equivalente, si así puede decirse, de auto de proceder. Es en el cuestionario donde deben aparecer los elementos esenciales del delito y es por el delito allí concretado que debe responder el ciudadano".

La sustentación de esta nulidad, ampliamente alegada en el curso de las instancias por el señor defensor, sin éxito alguno, la hace criticando la prueba pericial que establece la desfloración de la ofendida. El primer dictamen médico, rendido el 29 de noviembre, es decir, transcurridas algunas horas de la comisión del hecho, asevera que la víctima presentaba síntomas de un intento de violación. Examinada al día siguiente por los señores médicos legistas de la ciudad de Ibagué, comprobaron éstos que "el himen se encuentra con dos desgarraduras localizadas hacia las 11 y las 5, comparado el orificio himenal con el círculo del reloj; los bordes de las desgarraduras están sangrantes, equimóticos y edematosos, datos que comprueban una desfloración reciente". (Fls. 4 y 25).

Como en concepto del recurrente ninguna prueba acredita que el acusado haya sometido a la menor al acceso carnal, pues nadie presenció lo sucedido dentro del automóvil, y científicamente no es admisible que un adulto pueda lo-

grar la introducción del miembro viril en la vagina de una niña de siete años, la conducta del procesado no tipifica el delito de violencia carnal. Si cabe suponer, en gracia de discusión que hubo la ejecución de actos erótico-sexuales, entrañarían corrupción de menores.

Si no está demostrado el acceso carnal, como lo afirma la demanda, los desgarros himenales debieron ser el resultado de otras maniobras, pero no por la cópula.

En ese orden de ideas, el cargo concretado en la cuestión sometida a los señores vocales del Consejo conforma la nulidad, por error en la denominación del delito, dado que por no existir en esta clase de juicios auto de proceder, el vicio resulta en la cuestión que se formula al Consejo para su veredicto.

b) El otro motivo de nulidad que invoca el demandante, con base en el ordinal 6º del artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar, consiste en "no haberse elaborado el cuestionario o cuestionarios en la forma establecida por este Código".

La inconformidad en este particular es, simplemente, porque el cuestionario contiene al expresar las modalidades del cargo "las formas bien distintas de violencia carnal; la una en que son elementos esenciales del reato, 'someter' 'al acceso carnal' 'a otra persona' sin consentimiento de ésta' 'y mediante violencia' (física o moral), y la otra forma que corresponde a 'tener acceso carnal' 'con menor de catorce años'."

Esta doble modalidad (violencia real y violencia ope legis) vicia de nulidad lo actuado "por que siendo el cuestionario la concreción de los cargos que se hacen al sindicado, éstos deben ser claros, concretos, específicos, en forma tal que pueda ejercer su derecho de defensa al saber ciertamente de qué se le acusa, pues de otra manera quedaría al arbitrio de quien formulara las cuestiones el someter en una sola cuestión varios hechos que constituyen varios delitos o los mismos delitos con varias formas".

RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Delegado de las Fuerzas Militares y Policía Nacional, pide a la Corte en su concepto de fondo no casar la sentencia materia del recurso.

Considera, en primer término, que el hecho material atribuído al procesado está debidamente acreditado en los autos, y que son muchas las pruebas indiciarias que tienden a comprobar la responsabilidad del agente.

El cargo fundado en la mala elaboración del cuestionario lo estima el distinguido colaborador fiscal sin consistencia alguna. En la cuestión propuesta, como era de rigor, "se determinaron los hechos, especificando los elementos constitutivos del delito, con las circunstancias en que se cometió, y fueron los jueces de conciencia quienes determinaron que el Cabo Primero de la Policía *Felipe Soto Palma* infringió el artículo 316 del Código de Procedimiento Penal (sic)".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Muy brevemente se ocupará la Corte de la demanda a su estudio porque dentro de la técnica del recurso extraordinario de casación las causales de impugnación tienen que aducirse teniendo en cuenta la naturaleza del proceso y la viabilidad de los cargos al fallo acusado.

Juicios como éste reciben sentencia de los falladores de instancia de acuerdo con el veredicto, lo que en parte los asimila a los que son de competencia de los jueces superiores, con intervención del jurado.

En la cuestión planteada a los vocales del Consejo de Guerra se inquirió a los jueces de hecho por un delito de violencia carnal, habida consideración de que el material probatorio autorizaba concretar dicho cargo al acusado. Al aceptar el veredicto la comisión del delito y la responsabilidad de su autor, no procediendo una declaración de contraevidencia, la sentencia en derecho tenía que conformarse al veredicto.

Hablar de error en la denominación del ilícito y tratar de demostrarlo abriendo un debate sobre el mérito de los elementos de prueba arrimados al proceso, es procedimiento extraño en sus fundamentos a la causal cuarta de casación, pues en el fondo se está recurriendo a los motivos establecidos en la causal segunda, impropia a los juicios con jurado, salvo en lo tocante a errores sobre circunstancias que hayan influído en la sanción y que compete deducir al juez de la causa.

Aquí la sentencia descansa sobre un veredicto legalmente producido y contraría la técnica de la casación ensayar un estudio de la prueba de cargo ante la simple alegación de nulidad.

El otro aspecto, formulado con base en la misma causal, carece de todo fundamento. Bien podía la instancia atribuír a la comisión del hecho el empleo de la violencia física sobre la víc-

tima, consistente en maniobras que le impidieren oponerse a los designios del acusado o pedir auxilio, y a la vez consignar la violencia *ope legis*, resultante por mandato de la ley, de la edad de la ofendida. Por concurrir esas formas de violencia el delito no perdía su unidad, ni en modo alguno se afectaba el derecho de defensa.

Lo dicho en estas consideraciones indica que la hipótesis creada por la defensa en las instancias y traída al recurso de casación, sobre la no existencia del delito de violencia carnal, aunque muy respetable, ninguna demostración tiene en el proceso, como que ni el propio sindicado suministra una versión de lo ocurrido, empeñándose en negar todo acto con la ofendida.

Si los jueces de conciencia aceptaron el recaudo probatorio para proferir el veredicto condenatorio la sentencia no es susceptible de ataque a través de la causal cuarta, según lo ya expresado.

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 extraordinario de casación a que se ha hecho mérito.

Notifíquese, devuélvase y publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León, Secretario.

HOMICIDIO AGRAVADO. — INDEFENSION DE LA VICTIMA

No se invalida la sentencia que profirió condena por doble homicidio con características de asesinato. La impugnación invocó las causales 1ª y 2ª de casación e intentó demostrar que no se configuraba la agravación del homicidio. Detenido estudio de la Sala sobre el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. En el recurso de casación no basta enunciar los cargos que sirven a la impugnación del recurrente sino que es menester demostrarlos.

2. Tres interrogantes principales se ofrecen en torno al numeral 5º del artículo 363 del Código Penal: a) ¿Las circunstancias de que allí se habla han de ser puestas por el agente del delito? b) ¿Han de pertenecer necesariamente a una de las cuatro especies allí enumeradas, a saber: insidia, asechanza, alevosía y envenenamiento? c) ¿Se dan dichas circunstancias cuando se ofrecen casualmente y el agente las aprovecha para consumar el delito?

3. Sea cual fuere la clase de indefensión o inferioridad en que la víctima estuviere colocada en el momento de cometerse el homicidio, su simple aprovechamiento por el agente implica asesinato.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, febrero seis de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Angel Martín Vásquez A.).

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, con fecha 13 de abril de 1961, puso término con sentencia de segundo grado al proceso seguido contra Juan Rivera Torres, a quien se le imputó el delito de doble asesinato en las personas de Manuel Vicente Barragán y Alvaro Salazar, hecho ocurrido en las horas de la noche del 22 de agosto de 1959, en la población de Armero. Al procesado le fue impuesta en dicho fallo la pena de 19 años de presidio, confirmando así la de primera instancia dictada por el Juez 190 de Instrucción Criminal, con la modificación de imponerle también las siguientes penas accesorias: la publicación especial de la sentencia; la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial y la pérdida de la patria potestad, si la tuviere, al mismo tiempo que ordena expedir las copias de lo conducente a fin de que por la justicia penal militar se investigue el delito de porte ilegal de armas de fuego.

Como los interesados que autoriza la ley se constituyeron en parte civil y se produjeron los dictámenes periciales relativos a la indemnización de perjuicios causados por los delitos, la sentencia de primera instancia, confirmada también por este aspecto, en la segunda, impuso asímismo al procesado el pago a la señora Eduvina Sarmiento Madero, madre natural de Manuel Vicente Barragán, el pago de la cantidad de sesenta y dos mil pesos moneda corriente ($ 62.000.00 m/cte) por concepto de perjuicios causados por la muerte de dicho Barragán, y al señor José Venicio Salazar o a quien legalmente represente sus derechos, la suma de cincuenta y dos mil pesos moneda corriente ($ 52.000.00 m/cte.) también por perjuicios causados por la muerte de Alvaro Salazar.

Contra esa decisión se interpuso el recurso extraordinario de casación, el que fue admitido por el Tribunal correspondiente.

En tiempo oportuno el abogado del recurrente presentó la respectiva demanda, que será objeto de estudio por parte de esta Sala de la Corte, luégo de haberse surtido los trámites que le son propios a tal clase de recursos. A ello se procede.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

La relación más completa de los hechos ocurridos en la tienda del señor Jorge Olarte Quiroga en el área urbana de la población de Armero, está constituída en el proceso por la versión que da de los mismos el señor Juez 190 de Instrucción Criminal:

"El 22 de agosto del año pasado (1959), siendo aproximadamente las ocho y media de la noche, los señores Alvaro Salazar y Manuel Vicente Barragán, se encontraban en la tienda del señor Jorge Olarte Quiroga, situada dentro del perímetro urbano de esta ciudad (Armero), precisamente en la calle catorce (14) de la carrera veintidós (22), distinguida en su puerta de entrada con el número 21-26, de la actual nomenclatura de esta población.

"Los señores Salazar y Barragán, amigos y compañeros en sus labores de recolectar algodón, se habían reunido allí —por cierto que ese día era sábado— con el fin de comerse unas pequeñas raciones de salchichón acompañadas de pan y de cerveza. Estos señores, ocupados en ese menester frugal, estaban ahí tranquilos, desprevenidos y disfrutando de sana alegría y de salud, cuando se presentó en ese mismo lugar Juan Rivera Torres en forma inesperada, diciéndole a Salazar 'qué hay don Alcides Ortiz', contestando inmediatamente Salazar: 'yo no soy Alcides Ortiz, yo me llamo Alvaro Salazar', a lo cual Rivera Torres le increpó, diciéndole que por qué se había cambiado el nombre e insistiendo en que su nombre era Alcides Ortiz, y repitiendo Salazar que se llamaba Alvaro Salazar; de esto, hizo eco también su compañero Barragán diciéndole a Rivera que su compañero no era Alcides Ortiz, sino Alvaro Salazar. A pesar de estas protestas pacíficas de parte de estos dos amigos, Rivera Torres pasó a los hechos, agarrando a Salazar por el lado del hombro izquierdo y halándole hacia la puerta de la tienda que da a la carrera 22, no logrando retenerlo, porque Salazar se zafó de ese acto de violencia de parte de su inesperado provocador y atacante, yéndose contra el mostrador de la tienda y contra la vitrina que hay allí mismo.

"Estos eran los momentos en que Barragán, que no podía permanecer impasible ante esa provocación y ataque imprevistos contra su compañero, le tiraba tres botellazos a Rivera Torres, que no llegaron a hacerle daño alguno a Rivera Torres. Este fue el momento en que Rivera Torres, completamente indemne de los botellazos y asientazo, disparó su revólver contra Salazar, causándole la muerte, y acto seguido, cuando Barragán oyó el disparo hecho a su compañero, salió precipitadamente en fuga por la puerta de la tienda que da a la calle, y yendo casi en cuclillas, agachado, en pos de su casa que da frente a la tienda, recibió un disparo por la espalda que le produjo la muerte en forma casi instantánea.

"La relación anterior está tomada de lo principal de la declaración que sobre estos mismos hechos rindió el testigo presencial, señor Jorge Olarte Quiroga, declaración básica de los hechos que se han investigado y que, a no dudarlo, constituye en cierto modo la clave de la investigación y también el éxito de la misma. Bien por este declarante excepcional que de manera firme, valerosa, sincera y honrada, ha coadyuvado en forma eficaz con la justicia y con el castigo de este doble homicidio. Más adelante el Juzgado tendrá que volver a ocuparse de la declaración de este mismo testigo presencial".

El testimonio de Olarte Quiroga, a que alude el Juez de instancia, visible a folios 3 vto. y 4, es como sigue, en su parte pertinente:

"... Como a las ocho y media del día veintidós de los corrientes, llegaron por segunda vez a mi establecimiento *Alvaro Salazar* y *Manuel Barragán* y me dijo éste que ya que la luz estaba buena que le pusiera de nuevo el disco, una ranchera que no le recuerdo el nombre, y me lo pasó porque él lo traía, y me dijo que le diera dos pedazos de salchichón por valor de cuarenta centavos; lo corté y se los pasé, y en seguida Alvaro me dijo que le diera dos costeñas, se las destapé y se las pasé; en seguida *Barragán* me dijo que le pasara otros dos pedazos del mismo salchichón, los corté y se los pasé y me dijo que le diera un pan de cinco centavos y me da dos costeñas. Estando los tipos comiéndose el salchichón entró *Juan Torres* por la puerta de la carrera o sea del costado occidental y le dijo a *Alvaro* qué hay don *Alcides Ortiz,* contestándole el muchacho, yo no soy *Alcides,* yo me llamo *Alvaro,* y entonces le dijo *Juan Torres* que para qué se cambiaba el nombre que él se llamaba era *Alcides Ortiz* y volvió el muchacho y le dijo que su nombre era *Alvaro*

Salazar; repitiéndole el muchacho que no, entonces *Juan Torres* lo agarró de esta parte de aquí (el testigo indica el hombro del lado izquierdo) y lo jaló para la puerta misma de la carrera, pero como *Alvaro* le hiciera resistencia se fueron contra el mostrador al lado de la vitrina y se le zafó; en seguida *Manuel Barragán* le tiró tres botellazos a *Juan Torres,* quien estaba solo en la carrera al pie del andén, pues no pudo sacar a *Alvaro,* y por último le mandó *Barragán* un asiento sin que me diera cuenta que le pegara en seguida a lo que le jaló el asiento, fue cuando entonces *Juan Torres* le disparó a *Alvaro* que estaba en la tienda, y quien dijo inmediatamente: ay... me jodió, y se puso la mano sobre el vientre y se fue de lado contra la pared poco a poco y cayó ahí en la tienda; *Barragán* cuando oyó el disparo que *Juan* le hizo a *Alvaro* salió corriendo por la puerta de la calle y en esas oí el disparo y entonces dijo *Juan Torres* afuera echen más botella hijos de puta; pasado un momentico y desde la carrera me dijo a mí *Juan,* eche también botella también don *Jorge* y en seguida se fue, y nada más me consta".

Como queda ya expresado, el Juez anteriormente nombrado, siguiendo el procedimiento del Decreto 0012 de 1959, dictó el fallo de primera instancia, en los términos ya anotados. El proceso siguió su tramitación regular hasta el fallo de segundo grado proferido por el Tribunal Superior de Ibagué.

DEMANDA:

El doctor Bernardo Gaitán Mahecha presentó la correspondiente demanda de casación, en la que invoca para sustentar el recurso las causales 1ª y 2ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, en los siguientes términos:

"Invoco la causal 1ª de casación del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, por ser la sentencia 'violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma', y la 2ª de la misma disposición por haberle atribuído a los hechos un valor probatorio que no tienen, lo cual determinó la indebida aplicación de la ley, por tratarse de elementos constitutivos del delito y por ende de la responsabilidad".

Los fundamentos en que apoya el recurrente su pretensión los divide en cuatro secciones, cada una destinada a demostrar sus puntos de vista en el juicio contra la sentencia recurrida, como es el objetivo del recurso extraordinario que se estudia, los que en su debida oportunidad serán objeto de minucioso análisis por parte de la Sala.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal formula algunas críticas a la demanda, por lo que considera informalidades de la misma, ya que no se ciñó el libelo a los estrictos requisitos que la técnica del recurso impone, según los textos legales pertinentes.

A este respecto dice el mentado señor Procurador:

"Los fundamentos de las causales invocadas se presentan conjuntamente dentro de la demanda, sin *ofrecerlos* separadamente para cada uno de los motivos 1º y 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. El escrito de impugnación no ofrece el relato de los hechos que dieron origen a este proceso, lo cual es de imprescindible cumplimiento cuando quiera que se *invoca* la causal segunda de casación ya que ellos son precisamente materia de la discusión a través de la mencionada causal, y en lo relativo a la errada apreciación de los hechos no se indicó cuáles normas resultaron violadas por el fallador *ad-quem,* ni el motivo de su infracción. Lo anterior significa que formalmente la demanda se apartó del mandato contenido en el artículo 531 del Código Judicial que es del tenor siguiente:

"La demanda de casación debe contener un resumen de los hechos materia de la *controversia,* y expresar la causal que se alega para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y *citando los textos legales* que el recurrente estime infringidos".

"*Si son varias las causales del recurso, se exponen en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una*". (Subraya la Procuraduría).

"... Este Despacho suple el vacío que se anota en la demanda relativo a la omisión del relato de los hechos que fueron objeto de este proceso y para tal fin prohija la versión que se halla contenida en el fallo del Juez *a-quo,* toda vez que ella reúne la realidad de los hechos procesales..."

A pesar de los anteriores reparos de índole formalista, la Corte procede a decidir el recurso, cuyas pretensiones finales se formulan así:

"*Cuarta:* Visto todo lo anterior, se concluye que el caso de *Rivera Torres* fue mal juzgado y

se le aplicó a éste una sanción que no le corresponde, ya que sólo debe responder de homicidio simplemente voluntario, en concurso real o material conforme al artículo 33 del Código Penal, pero con la atenuante del artículo 384 del mismo Código y atendiendo además al mandato del artículo 39 de la misma obra.

"El cómputo correcto sería entonces: la pena mínima del homicidio simplemente voluntario (art. 362, C. P.), es decir, ocho años, por no concurrir sino circunstancias de menor peligrosidad (art. 39, C. P.); menos la atenuante del artículo 384 del Código Penal, o sea que la pena base queda reducida a la mitad, o sea a cuatro años. Sobre cuatro años deberá hacerse el aumento que pueda ser hasta en otro tanto; pero como la sentencia recurrida aumentó solamente en una cuarta parte la pena base de quince años, esa misma proporción debe mantenerse, y en consecuencia el aumento sobre los cuatro años deberá hacerse en uno, resultando así que *Rivera Torres* debió ser condenado a cinco años de presidio y no a diez y nueve.

"Con fundamento en lo anterior, solicito que caséis la sentencia recurrida y en su lugar profiráis la que se ajuste a derecho, según lo dispuesto en el artículo 570, ordinal a) del Código de Procedimiento Penal".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Agente del Ministerio Público hace una detenida réplica a los argumentos de la demanda, que la Sala irá teniendo en cuenta a medida que ello sea conducente a la decisión del recurso, y después de este análisis en el que recorre los distintos fundamentos en que se apoya la pretensión del demandante, en los diversos aspectos que presenta el libelo, concluye así:

"Las anteriores consideraciones son suficientes para concluír que los cargos propuestos en la demanda de casación que se estudia no tienen la fuerza demostrativa suficiente para aceptar que los hechos del proceso fueron interpretados equivocadamente por parte del Tribunal *adquem,* haciendo evidente el error de hecho que haría procedente la causal segunda de casación, si, por otra parte, se hubiera comprobado que los hechos valorados erróneamente tuvieran las calidades que exige el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal en el ordinal segundo. Por otra parte, los cargos han sido insuficientes en cuanto a la mención de las disposiciones que, acerca del mérito de las pruebas, se estima fueron violadas para conducir a esa otra violación de la ley penal, que se acusa por intermedio de la causal 1ª.

"No estando demostrada la causal segunda de casación, es obvio que la primera tampoco está llamada a prosperar, habida consideración de que en este caso sería consecuencial de la inicialmente nombrada.

"Lo expuesto permite al suscrito Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicitar comedidamente a esa honorable Corporación proceda de conformidad con el artículo 569 del Código de Procedimiento Penal".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

No disiente la Corporación de las razones en que apoya el libelo la primera parte de la demanda, porque los presupuestos que allí señala son los que efectivamente corresponden a todo proceso penal, toda vez que la exégesis dogmático-jurídica, está acorde con las más puras enseñanzas de la doctrina en orden al establecimiento de una culpabilidad criminal.

Por ello, cuando el señor Procurador del procesado afirma lo que a continuación se transcribe, no hace otra cosa que sustentar verdades doctrinarias de reconocida solvencia en el campo de la teoría.

Dice, en efecto:

"Para que haya delito es forzoso que haya una actividad y que ella no esté justificada, y que pueda atribuírse a título de dolo o de culpa. Lo primero que cabe analizar, cuando se valora una acción, es si respecto de ella concurre alguna causal de justificación; negada la justificación, debe entonces estudiarse si la acción es atribuíble a título de dolo o de culpa, por no existir ninguna de las causas excluyentes de culpabilidad; supuesta la culpabilidad cabe entonces hablar de responsabilidad conforme a la respectiva norma penal que fuere aplicable, según los elementos constitutivos del delito que hayan sido probados. La tipicidad no es simplemente el hecho de que aparezca incriminada, una conducta, en la ley, sino que ésta pueda subsumirla integralmente. En el caso de *Rivera Torres,* negada la justificación y partiendo de la base de que obró con dolo, se le imputó la comisión del delito de asesinato, supuesta la comprobación de los elementos constitutivos del mismo. En esto surgió, en concepto del recurrente, la violación de la ley, porque de una parte, se aplicó indebidamente el artículo 363 del Código Penal, ya

que como se verá no se probó la totalidad de sus elementos o se le dio una indebida interpretación, y de otra se hizo caso omiso de los artículos 14 y 384 del Código Penal".

Sólo que el planteamiento anterior no corresponde con exactitud al caso *sub-judice*. De otra manera, no sería posible explicar por qué la demanda agrega otras consideraciones que no desconocen la delincuencia del incriminado, antes bien la admiten, aunque dándole modalidad diferente a como fue reconocida en la sentencia del Tribunal, de manera especial en lo tocante con la muerte de Alvaro Salazar, a la que pretende dar fisonomía de *aberratio delicti*, por error en la persona, pero sin desconocer su culpabilidad, sólo que modificándola con fundamento en los artículos 14 y 384 del Código Penal.

En efecto, en la segunda sección del libelo, se hacen estas consideraciones:

"Es evidente, señores Magistrados, que la sentencia recurrida no le da ninguna importancia al hecho de que *Rivera Torres* entendió en el momento de su acto, que estaba ante la persona de Alcides Ortiz; sin embargo admite, que en el proceso se demostró la existencia de una enemistad por decir lo menos entre *Rivera* y Ortiz, y más concretamente, de la psicosis que respecto de las amenazas tenía *Rivera*, respecto de Ortiz. Si no se hubiese ignorado el artículo 14 del Código Penal, el fallador de instancia, admitidos los elementos probatorios necesarios, habría tenido que formularse esta elemental pregunta: si en vez de Salazar la víctima hubiese sido Alcides Ortiz, ¿cuál sería la situación del procesado? Y justamente eso es lo que quiere la ley: que cuando por error o accidente se comete un delito en persona distinta de aquella contra la cual se dirigía la acción, se juzgue como si el delito se hubiese cometido en la persona contra quien efectivamente se dirigía la acción. Es decir, que en el caso de autos, ha debido cambiar, mentalmente, o hipotéticamente, el fallador, el nombre de Alvaro Salazar por el de Alcides Ortiz, con lo cual cambia sustancialmente la actitud de *Rivera* y ya no puede considerársele como un homicida que sin razón ni antecedente alguno, penetró en la tienda y ante la negativa de Alvaro Salazar de ser Ortiz, le hala del hombro y finalmente ante la acción defensiva de Barragán dispara causando la muerte de Salazar y posteriormente la del propio Barragán. Exigiendo la ley, que dadas las circunstancias probadas en el proceso, se tenga a Salazar por Ortiz, es evidente que el fenómeno se desplaza hacia la situación del artículo 384, y entonces el juicio debió hacerse considerando que respecto de Salazar (Ortiz para la ley), se incurrió en homicidio simplemente voluntario, con la atenuante del artículo 384. En cierto modo así lo consideró el fallador, sólo que respecto de la muerte de Barragán dijo que se trataba de un asesinato y aplicó la sanción por este delito aumentándola por razón del homicidio en Salazar (Ortiz para la ley). Pero como en esto reside la indebida aplicación del artículo 363 del Código Penal, veámoslo por separado, no sin antes, respetuosamente insitir en la temática del artículo 14 del Código Penal en cuanto las formas del delito aberrante o *aberratio delicti*, son el *aberratio ictus* (error en el golpe) y el error *in persona*, caso este último en que se encuentra *Rivera Torres*, al confundir ostensiblemente a Salazar con su enemigo Alcides Ortiz a quien ha debido tenerse como destinatario de la acción de *Rivera* y no a Salazar, por mandato expreso del artículo 14 del Código Penal.

"No creo necesario enunciar los elementos de prueba demostrativos de que *Rivera Torres* incurrió en error, porque el fallador de instancia es prolijo en aceptar que así fue; sólo que no le dio ninguna importancia a tal fenómeno..."

Como puede apreciarse de los enunciados anteriores, el impugnador hábilmente rehusa entrar en la demostración del error en que en su sentir incurrió Rivera Torres al confundir a Salazar con su enemigo Ortiz, al afirmar que "el fallador de instancia fue prolijo en aceptar que así fue; sólo que no le dio ninguna importancia a tal fenómeno".

Si se analiza esta parte de los considerandos del Tribunal en el fallo recurrido, se descubre sin dificultad que si bien admite una posible enemistad entre Rivera Torres y Alcides Ortiz, con base en los testimonios de Mado Ortiz de Calderón (fl. 80 y vto.), Gilberto Calderón (fl. 81 y vto.) y Abraham López (fl. 88 vto., 89 y vto.), la realidad es que ninguno de estos declarantes relata hecho significativo que otorgue categoría de *aberratio delicti* a la ocurrencia de autos, hasta el punto que permita afirmar que la confusión en la identidad de la persona haga posible colocar para la ley en lugar de Salazar a Ortiz y atribuírle a éste las circunstancias atenuantes que modifican la responsabilidad del procesado como si los motivos determinantes de la acción se encontraran evidentemente en la persona de Salazar al constituírlo hipotética o mentalmente, como lo quiere el demandante, por Ortiz.

El análisis de esas declaraciones basta para rechazar el supuesto, pues de ellas es de donde debe

surgir el fenómeno del delito aberrante, que se pretende. Si esos testimonios nada revelan en el sentido de encontrar causas determinantes que se puedan trasladar a Salazar, por error en la persona, dentro de una traslación hipotética del dolo en el sujeto pasivo sobre quien en realidad recayó la acción en la intención del sujeto activo, fundamento de aquella figura, nada implica para la justicia penal la afirmación del recurrente, que se cuidó muy mucho de demostrar su aserto, como hubiera sido de gran importancia para dar a dicha aseveración el contenido de verdad probatoria, que es indispensable para tenerlo como criterio de certeza legal en la solución del caso.

Los declarantes mencionados sólo afirman lo que sigue, que se transcribe con las propias palabras de sus testimonios:

A la pregunta formulada por el Juez que recibió la testificación de la señora Mado Ortiz de Calderón, solicitada por la defensa, en el sentido de "diga si conoce a Alcides Ortiz o Alcides Villanueva a quien se conoce con estos dos apellidos, y si lo conoce, diga cuánto tiempo hace que lo conoce, en dónde lo conoció y qué clase de relaciones tiene usted con él como igualmente cuál es el concepto en cuanto a conducta y procederes que usted se ha formado de este sujeto? *Contestó* la declarante: Sí, señor Juez; conocí al señor Alcides Ortiz desde una tarde que llegó allá al 'Veinticinco' que era como se llamaba Puerto Boyacá, el caserío vecino a la finca 'La Providencia' de don Juan Rivera Torres en donde estaba yo trabajando con mi marido; y llegó una tarde borracho con tres tipos más con una peinilla en la mano desafiando a don Juan Rivera y arriándole la madre e insultándolo con malas palabras y desafiándolo a pelear. Y al irse desde lejos le decía que en donde estuviera y en donde lo encontrara que lo mataba; y que se iba a pedirle gente al Teniente Rayo para que lo acompañara; esa es la única vez que he visto a Alcides Ortiz y no lo he vuelto a ver más".

A una pregunta formulada en el mismo sentido a la que se le hizo a la declarante, señora Ortiz de Calderón, Gilberto, del mismo apellido, responde:

"Yo a ese tipo lo conocí por aquí una vez trabajando en la hacienda de 'El Santuario' por allá en el año de 1955, y no he tenido con él ninguna clase de negocios o relaciones, lo conozco simplemente de vista, y a mí no me consta si este Ortiz es de buena o mala conducta, pues como dije antes, lo conocí trabajando. *Preguntado:* ¿Diga si usted tiene conocimiento si entre el citado Alcides Ortiz y el señor Juan Rivera Torres existe una grave enemistad, y si esto le consta, diga si sabe cuál es la causa de esa enemistad y si es verdad que este sujeto Ortiz ha venido persiguiendo a Rivera Torres con el objeto de matarlo? *Contestó:* A mí me consta, que cuando estuvimos allá trabajando en el 'Veinticinco', llegó a la finca un domingo por la tarde, y llegó borracho, con tres tipos más, y estaba armado de una peinilla y lo desafió mentándole la madre y lo invitaba a que saliera afuera a matarse con él; como ninguno le puso atención, este tipo se regresó y desde lejos le decía a todo grito que: Jijueputa, que tenía que desocuparle la casa y que tenía que matarlo en donde lo encontrara y le dijo que se iba a pedirle gente al Teniente Rayo para matarlo".

Más adelante agrega esto el mismo declarante:

"Tampoco conozco cuál sea el origen de la enemistad entre Rivera Torres y Alcides Ortiz". Esta declaración también fue solicitada por la defensa.

A igual interrogatorio que los anteriores fue sometido Abraham López, por la defensa del procesado. En lo pertinente, son de este tenor las respuestas del declarante López:

"*Contestó:* Sí, señor Juez; conozco a Alcides Ortiz y lo conocí allá en el tiempo en que estuve ye Mayordomo (se refiere a la afirmación que había hecho anteriormente de haber trabajado en la finca de Rivera Torres denominada 'Cedrogacho', en Melgar, y en su calidad de mayordomo en una finca que el procesado tenía en Puerto Boyacá en la fracción 'El Veinticinco'), pero yo no le conocía el apellido o apellidos, y sobre la conducta puedo decir que era un individuo que bebía con frecuencia y era más bien como ofensivo cuando estaba ebrio. En una ocasión pasó por la puerta de la finca y en compañía de los otros tres individuos, comenzó a ultrajar a don Juan y a mentarle la madre, y como llevaba una peinilla en la mano, le daba machete al suelo y le decía que era un hijueputa godo volteado; y entonces don Juan le llamó la atención y le dijo que tuviera en cuenta que él todo el mal que le había hecho era servirle, y entonces el tipo se fue yendo más adelante en una quebrada donde había un puentecito se paró el cliente Alcides y entonces fue cuando dijo: gran hijueputa volteado, lo que es tiene que perderse de aquí, porque lo que es yo lo mato donde lo encuentre y que si no podía él, entonces le pedía gente al Teniente Rayo, para que lo mataran y que él lo perseguiría hasta donde fue-

ra necesario. Don Juan no le salió a la molestia y el hombre se fue''.

A este mismo declarante le fue formulada la siguiente pregunta en ese mismo interrogatorio, propiciado por la defensa:

''¿Diga usted si le consta en forma personal y directa que entre el señor Alcides Ortiz o Villanueva existe o ha existido una vieja enemistad, diciendo usted por qué razones se originó esta enemistad, desde cuánto tiempo atrás existía esa enemistad, y diga si es verdad que Alcides perseguía permanentemente al señor Rivera Torres para darle muerte y que donde quiera que iba Rivera Torres iba también el señor Alcides Ortiz o Villanueva viendo a ver cómo lo podía matar, acompañado siempre de sujetos peligrosos? *Contestó:* No, señor Juez; a mí no me consta personal y directamente que entre el señor Alcides Ortiz o Villanueva y el señor Juan Rivera Torres ha existido o existe una vieja enemistad. No me consta nada más sobre estos particulares y solamente me consta el incidente que acabo de relatar habido entre ese señor Ortiz y Rivera Torres, en mi respuesta anterior''.

No se colige, pues, de las declaraciones transcritas, nada que permita concluír que en la acción del agente exista modalidad alguna que al trasladar las personas por el error de hecho en cuanto a su identidad, pueda aplicarse la norma del artículo 14 del Código Penal, como lo solicita la demanda, porque la forma de ataque intempestivo y violento a Salazar, impide reconocer atenuantes, por una parte; y por otra, porque no están demostrados fenómenos de esta naturaleza, como para darles contenido jurídico en orden a modificar la responsabilidad, y, sobre todo, porque tanto Salazar, la víctima inocente, como su compañero Barragán, hicieron todo lo posible por disuadir a Rivera Torres del error en que persistía, hasta consumar el delito que tenía ya meditado y resuelto, según lo establece la forma de actuar, con inaudita e inusitada violencia, contra el sujeto que insistía en negar que era Ortiz y a pesar de ello fue víctima de la obstinada voluntad del procesado, quien por satisfacer, sin duda, deseos de venganza, largamente acariciados, no quiso escuchar el ruego angustioso de Salazar para implorar que cesara en su confusión y no causara el mal que la violencia del comportamiento de Rivera Torres hacía presumir.

Hay, además, sobre este punto un hecho de valor incuestionable. Rivera Torres conocía de sobra a Alcides Ortiz. En el proceso hay constancia de que su conocimiento de tal persona era indiscutible. Para esto bastan las declaraciones de los mismos que relatan el encuentro ocurrido entre ellos en Puerto Boyacá y la afirmación del propio procesado en su indagatoria, cuando dice:

''Como en días anteriores había llegado el señor Alcides al campamento en donde yo trabajaba, llegó borracho con otro compañero más, tipos desconocidos de por allá de esos campos, desafiándome, que me saliera haciéndome cruces con una peinilla tres canales de 20 pulgadas, que lo que era me mataba, porque me mataba; luégo yo, a esas palabras salí de adentro del campamento y le dije: qué es lo que le pasa a usted Alcides conmigo; yo no le he hecho a usted mal, yo no le he ofendido en nada, lo que he hecho es servirle a usted en alta escala, como le serví al padre de ese muchacho; yo salí sin arma de ninguna clase y él se corrió como unos sesenta metros, como lo pueden decir los testigos que había ahí, ahí estaban Abraham López, Manuel Martínez, Evangelista Quintana, José Borda y un muchacho Heriberto N. Luégo se regresó de allá diciéndome: veníte so doble hijueputa, malparido, aparecido, ladrón, yo te tengo que matar, sea de alguna manera, si sentado lo encuentro, sentado lo mato, tengo mucho gusto de puestiarlo y si no puedo le boto la gente de arriba de los caños, yo voy a donde mi Teniente Rayo y le digo que me mande la gente para sacarlo a usted corriendo de aquí, pero usted se tiene que ir vivo o muerto''.

Como puede apreciarse, esta confesión la corroboran los testigos atrás citados, Mado Ortiz de Calderón y Gilberto Calderón, pero principalmente, salvo algunas expresiones injuriosas que no destacan estos testigos, la declaración de Abraham López, que es rotunda en el sentido de afirmar lo mismo que el procesado en su indagatoria, ello es que Rivera Torres insistía en recabar que nunca le había hecho nada a Alcides Ortiz, y por el contrario, no había hecho otra cosa que servirle ''en alta escala'', según sus propias palabras.

De dónde colegir, pues, que sea presumible siquiera que pueda confundirse una persona de la cual se tiene un conocimiento semejante, con otra que apenas se ve por primera vez y que a pesar de sus vehementes protestas de que no era Alcides Ortiz sino Alvaro Salazar, se le dispara casi a quemarropa, sin más motivo que ante lo violento e inusitado del ataque, el último rechaza a su gratuito agresor, en uso de elemental sentido de propia conservación y defensa, y así inerme recibe el golpe mortal que lo elimina.

Podría buscarse otra causa, otro motivo determinante a la acción ilícita y antijurídica del agente, en condiciones psíquicas de perturbación o desequilibrio que sirvieran para dar a su conducta en los hechos una perspectiva distinta, enfocándolos hacia alguna anomalía o anormalidad mental que permitiera su explicación. Pero nada de ello pudo conseguirse a pesar de la persistente actividad de la defensa, que con inteligencia y laboriosidad encomiables, agotó todos los esfuerzos para buscar la manera de atemperar la responsabilidad del procesado, con el propósito de conseguir para éste una penalidad más atenuada, esfuerzos que resultaron fallidos, como lo comprueba el dictamen pericial de los médicos legistas de la Oficina Central de Ibagué, cuyas conclusiones recogidas después de un detenido y científico examen del procesado, pasan a transcribirse:

"1º Juan Rivera Torres no presenta hoy, ni demuestra haber presentado alguna vez, enajenación mental, ni grave anomalía psíquica, ni estado de intoxicación crónica alcohólica o de otro origen.

"2º Presenta un estado de adherencia afectiva a un tipo de temor: ser víctima de robos o de asaltos.

"3º Por sí mismo no anómalo, ese fondo de ideas fijas no es tampoco gravemente anómalo por su grado o magnitud, hasta donde el examen permite conocerlo.

"4º Dicha adherencia afectiva o fondo de ideas fijas sólo permitirán explicar modalidades de algún hecho antisocial de su conducta, pero no asignarle carácter determinante, o causal patológica de ese hecho, por faltar elementos patológicos en el funcionalismo psíquico, hasta donde lo muestra el examen".

¿Dónde encontrar, en consecuencia, el error de hecho o error en la persona que han sido en el negocio los argumentos más efectivos esgrimidos en favor de Rivera Torres? Como se ha visto, la demanda no entra en el análisis minucioso de lo acontecido, pues se limita a una enunciación abstracta del pretendido delito aberrante que intenta encontrar en el proceso. En el recurso de casación no basta enunciar los cargos que sirven a la impugnación del recurrente sino que es menester demostrarlos en forma tal que esta demostración conlleve a la conclusión de que el Tribunal *ad-quem* cometió en la apreciación de las circunstancias del delito un error protuberante, de tan notorias características que conduzcan a una revisión de los presupuestos probatorios que se tuvieron en cuenta para establecer la culpabilidad del agente.

Si nada de esto contiene la demanda; si apenas ésta se limita a una disquisición teórica sobre lo que cree desfavorable al procesado, sin encajarla dentro de las constancias de autos, para sacar conclusiones que efectivamente demuestren la equivocación en que incurrió el sentenciador de segundo grado no es posible pretender que prospere el recurso, sobre todo con base en la causal segunda que implica en los procesos sin intervención del jurado, como es el caso de los seguidos por el procedimiento del Decreto 0012 de 1959, demostrar el error de hecho en que incurriera el Tribunal al condenar al reo.

Con base en la causal primera y como consecuencial de la segunda ya analizada, el libelo formula otros motivos de impugnación contra el fallo recurrido, los que se concretan en los siguientes apartes de la demanda:

"La sentencia recurrida calificó el acto de Rivera como asesinato diciendo que 'Y es evidente que la comisión de los ilícitos está acompañada de circunstancias agravantes'. Como bien lo apunta el A-quo, 'ambas víctimas se encontraban entregadas pacíficamente a un menester frugal, tranquilas, desprevenidas e inermes completamente'. En esas condiciones, es correcto que la responsabilidad se hubiera adecuado a la disposición del artículo 363 del Código Penal y teniendo en cuenta el concurso delictual.

"Con todo respeto, si el fallador consideró que concurría el agravante 5º del artículo 363 (indefensión), debo glosar que interpretó mal la ley, pues ignoró que la agravante denominada indefensión, supone predisposición por parte de quien la aprovecha, caso en el cual no está la situación de Rivera Torres; y porque cuando éste disparó ya se habían ejercitado por parte de Barragán actos agresivos, de ataque, violentos, como lo acepta en forma amplia la sentencia recurrida".

En apoyo de los anteriores argumentos, cita el recurrente a los tratadistas doctores Luis Carlos Pérez y Jorge Enrique Gutiérrez Anzola. Termina así esta parte de su exposición:

"Es, pues, clara y elemental la conclusión de que al calificarse como asesinato el acto de *Rivera Torres,* se incurrió en indebida aplicación de la ley, porque se le dio a un hecho probatorio un valor que no tiene, en tanto que se le consideró como elemento constitutivo del delito de homi-

cidio agravado (asesinato), cuando no lo es. En efecto, no hay prueba alguna en el proceso, al menos la sentencia no la menciona, en virtud de la cual pueda decirse que *Rivera Torres* conocía o aprovechó o preordenó la indefensión de las víctimas, que dicho sea de paso, no pueden considerarse con exclusión de los ataques, que luégo de su error, fueron lanzados contra *Rivera Torres*".

Se contesta. Como tanto el señor Juez de primera instancia como el Tribunal Superior, tuvieron en consideración el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal, para dar a los hechos la fisonomía de homicidio calificado o agravado, y sobre el cómputo de 15 años como mínimo correspondiente a uno de los delitos para elevar la pena en la proporción que señala el artículo 33 ibídem por la concurrencia real que el caso ofrece, la demanda de impugnación, enfoca también por este aspecto el problema con base en la causal primera de casación.

El primero de los funcionarios nombrados, dice al respecto: "Es evidente que ambos homicidios los consumó el procesado envueltos en circunstancias de asesinato particularmente en el homicidio de Barragán, ambas víctimas se encontraban pacíficamente dedicadas a un menester frugal, tranquilas, desprevenidas e inermes completamente. Barragán, además, como ya se vio, fue atacado por la espalda y por eso su cadáver cayó y fue hallado boca abajo. En los momentos culminantes de la tragedia, ambas víctimas se encontraban en imposibilidad de defenderse, o sea, en condiciones de absoluta inferioridad personal en relación con su inesperado agresor. Es decir, que el procesado incurrió en un doble homicidio, que con esas características toma el nombre de asesinato y está sancionado por el artículo 363 del Código Penal con la pena de 15 a 24 años de presidio.

"También es evidente que por el hecho de que el procesado causó esos dos homicidios calificados, en forma separada, y los cuales aparecen juzgados en un solo proceso, tal procesado quedó incurso en el fenómeno jurídico llamado concurso real o material de delitos, haciéndose acreedor, por lo tanto, a la pena que señala el artículo 33 del Código Penal, o sea que hay que aplicarle la sanción establecida para el más grave, que es el de Barragán".

Sobre esta base, el Juez de primera instancia, teniendo en cuenta las circunstancias atenuantes favorables al procesado y su carencia de antecedentes penales, graduó la pena dándole aplicación al mínimo de quince años que señala el artículo 363 del Código Penal, "aumentando discrecionalmente a cuatro años más, por razón del concurso material de ilícitos a que hace referencia el artículo 33 ibídem".

Por su parte el Tribunal, al fijar la dosimetría penal, hace las siguientes consideraciones: "Y es evidente que la comisión de los ilícitos está acompañada de circunstancias agravantes. Como bien lo apunta el *a-quo* 'ambas víctimas se entregaban pacíficamente a un menester frugal, tranquilas, desprevenidas e inermes completamente'. En esas condiciones, es correcto se hubiere adecuado a la disposición del artículo 363 del Código Penal, y teniendo en cuenta el concurso delictual.

"La dosificación de la pena principal no merece ningún reparo. Los diez y nueve años de presidio que se le han impuesto, son justamente la medida de la sanción a que se ha hecho acreedor Rivera Torres".

El numeral 5º del artículo 363, es como sigue:

"5º Con cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, como la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento".

Tres principales tendencias ha seguido la interpretación de este texto del estatuto penal, las que se pueden conjugar en estos interrogantes:

a) ¿Las circunstancias que señala el ordinal transcrito necesitan para darle categoría de homicidio agravado al hecho haber sido puestas por el agente?

b) ¿Podrá considerarse que esas circunstancias puedan ser de cualquier índole, o de modo necesario es preciso que sea una de las previstas en el mismo ordinal, esto es, la insidia, la asechanza, la alevosía o el envenamiento?

c) ¿Dichas circunstancias pueden presentarse fortuita o casualmente y sean entonces aprovechadas por el agente para consumar el delito?

Al interrogante planteado en primer término se da respuesta por los intérpretes con la contestación de que al emplear el texto la expresión "ponga a la víctima en condiciones de indefensión", se quiere significar con ello que debe haber por parte del agente algo preordenado al delito, que surja por obra del mismo o de la actividad de un tercero, de lo cual aquél se aprovecha para conseguir el menor riesgo y asegurar el golpe.

En cuanto al segundo de los interrogantes propuestos, él ha servido para que se elabore la doctrina de que la sola indefensión o inferiori-

dad de la víctima no es suficiente para que se le dé al homicidio la categoría de asesinato, pues es menester para que ello ocurra que esas dos condiciones, diversas entre sí, ya que el Código emplea la disyuntiva "o" para separarlas a fin de conjugar dos modalidades distintas de ejecución, las cuales deben estar comprendidas entre las que de modo taxativo enumera el mismo ordinal, que no son meramente enunciativas, esto es la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento.

A juzgar por la cita que hace la demanda del distinguido penalista doctor Luis Carlos Pérez, este autor se pronuncia por la tesis de que "las formas de insidia a que se refiere el numeral 5º, son las que el agente procura o busca, aquellas que calculadamente ha hecho propicias para sorprender a la víctima". Este mismo tratadista califica de "equivocada" la jurisprudencia de la Corte, que se sintetiza en el siguiente concepto con referencia expresa al ordinal 5º en cuestión: "lo esencial es que sorprenda a la víctima en estado de indefensión y que esa circunstancia sea aprovechada por el delincuente".

Según lo anterior, las solas circunstancias de inferioridad o indefensión no son bastantes para darle categoría de asesinato al homicidio.

Aunque la demanda invoca también el criterio de otro distinguido penalista, el doctor Jorge E. Gutiérrez Anzola, afirmando que es favorable a su tesis sobre las pretensiones del recurso, los siguientes apartes que comentan el ordinal 5º del artículo 363, fijan el criterio del mencionado autor, que no armonizan exactamente con el parecer del demandante:

"La forma empleada por esta norma indica que cualquiera que sea el medio usado para poner a la víctima en condiciones de indefensión e inferioridad, convierte en asesino al delincuente. Por vía enunciativa, el Código se refiere a las siguientes posibilidades que implican poner a la víctima en condiciones de inferioridad o indefensión: la insidia, la asechanza, la alevosía y el envenenamiento. Procede entonces el estudio de esos fenómenos pues el significado de cada uno de ellos es diverso y hay que desentrañar su verdadero sentido jurídico: En la crítica hecha al numeral de la premeditación, se dejaron establecidas en forma diáfana las razones por las cuales se debía desechar tal agravante. Ahora, en la exégesis de los numerales 5º y 6º que veremos a continuación se comprueban aquellos argumentos, dándoles una base objetiva.

"En efecto, los numerales 5º y 6º del artículo 363 contemplan los diferentes modos de ejecución del homicidio que demuestran una personalidad cobarde y peligrosa. Esas circunstancias son las que hacen verdaderamente ominosa la acción del matador. Por la elaboración física que requieren para ser usadas eficazmente necesitan ser acogidas, fenómeno de selección que implica el juicio intelectual. Esta reflexión en la escogencia de los medios indica peligrosidad del agente; y aun en el caso de que esa selección la haga un impulsivo, sin meditar claramente sobre aquella actitud, sino más bien reaccionando en forma apasionada e intempestiva, no se atenúa su peligrosidad ni se aminora su cobardía. El hecho objetivo y material de usar los medios insidiosos de los numerales 5º y 6º, indica de por sí una excepcional peligrosidad en el agente.

"Para que las circunstancias de los numerales citados sean consideradas agravantes, no es necesario que físicamente sean preordenadas por el delincuente. La peligrosidad radica en el *aprovechamiento* ocasional o premeditado de tales circunstancias. Igualmente no importa que la circunstancia *aprovechada* por el autor, ocasional o premeditada, esté constituída por la acción positiva de éste, quien ordena todos los actos materiales o morales a fin de conseguirla, sino que puede ser condición residente en la propia víctima, circunstancia de inferioridad aprovechada intencional y malévolamente". (*"Delitos contra la vida e integridad personal"*, págs. 72 y 73).

Tal vez podría explicarse la discrepancia de opiniones en cuanto a las modalidades que ofrece el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal, para elevar el homicidio a la categoría de asesinato si se tiene en cuenta que también en el seno de la Comisión redactora del estatuto vigente, tales discrepancias se presentaron entre los miembros de la misma al elaborar el proyecto que vino a ser la Ley 95 de 1936.

En efecto, el doctor Carlos Lozano y Lozano, al hacer referencia con amplitud a las dificultades para estructurar una norma semejante, pues el hecho "de haberse adoptado esas circunstancias para todos los delitos, lleva la dificultad de hacerlos encajar en el delito de homicidio", y como "lo que sí debe merecer la atención de la ley es la aplicación del propósito criminoso a la escogencia cautelosa de los medios eficaces para realizar el delito con el mínimo de peligro para el agente y el máximo de indefensión para la víctima", y después de referirse a estos medios, en amplia exposición, en síntesis de sus puntos de vista, presenta la siguiente fórmula que contiene algunas de las varias circunstancias que agravan el homicidio y le dan el carácter de asesinato:

"La insidia y la asechanza, o sea los procedimientos morales y materiales, tendientes a sorprender descuidada a la víctima y colocarla en condiciones de indefensión. El envenenamiento se considera como forma insidiosa de homicidio".

Distinto fue el criterio del doctor Parmenio Cárdenas, en referencia al ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal, para el cual propuso a la discusión este texto:

"Con el concurso de algunas de las circunstancias indicadas en los numerales 6º, 7º, 8º y 10º del artículo 39", esto es, el que corresponde en la numeración del estatuto vigente al artículo 37 de la Parte General que reglamenta las circunstancias de mayor peligrosidad. Se comprende de esta suerte que el citado vocal de la Comisión lo que pretendía con su fórmula no consistía en otra cosa que a cada una de aquellas circunstancias, cuando no fueran constitutivas de mayor peligrosidad, debería dárseles capacidad suficiente para elevar el homicidio a la más alta categoría de dolo, como es la del asesinato.

Por su parte, el doctor Rafael Escallón propuso esta otra fórmula:

"Artículo. Hay circunstancias de asesinato cuando habiendo precedido una preparación ponderada del hecho, concurren además alguna o algunas de las circunstancias siguientes:

"1º Sobre seguro o a traición o alevosía.

"2º Con sevicia".

La anterior fórmula fue presentada por el doctor Escallón, consecuente con las ideas expuestas en sesiones anteriores "encaminadas a la demostración de la tesis de que el asesinato no debe contemplarse como un fenómeno jurídico separado de la figura del homicidio, y también con el anhelo de armonizar las distintas opiniones expuestas en la discusión, sobre todo la del doctor Lozano, que enfoca el problema de la premeditación de modo principal en la circunstancia de colocar el agente a la víctima en condiciones de inferioridad, presenta la siguiente fórmula, como ordinal 5º del artículo 2º de este Capítulo del Homicidio:

"5º Con cualquier circunstancia preordenada del delito, que ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inseguridad, como la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento".

De las trascripciones anteriores resultan notorias las discrepancias entre los autores del proyecto del Código Penal, en orden a señalar las modalidades del ordinal 5º del artículo 363. Este texto fue aprobado por mayoría en el seno de la Comisión, contra el parecer del doctor Cárdenas. Pero como éste hacía parte del Congreso, cuando se discutió el proyecto en el Senado, se opuso a que fuera adoptado en su forma original, hasta lograr que privara su criterio y a dicho ordinal le fuera suprimido el concepto de que dichas circunstancias tuvieran el carácter de "preordenadas al delito", uno de los puntos en que se manifestó con mayor energía la discrepancia entre los miembros de la Comisión.

De donde se concluye, de conformidad con una interpretación histórica de dicho texto, la razón de la Corte cuando en reciente jurisprudencia afima: "que la mencionada circunstancia de asesinato abarca también los casos en que el delincuente 'sorprende descuidada e indefensa a la víctima, sin que hubiese tenido tiempo ni oportunidad de la menor ordenación de los medios o forma de ejecución del delito', tal como lo sostuvo el doctor Cárdenas".

Ya desde el año de 1943 la Corte, en sentencia de 9 de febrero del citado año, *Gaceta Judicial* números 1993 a 1995, página 90, sentó la siguiente doctrina:

"No exige la ley para la existencia de asesinato, de actos insidiosos de parte del homicida a fin de engañar a la víctima y llevarla desprevenida al sacrificio, con seguridad y sin peligro para el acusado.

"Siempre se ha considerado asesinato el homicidio con carácter de gravedad por la cobardía, la perversidad, el poco riesgo que corra el delincuente a causa de la inferioridad o indefensión en que se encuentre la víctima. Y así hay muchos casos en que existe esta excepcional gravedad sin que de parte del acusado se haya acudido a la insidia para eliminar al ofendido, como cuando se sorprende dormido al enemigo y se le da muerte, o se acecha o ultima en una emboscada, o se coloca veneno en sus alimentos.

"Lo esencial en todos estos casos es que se sorprenda indefensa a la víctima y que el agresor se aproveche de esa indefensión, con cobardía o deslealtad de su parte y una notable inferioridad en el sujeto pasivo del delito. Si el legislador hubiese pensado en exigir una serie de actos pérfidos de parte del acusado, tendientes a obtener la indefensión o inseguridad de la víctima, no habría puesto como ejemplo el homicidio por medio del veneno o con alevosía, ya que ocurren muchos casos en que se asegura el golpe sin haberle fingido a la víctima amistad,

sin haberla engañado con artimaña alguna capaz de obtener la indefensión".

La misma Corte ha ratificado igual jurisprudencia en las sentencias de 5 de marzo de 1947, *Gaceta Judicial,* tomo LXII, números 2050-51, página 769; 28 de enero de 1953, *Gaceta Judicial,* tomo LXXIV, páginas 180-1; 7 de febrero de 1955, tomo LXXIX, número 2150, páginas 581-2, y 16 de diciembre de 1957, *Gaceta Judicial,* tomo LXXXVI, números 2186 a 2191, páginas 687-8.

Procede la Sala a transcribir, cuando menos, las tres últimas doctrinas mencionadas:

"En efecto, los fenómenos de la indefensión o inferioridad no es posible juzgarlos independientemente de las condiciones en que el hecho se cumple. Bien puede ejecutarse éste cuando el agente, conociéndolas, se aprovecha de ellas para la ejecución del delito con las mejores condiciones para su propia seguridad personal, o cuando circunstancialmente, esto es, en forma no preordenada, aprovecha la ocasión que le depara la certeza de que la víctima se encuentra desprevenida o indefensa, y así asesta un golpe mortal o la lesión personal, ocultando la intención, fingiendo amistad a otro, de cualquier modo que implique deslealtad o forma artera en la ejecución del delito. De aquí que pueda afirmarse que la indefensión o la inferioridad del agente pasivo constituyen casi siempre alguna forma de insidia, de alevosía o asechanza, entendiendo por cada una de estas modalidades que al obrar de esta suerte, el delincuente lo hace con la certidumbre de que su víctima no podrá oponer ningún género de resistencia al proditorio designio de vulnerarlo con el mínimo de riesgo para el agresor.

"Como lo dijo la Corte: El artículo 363 del Código Penal en su numeral 5º sólo determina algunas de las condiciones en las cuales se pueda colocar a la víctima en estado de indefensión o inferioridad; pero estas circunstancias (insidia, asechanza, alevosía, envenenamiento) no tienen el carácter de taxativas, sino de enumerativas, y el juzgador goza de la amplitud necesaria para asignarle esa cualidad a cualquiera otra condición similar que coloque a la víctima en situación de indefensión o inseguridad". (Sentencia de 28 de enero de 1953).

Dijo así la Corte en sentencia de 7 de febrero de 1955:

"Todas las formas dolosas y cobardes de cometer homicidio y lesiones personales con un mínimo de peligro para el agresor y un máximo de indefensión para la víctima, quedan comprendidas en la circunstancia calificante de la *alevosía.* Este vocablo tiene hoy en la doctrina un sentido amplísimo, equivalente a sorprender al ofendido descuidado e indefenso, para darle el golpe con conocimiento o apreciación, por parte del agente, de esas condiciones de impotencia en que se halla el sujeto pasivo del delito. La alevosía tiene, pues, un contenido objetivo y subjetivo, sin que sea de su esencia la premeditación. La dicha agravante se traduce generalmente en la ocultación moral y en la ocultación física. La primera, cuando el delincuente le simula a la víctima sentimientos amistosos que no existen o cuando le disimula un estado de alma rencoroso. La ocultación física, cuando se esconde a la vista del atacado, o se vale de las desfavorables circunstancias de desprevención en que se encuentra.

"El estado de indefensión de la víctima puede, por lo tanto, ser creado de antemano por el agresor, o puede no serlo, como en la hipótesis de que vea a aquella descuidada y se aproveche de esa situación para acometerla pérfidamente. En ambos casos hay alevosía, aunque en el primero, el delincuente revela mayor peligrosidad y debe ser reprimido con más energía al adaptarle la sanción dentro de los límites mínimo y máximo señalados por la respectiva norma penal.

"El artículo 363, ordinal 5º, del estatuto represivo eleva a la categoría de asesinato el homicidio doloso cometido "con cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, como la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenamiento".

"Como se ve, el precepto es muy general al configurar 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 muerte. Por lo cual, la insidia, la asechanza, la alevosía o el envenenamiento que allí se mencionan no son sino ejemplos de los modos perversos y desleales como se puede matar a una persona.

"... En síntesis: conforme al ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal, hay asesinato no sólo 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".

En fallo de 16 de diciembre de 1957, dijo la Corte:

"Se ha dicho que como este último ordinal se refiere a la circunstancia que 'ponga' a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, es menester que haya sido creada por el victimario; esta interpretación no tiene asidero en la misma redacción, en la letra del artículo; nótese que se exige que medie circunstancia que 'ponga' a la víctima en aquellas condiciones, pero no se dice que el victimario ponga a la víctima dentro de la circunstancia. Y ello es obvio, porque sería inaceptable que, existiendo un estado que por sí mismo coloca a la víctima en condiciones de inferioridad o indefensión, no creado por el victimario, como en el sueño natural, esperado por aquél para matar —ejemplo ya puesto por la Corte en otra ocasión—, no se considerara el hecho como asesinato sino como homicidio simplemente voluntario, agravado con la circunstancia de mayor peligrosidad de que trata el artículo 37 del Código Penal. Como se echa de ver, por la redacción y el sentido, tanto del artículo últimamente citado, como de aquel con quien se le compara, o sea, el 363, no surge el que, necesariamente, la circunstancia desfavorable a la víctima —artículo 37— o la circunstancia que ponga a la víctima en estado de inferioridad o de indefensión —artículo 363—, sean creadas por el agente. Lo esencial es que exista el estado de inferioridad o de indefensión y que el agresor proceda no obstante dicho estado precisamente, con cobardía de su parte, dada la superioridad sobre la notable inferioridad o la indefensión en que se encuentra la víctima, aun por causa independiente de la acción directa del mismo agresor".

De lo anterior se concluye que dentro de la doctrina y la jurisprudencia la circunstancia 5ª del artículo 363 del Código Penal, debe tomarse como una modalidad de asesinato, en que la indefensión o inferiodad de la víctima puede presentarse como fortuita u ocasional, siempre que sea aprovechada por el agente para consumar el delito sin el menor riesgo para él, ya que las formas que puede revestir esa inferioridad o indefensión en el dicho ordinal no son taxativas y sí meramente enunciativas. Así lo proclama, a mayor abundamiento, la expresión que emplea el texto "cualquier circunstancia", que gramaticalmente significa en alguna de sus acepciones, "sea cual fuere". De esta suerte, sea cual fuere la clase de indefensión o inferioridad en que la víctima estuviere colocada en el momento de cometerse el homicidio, su simple aprovechamiento por el agente implica asesinato.

Tiene razón el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, cuando afirma:

"El haberse estimado plenamente comprobada la circunstancia, que eleva el homicidio a la categoría de asesinato, consistente en que el evento punible fue cometido aprovechando las condiciones de indefensión e inferioridad de las víctimas, en las cuales quedaron situadas merced a la agresión imprevista de Rivera Torres, no implica error de hecho manifiesto en cuanto a la valoración de las probanzas de autos, cometido por el Tribunal *ad-quem* en la sentencia demandada. En verdad se tiene, con apoyo del testimonio de Olarte Quiroga (fl. 3 del cuaderno 1º), lo siguiente:

"Tanto *Alvaro Salazar* como *Manuel Barragán* se hallaban en el establecimiento de Olarte dedicados pacíficamente a procurarse alimento frugal, cuando irrumpió en el lugar el procesado *Rivera Torres* a quien le denominó *Alcides Ortiz*, hecho que determinó el repudio de tal identidad, en dos ocasiones, por parte de Salazar. Y sin que mediara ofensa de éste, el mismo Rivera Torres procedió a agredir de obra a Salazar, por lo cual su compañero Barragán se vio precisado a tratar de proteger a su amigo para lo cual lanzó unas botellas y una silla contra el imprevisto agresor, pero sin que ello tuviera resultado positivo por cuanto *Rivera Torres* haciendo uso del arma de fuego que portaba resolvió disparar contra Salazar, primero, y luégo contra Barragán, después, cuando éste emprendía la fuga. Si lo anterior se hace evidente y halla respaldo en el testimonio de *Heriberto Aunca* (fl. 17, cuad. 1º) es obvio que sí está plenamente comprobado que el ataque de Rivera Torres se produjo cuando la indefensión e inferioridad de las víctimas fue aprovechada por el reo, porque, ¿cómo explicar que Salazar y Barragán no hubieran reaccionado oportunamente para evitar el ataque imprevisto para ellos, en el cual era protagonista Rivera, si no hubieran sido sorprendidos por el comportamiento injustificado del procesado?, ¿cómo explicar el resultado fatal para ellos si no se hallaban en condiciones de indefensión, ante el certero disparo del arma de fuego de Rivera Torres, o al menos de inferioridad por las circunstancias en que se hallaban cuando fueron agredidos?, y nada disminuye el decir que tales condiciones (indefensión e inferioridad), no fueron preordenadas por el agresor, porque ello no desnaturaliza la agravante del artículo 363 descrita en el ordinal 5º, tal como lo estima la honorable Corte..."

No puede aceptarse la aseveración de la demanda al afirmar que "cuando éste (Rivera Torres) disparó ya se habían ejecutado por parte

de Barragán actos agresivos, de ataque, violentos, como lo acepta en forma amplia la sentencia recurrida".

Pero olvidó el recurrente que en las circunstancias en que actuó Barragán se perfila más que todo un intento defensivo por parte de éste en favor de Salazar, quien a pesar de insistir que no era Alcides Ortiz y de tratar por todos los medios de sacar a Rivera Torres del error en cuanto a su identidad, fue violentamente atropellado por el procesado, instantes en los cuales intervino Barragán en defensa de su amigo, con quien compartía en esos momentos una frugal comida y bebía unas cervezas. Así lo reconoció el propio Tribunal, cuando al detallar los sucesos afirma que ante la violencia desplegada por Rivera contra Salazar al negarse éste a aceptar lo que la fantasía del procesado creaba atribuyéndole distinta identidad... "Barragán no podía permanecer impasible ante esa provocación y ataque imprevistos contra su compañero". O como dice el Juez de instancia (fl. 192 del cuad. 1º), "sin que de parte de las víctimas hubiera habido el menor gesto de ataque y provocación hecha al victimario, si se exceptúa la reacción natural que se produjo en Barragán en defensa de su amigo y compañero Salazar".

Las razones expresadas en la parte motiva de esta providencia, demuestran a las claras que las causales invocadas en la demanda no pueden prosperar.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, NO CASA la sentencia materia del recurso, a que se ha hecho referencia.

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

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

POSESION ILEGAL DE ARMAS, MUNICIONES Y EXPLOSIVOS. — PREVALENCIA DE LA LEY FAVORABLE EN MATERIA PENAL. — ACUMULACION Y CONEXIDAD

Se invalida la sentencia recurrida y se ordena reponer parte del proceso. Sólo la granada, encontrada en la vivienda del procesado, era de uso exclusivo de las Fuerzas Armadas, no así el grass antiguo, los cartuchos y la escopeta. Aplicación indiscriminada del procedimiento establecido en el artículo 2º del Decreto 284 de 1958.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Si por conexidad se entiende el vínculo de enlace entre hechos delictuosos de diversa naturaleza cuando persiguen idéntica finalidad, es claro que en el caso de autos se da este fenómeno, y no el muy distinto de la acumulación.

2. Si se confronta el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales con el que establece el artículo 2º del Decreto 284 de 1958, se pone claramente de manifiesto que al procesado se le aplicó una legislación más restringida que la que le correspondía para su juzgamiento.

3. Será siempre violatorio tanto de la ley como de la Constitución el imponer en un proceso un régimen excepcional en materia de procedimiento, cuando corresponden al juzgamiento otras instituciones más favorables en lo tocante al derecho inalienable de defensa.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, siete de febrero de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 30 de enero del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior Militar condenó al señor Hernando Rodríguez Rodríguez, como responsable "del delito de *posesión de artefacto explosivo de uso privativo de las Fuerzas Armadas*", a la pena de cinco años de presidio y accesorias correspondientes.

ANTECEDENTES:

El 4 de junio de 1959 las Fuerzas de Policía se dirigían a la fracción rural llamada "Neme", Municipio del Valle de San Juan, Departamento del Tolima, con el objeto de capturar al señor José Gregorio Rodríguez, sindicado de la muerte del señor Luis Lopera. Aquél vivía en compañía de su hermano, señor Hernando Rodríguez, y al efectuar una ronda en la casa donde ambos moraban, fueron encontrados un grass antiguo, seis cartuchos para el mismo, una escopeta de fisto y una granada de piña de fabricación americana.

De tales hechos conoció inicialmente el Juzgado 30 de Instrucción Penal Militar, el cual los calificó como constitutivos del delito de porte ilegal de armas y en esa suerte decretó la detención preventiva del señor Hernando Rodríguez.

Culminada la etapa investigativa, el Comando de la Sexta Brigada, en fallo del 15 de septiembre del año pasado, condenó al procesado a la pena de seis años y dos meses de presidio y accesorias del caso, fallo que el Tribunal Superior Militar reformó en el suyo del 30 de enero, también del año pasado, para dejar la pena principal en cinco años.

DEMANDA DE CASACION:

Contra el expresado fallo de segunda instancia interpuso el recurso de casación el señor Fiscal Primero de la entidad que lo profirió, funcionario que, en el término legal y con arreglo a las exigencias de la ley, presentó la respectiva demanda, donde invoca como causales de impugnación las previstas en los ordinales 4º, 2º y 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Aduce el recurrente tres motivos fundamentales por los cuales cree que la sentencia es violatoria de la ley procedimental, por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad. Son ellos:

a) Haberse incurrido en error en cuanto a la denominación jurídica del delito (''ordinal 8º del Art. 198 del C. de P. P.'')

b) Haberle aplicado al proceso el procedimiento del Decreto 0284 de 1958, el cual resulta desfavorable al sindicado ''en razón de los delitos investigados que eran conexos y sometidos a trámites procedimentales diferentes''. Con ello resulta violado el artículo 26 de la Constitución al no haberse observado la plenitud de las formas propias del juicio, en concordancia con el artículo 3º del Código Penal, artículo 6º del Código de Justicia Penal Militar y artículo 5º del Código de Procedimiento Penal.

c) Haberse aplicado igualmente el procedimiento del Decreto 0284 de 1958, que sanciona el porte y la tenencia ''de armas privativas de las Fuerzas Armadas'', a un grass y una escopeta que no son de uso exclusivo de las mismas.

En orden a darle mayor consistencia jurídica a los argumentos expuestos, el impugnador hace las siguientes observaciones:

''...El delito por el cual se juzgó a Hernando Rodríguez fue el de porte ilegal de armas, queriéndose aplicar el principio de la 'acumulación' cuando este principio sólo puede caber en hechos criminosos consecutivos y en nuestro caso, los hechos se dan en el mismo tiempo y lugar al ser decomisados unos elementos estimados por la ley, algunos de éstos, como de mayor peligrosidad que los otros, siendo ambos cuerpos del delito de similar naturaleza, armas y explosivos, viniéndose a dar aplicación al artículo 53 del Código de Procedimiento Penal que dispone: 'cuando se acumulen los juicios que estuvieren pendientes contra un mismo procesado, conocerá de ellos el Juez competente para conocer del delito más grave' ''.

Afirma el recurrente que se trataba en el caso de autos de hechos ''conexos'' que han debido ser juzgados por un mismo Juez, y que no obstante la conexidad, las normas aplicables eran las del Código de Justicia Penal Militar.

Discrimina el libelo entre ''conexión'' y ''acumulación'' y afirma que como se trata del primer caso, ''ya que los actos surgieron a un mismo tiempo y en un mismo lugar, y frente a un mismo sujeto'', es aplicable el artículo 54 del Código de Procedimiento Penal que ordena investigar y fallar los delitos conexos en un mismo proceso.

En cuanto al error cometido en la calificación jurídica de la infracción, manifiesta el recurrente que en la primera instancia se le denominó ''porte ilegal de armas, municiones y explosivos de uso exclusivo de las Fuerzas Militares'', incluyéndose el grass viejo y la escopeta de fisto que, según peritación, no son de uso privativo del Ejército, calificación que el Tribunal Militar acogió, pero sin que hubiera absuelto al sindicado del cargo relativo a porte y posesión de armas no propias de las Fuerzas Militares, lo que ha debido hacer, circunstancia que da cuenta de un error protuberante del juzgador *ad-quém*.

Sostiene la demanda, además, que la sentencia es violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad, toda vez que al procesado se le acusó de hechos calificados como ''acumulados'', no obstante ser ''conexos'', y así ha debido aplicarse la ley más favorable, esto es, el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales, que ofrece mayores garantías al procesado que el juicio breve y sumario. Al respecto se hace la siguiente consideración:

''...En los procedimientos primeramente citados haya o no investigación previa, una vez dada lectura a todas las piezas procesales en presencia de los integrantes del mismo, existe un período para la práctica de pruebas, en el cual los distintos miembros del Consejo, ya sean los Vocales, Fiscal y Defensor, solicita las que sean practicables inmediatamente y conducentes para la finalidad buscada, haciéndose una vez terminado el período investigativo un cierre de la etapa sumaria y entrándose a calificar inmediatamente al elaborar los cuestionarios el delito o delitos investigados, formulándose para cada delito y cada sindicado un cuestionario diferente. Una vez efectuado lo anterior se da traslado de las diligencias por el término de tres horas al Fiscal y al Defensor, ya conociendo los cargos sobre los cuales deben suscribir el debate

oral o sea que sencillamente se ha formulado el pliego de cargos de los que debe defenderse el sindicado. Reanudado el debate, hace uso de la palabra una sola vez el señor Fiscal y el Defensor y el reo o procesado si lo desea, luégo de lo cual entra el jurado a decidir en conciencia, habiendo previamente valorado las argumentaciones de la Fiscalía y la defensa, las que consignará en la respuesta a la pregunta que previamente se ha formulado. Efectuado lo anterior, se procede a verificar el escrutinio de donde resulta el veredicto, el cual puede o no ser acogido por el Juez de Instancia, quien procede a dictar el fallo en derecho que, si no fuere apelado, debe consultarse con el Juzgador de Segunda Instancia''.

De tan erudita exposición deduce la demanda que en el Consejo de Guerra ''se tiene en cuenta las condiciones humanas del sujeto y la 'responsabilidad'; puede haber cometido el hecho y no ser responsable; en el otro procedimiento no hay lugar a esta apreciación humana y sus consecuencias jurídicas''.

De todo lo anterior concluye el recurrente que se está ante un caso de nulidad constitucional por haberse aplicado un procedimiento desfavorable al reo, en el que los jueces de instancia juzgaron ''hechos fuera de su competencia''.

En resumen dice el libelo que ''el Juez era uno mismo, los hechos conexos eran los mismos, pero se aplicó una disposición procesal que limitaba en forma apremiante las garantías del sindicado y se le abandonó a su propia desgracia, sin ni siquiera definirle su situación dentro de los términos legales''.

Dice la demanda que en virtud de las disposiciones dictadas durante el estado de sitio (Decreto 0943 de 1955), ''todos los delitos cuyo conocimiento corresponde a la Justicia Militar deben tramitarse por Consejos de Guerra Verbales, exceptuando los casos expresa y especialmente contemplados en el otro Decreto posteriormente dictado bajo la misma emergencia, esto es, los delitos de abandono del puesto, abandono del servicio y deserción, sujetos a procedimiento especial, artículo 590 del Código de Justicia Penal Militar, cuya tramitación anterior por Consejos de Guerra Verbales quedó subrogada especialmente, con señalamiento independiente de procedimiento''.

Observa, finalmente, el impugnador, refiriéndose a la nulidad constitucional planteada en el caso de autos, lo siguiente:

''La deficiencia en la aplicación del Decreto 0284 de 1958, ocasionó la irregularidad de la tramitación en el proceso penal a que nos hemos referido. No se niega la competencia del Comando de la Brigada como Juez de primera instancia, lo que se niega es la juridicidad de aplicación del Decreto ya citado, por ser un procedimiento especial imprimido para un caso singular, para las *armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas* y no para nuestro caso, en que había *armas de uso no privativo* de las Fuerzas Armadas y una granada que sí era de uso exclusivo de las mismas. Es un solo hecho violatorio de dos disposiciones de la ley penal''.

Los anteriores motivos llevan al señor Fiscal del Tribunal Superior Militar, recurrente en casación, a solicitar a la Corte que invalide el fallo recurrido y proceda de conformidad con el ordinal b) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, reponiendo el procedimiento a partir del auto en que se ordenó el cierre de la investigación.

Como la causal cuarta invocada está llamada a prosperar dentro del recurso, la Sala considera innecesario el estudio de la 2ª y 1ª que el recurrente también sustenta con amplitud en la demanda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

El señor Brigadier General Manuel Prada Fonseca, Procurador Delegado de las Fuerzas Militares y Policía Nacional, se manifiesta acorde con los planteamientos hechos en la demanda de casación. Dice al respecto:

''La Procuraduría considera que el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales transcrito por el señor Fiscal, es más favorable al sindicado, que el establecido en el artículo 2º del Decreto 0284 de 1958, que establece: '' . . . '' ''Pues, basta considerar que en el Consejo de Guerra Verbal interviene el jurado y que la sentencia debe pronunciarse de acuerdo con el veredicto, para concluír que el procedimiento aplicado en el fallo del Tribunal Militar es menos favorable para el sindicado''.

En tal virtud, el señor Agente del Ministerio Público, solicita a la Corte que case la sentencia materia del recurso por haber sido pronunciada dentro de un juicio viciado de nulidad.

SE CONSIDERA:

La prueba pericial es de gran valor en este caso para apreciar los distintos factores jurídicos que gravitan sobre el hecho. Esa diligencia del proceso dice lo siguiente:

"Tenemos a la vista un Grass de los antiguos, sin número, ni marca, perilla horizontal, de hierro quemado, calibre veintiocho (28), está en condiciones de prestar servicio como arma de fuego, representa un valor comercial de ochenta pesos ($ 80.00). Examinamos seis (6) cartuchos para la misma arma de fuego, se encuentran en buen estado. También tenemos a la vista una granada de piña D-5 de fabricación americana, en buen estado, la apreciamos en la suma de treinta pesos ($ 30.00), precio militar. De todo lo reconocido lo único que es de uso privativo de las Fuerzas Armadas es la granada D-5".

Es manifiesto, según lo anterior, que en los hechos atribuídos al sindicado Rodríguez se presentan dos fenómenos de muy distinta naturaleza jurídica, comoquiera que corresponden a dos aspectos distintos de una misma infracción, en la que la conexidad juega papel principalísimo para determinar la jurisdicción que corresponde a su juzgamiento.

Si por conexidad se tiene el vínculo de enlace entre hechos delictuosos de diversa naturaleza cuando persiguen idéntica finalidad, es claro que en el caso de autos se da este fenómeno, muy distinto de la acumulación, porque el último apenas gravita en orden a la dosimetría de la pena, cuando se trata de hechos consecutivos frente a las normas que rigen al concurso ideal de delitos. Siendo esto así, es manifiesto que al juzgar a Rodríguez por el delito de porte ilegal de armas de uso exclusivo de las Fuerzas Armadas, no podría atribuírse igual consecuencia jurídica al hecho de encontrar en su poder armas de fuego que no tienen las características que requiere aquel uso exclusivo de las Fuerzas Armadas. Por este aspecto es indudable la inconsecuencia o contradicción en la sentencia recurrida, porque aparte de darle al delito una denominación que no le corresponde, se impuso al reo una pena sobre la base de la acumulación jurídica cuando lo pertinente habría sido absolverlo por uno de los cargos, cual es el de tener en su poder armas de fuego de uso no exclusivo de las Fuerzas Armadas, desde luego que el delito cuya conducta podía reportar una acción de reproche penal, lo configura la tenencia de la granada de piña, explosivo éste sí de uso exclusivo de las Fuerzas Armadas.

La Corte está acorde con las argumentaciones de la demanda en este mismo orden de ideas, las que sintéticamente fueron reproducidas en la parte correspondiente a la misma.

Por lo demás si se confrontan las disposiciones del Código de Justicia Penal Militar (Decreto 0250 de 1958) en su Título VI, Capítulo II con el Decreto 0284 de 1958, se pone claramente de manifiesto que al procesado se le aplicó una legislación más restringida que la que le correspondía para su juzgamiento. Desde este punto de vista tiene razón el recurrente al afirmar que "estamos frente a una nulidad constitucional por haber aplicado en este caso el Juez de 1ª y 2ª instancia una tramitación procesal más drástica, más desfavorable para el reo juzgando hechos fuera de su competencia, y en consecuencia se han violado las 'formas propias de cada juicio' y no se ha aplicado la ley más favorable al reo".

Tanto la Constitución Nacional en su artículo 26, como el artículo 3º del Código Penal, 5º del Código de Procedimiento Penal y el artículo 44 de la Ley 153 de 1887, consagran en forma categórica el principio de la retroactividad de la ley permisiva o favorable en materia penal, canon que se extiende tanto a las leyes formales como a las materiales porque ni el texto constitucional ni los textos legales distinguen entre las leyes sustantivas y las adjetivas o procesales.

Según esto será siempre violatorio tanto de la ley como de la Constitución, el imponer en un proceso un régimen excepcional en materia de procedimiento cuando le corresponde para su juzgamiento instituciones más favorables en lo tocante al derecho inalienable de la defensa.

Dado este planteamiento, no puede desconocerse que al procesado Rodríguez, por la índole de los hechos a él atribuídos como conducta criminal digna de reproche, se le juzgó con un procedimiento que no corresponde a las condiciones jurídicas que tales actos conllevan.

La Sala comparte los siguientes argumentos del recurrente en orden a la sustentación del recurso:

"Al ser, como lo son hechos 'conexos' habría de seguir y aplicarse la ley más favorable al reo que en este caso lo es la del Código de Justicia Penal Militar y juzgarle por la tenencia de armas de uso no privativo de las Fuerzas Armadas, conexado a él, los artefactos explosivos, por medio de un Consejo de Guerra Verbal, que podían sus Vocales, como jueces de hecho establecer como antes se manifestó la responsabilidad del sindicado; no habiendo lugar al juzgamiento en derecho que imperativamente sin tener en cuenta las condiciones del sindicado habría de condenarle en el caso más favorable a la no pequeña pena de cinco años de privación de la libertad. Claro es, que esto no quita el que el Consejo de Guerra si los jueces de conciencia,

hubieran visto la responsabilidad del sindicado, hubiesen tenido para él a través de su juez de derecho el Presidente del Consejo incluso, una sanción más drástica de la que se le impuso, pero dentro de un debate jurídico más amplio, más técnico y no con la pobreza procesal del expediente que analizamos. Si la ley pretendía la agilidad de la justicia y la brevedad, resultó burlada; los cortos días hábiles que fija el decreto se convirtieron en once largos meses y en esta fecha en casi dos años, sin que el sindicado haya visto resuelta definitivamente su situación. Es cierto que no todos los puntos procesales son claros y aquí nos encontramos frente al hecho del *concurso delictorum* de carácter ideal, o sea cuando con un pensamiento criminoso, con una sola acción, se ocasionan diversas violaciones jurídicas. Pero este concurso real (sic) que puede afectar en la dosimetría penal o cuantía de la sanción, no debe interferir la amplitud del debate jurídico con mayores garantías establecido por el Código de Justicia Penal Militar, frente a la ley específica del Decreto 0284 de 1958".

Los demás planteamientos expuestos por el recurrente los comparte también la Sala por estar ajustados a derecho. Tal motivo lleva a la Corte a aceptar la petición formulada en la demanda y en consecuencia se procede de conformidad con el artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, ordinal b).

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, acorde con el concepto del señor Agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia recurrida y ORDENA devolver el proceso, por conducto del Tribunal de procedencia, al Comando de la Sexta Brigada, para que se subsane el procedimiento a partir del auto que declaró cerrada la investigación, visible al folio 48 vuelto del cuaderno principal del expediente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Tórres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León, Secretario.

SE CONFIRMA UNA PROVIDENCIA DE TRIBUNAL POR MEDIO DE LA CUAL SE SOBRESEE EN FORMA DEFINITIVA, A FAVOR DE UN EX JUEZ DE CIRCUITO, DE CIERTOS CARGOS QUE SE LE HABIAN HECHO

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, febrero siete de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

Consulta el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá su providencia del veinticuatro de agosto del año pasado, por medio de la cual sobreseyó definitivamente en favor del doctor Abel de J. Agudelo, ex Juez del Circuito Civil de La Palma, por los hechos que fueron materia de este sumario.

ANTECEDENTES:

Se originó el presente proceso contra el ex-Juez Agudelo en la denuncia formulada el 12 de diciembre de 1951, por el señor Julio Nieto Linares, Recaudador de Hacienda Nacional de La Palma, Cundinamarca, con fundamento en los hechos siguientes:

"Al finalizar el mes de octubre del corriente año, el señor Juez Civil de este Circuito, doctor Abel de J. Agudelo, presentó la respectiva nómina para el cobro de su sueldo, el de su Secretario, el del Portero y el de un Sustanciador, cuyo nombre es el de Néstor Pineda y que correspondía a los servicios prestados y sueldos devengados durante el citado mes de octubre. Esta nómina aparecía con las cuatro firmas de los aludidos empleados y aun cuando al citado Sustanciador no se le había visto al frente de su cargo, dicha nómina fue cubierta en su totalidad.

"En los últimos días del próximo pasado mes de noviembre se volvió a presentar a esta oficina para su cancelación la nómina correspondiente al ya citado mes y en ella aparecían el Juez, su Secretario, el Portero y el mismo Sustanciador, pero como era de público conocimiento que el señor Néstor Pineda no venía desempeñando las funciones del cargo, me abstuve de cancelar dicha nómina, y sobre el particular interrogué al propio señor Juez quien hubo de manifestarme que efectivamente el señor Néstor Pineda se había ausentado, que se encontraba en Bogotá y que el sueldo de Sustanciador se lo ofrecía como un obsequio".

Practicada la investigación penal, al sumario se allegaron las pruebas siguientes: copia del Acuerdo número 42 de 13 de julio de 1951, por el cual el Tribunal Superior de Bogotá eligió al doctor Abel de J. Agudelo, como Juez Civil del Circuito de La Palma (f. 100). Copia del acta de posesión del mismo doctor Agudelo del ya citado cargo de Juez Civil del Circuito de La Palma (f. 105 vto.). Copias del Decreto número 1 del 14 de agosto de 1951, por medio del cual el Juez, doctor Agudelo nombró interinamente al señor Néstor Pineda oficial sustanciador, y acta de posesión de éste, en la misma fecha (fl. 109 vt.). Nóminas de los meses de octubre y noviembre de 1951 del personal del Juzgado Civil del Circuito de La Palma, en la que se incluyó al señor Néstor Pineda (fls. 28 y 29) y nómina del mes de noviembre del mismo año en la que se excluyó a este sujeto. Declaraciones de Gabriel García Vargas, Secretario del citado Juzgado, quien dice que Néstor Pineda dejó de concurrir a la oficina desde el 13 de octubre hasta el 4 de diciembre de 1951, sin que se le hubiera concedido licencia. En relación con la marcha del Juzgado, expresa: "A ese respecto los asuntos pasados al Despacho estando Pineda siempre se repartían entre el Juez

y dicho sustanciador, y en ausencia de este último, los asuntos los despachaba todos el señor Juez".

El doctor Abel de J. Agudelo explicó en su indagatoria que es cierto que a Pineda le otorgó varios permisos con el objeto de que atendiese su estado de salud y pudiera presentar sus exámenes preparatorios en Bogotá, por ser estudiante muy pobre, pero que él lo reemplazaba ejecutando personalmente el trabajo del sustanciador "muchas veces fuera de las horas de trabajo reglamentarias, por lo que no sufrió en lo más mínimo el despacho de la oficina".

Por su parte el doctor Omar García Sanclemente afirma que durante el mes de noviembre de 1951 le prestó sus servicios médicos al señor Néstor Pineda, por motivo de enfermedad.

Por último, los doctores Demetrio Díaz Cardona, Francisco Luis Cadena y Emilio Beltrán, expresan que cuando el doctor Abel de J. Agudelo desempeñó el cargo de Juez Promiscuo de Chocontá, siendo ellos oficiales sustanciadores, sucesivamente, les concedió permisos para presentar exámenes preparatorios, por lo cual pudieron terminar sus estudios.

SE CONSIDERA:

El Tribunal fundamenta el sobreseimiento definitivo consultado, en las consideraciones siguientes:

"Se trata, en consecuencia, de que el doctor Abel de J. Agudelo, en su carácter de Juez Civil del Circuito de La Palma, autorizó con su firma la inclusión del señor Néstor Pineda, como Oficial Mayor del Juzgado, dentro de las nóminas de octubre y noviembre de 1951, en el primero de los cuales no concurrió a la Oficina por algunos días, previo permiso que le concedió el Juez para presentar exámenes preparatorios, y en el segundo su ausencia fue total por motivo de enfermedad. No obstante, sólo se le cubrió el mes de octubre.

"Tal hecho, sin embargo, no tipifica un delito de falsedad ideológica en documentos públicos u oficiales. Porque falta el elemento moral, es decir la conciencia de inmutar la verdad con daño o perjuicio de terceros, o, por lo menos, con la potencialidad de causarlo. La falsedad documental *per se*, automática o formal, que en relación con documentos públicos se tuvo como suficiente para estructurar el delito, no es en el concepto moderno del derecho penal materia delictuosa si no causa ningún daño ni se pone en peligro de causarlo, pues queda reducida a una falsedad innocua. En el caso de estudio, no aparece el dolo o la conciencia de causar un daño faltando a la verdad. Y, en realidad, no se causó ningún perjuicio a nadie, porque el Juez sindicado reemplazó al empleado en todo su trabajo durante los días que no pudo asistir a la Oficina por motivos perfectamente justificables. Se trataba de una labor que bien podía realizarla el Juez en pro de la buena marcha del Juzgado. Otra cosa sería que se hubiese tomado atribuciones que no le correspondían, como las del Secretario, las cuales son indispensables para la legalización de los actos judiciales. Pero al efectuar transitoriamente el trabajo que según el Reglamento correspondía a un empleado, no se violó ninguna norma legal ni penal, porque el Juez bien podía cambiar la distribución del trabajo, y lo hizo así, sin perjudicar a ningún empleado, sino asumiendo personalmente el que le correspondía a Néstor Pineda, para que no sufriera la buena marcha de la Oficina, y para que éste pudiese atender a sus exámenes y a su salud, sin descontarle su sueldo. El estado tampoco sufrió ningún perjuicio, pues hay prueba plena de que el Juez mantuvo el rendimiento del Juzgado, sin que ninguna entidad oficial tuviera necesidad de distintas erogaciones".

En apoyo de sus tesis el Tribunal cita al profesor Giuseppe Maggiore y reciente jurisprudencia de la Corte Suprema, acogida especialmente en el fallo de 28 de abril de 1958, en la que al respecto sintetizó la nueva doctrina sobre la falsedad en documentos públicos, así:

"El delito sin daño o sin la posibilidad de dañar es jurídicamente inconcebible. La ley no puede sin incurrir en tiranía, erigir en delito un hecho que no cause perjuicio efectivo o sea, al menos, apto para producirlo, pues fuera de las infracciones de daño o de peligro no existen otras en derecho penal. Sería despótica la ley que reprimiera como delictuosos los actos humanos innocuos, esto es, los que no son susceptibles de ocasionar un perjuicio efectivo o siquiera hipotético. La falsedad innocua, aquella que no tiene siquiera la potencia de dañar, jamás podrá ser considerada como falsedad punible; la fe pública no se siente lesionada por ella. El Estado no impone a los asociados la creencia en la autenticidad, veracidad e intangibilidad de todas y cada una de las palabras escritas en un documento, así sea un instrumento público, sino en la verdad de haberse consignado en él los derechos y relaciones jurídicas que éste debe probar. Cualquier alteración de la verdad en un documento que no afec-

te la prueba, preconstituída mediante el otorgamiento del documento respectivo, de la relación jurídica que en este quiso consignarse, es indiferente a la fe pública. Para que exista el dolo en la falsedad documental, es imprescindible que el agente proceda con la intención o con la voluntad o conciencia de efectuar una inmutación de la verdad, sabiendo que daña o puede dañar. No basta por consiguiente, el simple conocimiento de que altera la verdad. El legislador italiano de 1930, estimó superfluo hacer mención del elemento constituído por el perjuicio, por cuanto él es esencial a todos los delitos".

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, al descorrer el traslado, acoge el criterio del Tribunal y solicita, en consecuencia, que se confirme en todas sus partes la providencia consultada.

Aunque en el presente caso aparece comprobado el elemento objetivo del delito de falsedad en documentos públicos atribuído al ex Juez Agudelo, pues está establecido que éste hizo, en su carácter de funcionario, incluír en las nóminas correspondientes a los meses de octubre y noviembre de 1951, el nombre del señor Néstor Pineda, como oficial sustanciador del Juzgado, no habiendo concurrido a la oficina, previo permiso que le concedió a aquél para que pudiera presentar sus exámenes preparatorios, no obstante el elemento subjetivo o doloso no se estructura, de conformidad con la jurisprudencia que de esta Corporación cita el Tribunal, ya que no aparece el dolo o la conciencia de causar un daño faltando a la verdad, pues efectivamente no se causó daño a nadie, por cuanto el Juez acusado reemplazó en su trabajo al oficial sustanciador Néstor Pineda, durante el tiempo que no asistió a la oficina y así el despacho del Juzgado no se perjudicó por este concepto, según lo reconocen los mismos empleados compañeros de oficina. Además, como lo expresa acertadamente el Tribunal, al efectuar el Juez sindicado "el trabajo que según el Reglamento correspondía a un empleado, no se violó ninguna norma legal ni penal, porque el Juez bien podía cambiar la distribución del trabajo, y lo hizo así, sin perjudicar a ningún empleado, sino asumiendo personalmente el que le correspondía a Néstor Pineda, para que no sufriera la buena marcha de la oficina, y para que éste pudiese atender a sus exámenes y a su salud, sin descontarle su sueldo".

No está de más advertir, por otra parte, que la prescripción de la acción penal ya se cumplió en este caso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 105 del Código Penal, y que, en consecuencia, tampoco por este aspecto se podría proferir contra el Juez sindicado un auto de proceder que reemplazara el sobreseimiento consultado.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia consultada proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a que se hace referencia anteriormente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez. Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria. Julio Roncallo Acosta. Salvo mi voto, *Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.*

Pioquinto León L., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

El Magistrado ponente se limita a trascribir una sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, cuyos términos absolutos no acepta el suscrito; por esta razón salva su voto.

Angel Martín Vásquez A.

HOMICIDIO, INCENDIO Y LESIONES PERSONALES. — VIOLACION DE LA LEY PROCEDIMENTAL

Prospera la causal 4ª de casación. La condena recaída en el proceso por homicidio, incendio y lesiones personales, había sido impuesta a tres procesados. La nulidad constitucional deducida afecta la sentencia y parte de lo actuado. Indebida aplicación del Decreto 012 de 1959.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. La aplicación del procedimiento —excepcional y restrictivo de los medios de defensa y, por lo tanto, desfavorable a los acusados— establecido en el Decreto 012 de 4 de junio de 1959 al juzgamiento de hechos consumados con anterioridad a su vigencia, entraña violación del artículo 26 de la Carta.

2. Puesto que la nulidad que se decreta en esta sentencia favorecerá por igual a los tres recurrentes, sin excluír al que no sustentó el recurso, la Sala se abstendrá de declararlo desierto respecto de este último, ya que tal acto no tendría efecto procesal alguno.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, febrero ocho de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en sentencia del diez y ocho de octubre de mil novecientos sesenta, al reformar el fallo de primer grado, condenó a Celestino Isco Tenorio "por los delitos de homicidio e incendio y lesiones personales", a la pena principal de diez años y un mes de presidio; y a Lorenzo Ipia Basto y Alfredo Casamachín a la pena de diez años de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsables de la muerte violenta causada a Federico Ramos Quitumbo, del incendio de la casa de Manuel Santos Ramos, imputándose también, al primero de los nombrados, las lesiones ocasionadas al menor Silvestre Ramos Quitumbo.

Contra dicha sentencia el defensor de los procesados interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación, el cual fue concedido por el Tribunal y declarado admisible por esta Sala.

El recurso únicamente fue sustentado, mediante la presentación de las correspondientes demandas, por el apoderado especial de Isco Tenorio e Ipia Basto.

Corrido el traslado, al señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, y agotado el trámite propio del recurso, la Sala procede a resolverlo en el presente fallo, teniendo en cuenta las tesis expuestas por las partes.

HECHOS Y ACTUACION

Para los efectos de la causal invocada en la demanda, que habrá de ser considerada en esta sentencia, basta tener en cuenta que los hechos que dieron origen a este proceso fueron consumados en el Municipio de Caldono, Departamento del Cauca, en la noche del martes 30 de diciembre de 1957, con anterioridad, por lo tanto, a la vigencia del Decreto 0012 del 4 de junio de 1959; y que la tramitación se siguió dándole aplicación al procedimiento excepcional es-

tablecido en dicho Decreto, aplicable únicamente a los Departamentos que continuaron sujetos hasta el año pasado al régimen del estado de sitio.

DEMANDA

El abogado impugnador en sus demandas, que en el fondo y en su forma son idénticas, así como en sus peticiones, invoca primera y principalmente la causal cuarta, por estimar que la sentencia acusada es violatoria de la ley procedimental, por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad. También invoca el demandante las causales segunda y tercera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, y para sustentarlas, hace una extensa crítica probatoria para tratar de establecer que el Tribunal incurrió, al analizar la prueba, en una errada interpretación de los hechos. Como la primera causal invocada, que origina una nulidad constitucional, que afecta, no solamente la sentencia de segunda instancia acusada, sino parte de lo actuado, incluyendo la sentencia de primer grado, habrá de prosperar, según se verá, resulta innecesario, desde luego, el que la Sala entre a hacer un estudio de la crítica probatoria hecha por el impugnador para demostrar el supuesto error de hecho en que incurrió el fallador de instancia.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, en su vista, conceptúa que se debe casar la sentencia acusada y disponer la devolución del proceso al Juzgado de origen, con el fin de que se reponga el procedimiento, en relación con los acusados Isco Tenorio e Ipia Basto. En cuanto al recurso interpuesto por Alfredo Casamachín, el colaborador Fiscal solicita que se declare desierto, "lo que no impide que la nulidad que se decrete, favorezca también al mismo Casamachín".

El señor Agente funda su solicitud en las consideraciones siguientes:

"Del contenido de las demandas.

"Por ser una y otra idénticas en su forma y en su fondo, así como iguales en sus conclusiones y peticiones, y por presentar como únicas diferencias los distintos puntos de vista acordes con la situación procesal de cada uno de los procesados, se impone una sola respuesta por parte del Ministerio Fiscal.

"En consecuencia, se comienza por observar que ambos escritos han sido concebidos con sujeción a lo prescrito por la ley en materia de casación penal, como que se hace un resumen de los hechos controvertidos y en capítulos debidamente separados se invocan y sustentan las causales cuarta, segunda y tercera de casación a que se refiere el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. Además, se citan, en cada caso, las disposiciones legales que se consideran violadas por el fallo acusado, y finalmente se consignan por el actor las respectivas peticiones.

"*Segundo.* Resumen del hecho materia de la controversia.

"Sobre este particular, lo que cabe destacar es la fecha en que tuvieron lugar los hechos que dieron origen a la investigación.

"Esa fecha corresponde a la noche transcurrida entre el 30 y el 31 de diciembre de 1958.

"Con sólo saber esto, la restante historia de los acontecimientos resulta innecesaria de consignar, precisamente porque por el actor es propuesto como principal motivo de impugnación del fallo, el cuarto del citado artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

"*Tercero.* De las causales de casación invocadas.

"a) *Causal cuarta.* Nulidad del juicio.

"En vista de la indiscutible preponderancia procesal que la jurisprudencia le asigna a la causal cuarta de casación, (la cual se acentúa más aún cuando a la nulidad que se recurre se le da el carácter de constitucional), es el caso de analizar primero que todo los cargos que el actor le hace a la sentencia del *ad-quem* con base en dicha causal.

"En este orden de cosas, se tiene que se alega que ha sido violado, con ocasión del presente proceso, lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución Nacional, porque —en entender del demandante— al juicio se le dio la tramitación establecida por el Decreto legislativo 0012 de 1959, no obstante que los delitos imputados fueron cometidos con anterioridad a la vigencia de dicho estatuto.

"En lo cual está en lo cierto el señor recurrente, desde luego que la H. Corte en ocasiones semejantes, por no decir que idénticas jurídicamente a la presente, ha preceptuado que en caso de que se aplique el procedimiento señalado por el Decreto legislativo número 0012

del 4 de junio de 1959, en negocios relacionados con hechos acontecidos con anterioridad a la vigencia del mismo Decreto, se incurre en una grave nulidad de carácter supra-legal, que obliga a reponer lo actuado.

"Por demás está citar uno y otro de los fallos de esa Superioridad en que se sienta la expresada doctrina, precisamente porque se trata con ellos, de sentencias de muy reciente fecha.

"Lo que sí no sobra es traer a cuento el fallo de casación dictado en el negocio seguido a Mario Mapura Restrepo y otros, por homicidio, porque aquí se trata de una situación procesal idéntica a la contemplada en el fallo que se procede a citar. Entonces dijo la H. Corte, con ponencia del distinguido Magistrado doctor Vergara Crespo, lo siguiente:

'Con el fin de evitar posibles equivocaciones en cuanto a los efectos del presente fallo, como ha ocurrido en otras ocasiones en casos similares, conviene aclarar que él no tiene por sí el alcance de invalidar los autos en que se han decretado detenciones preventivas contra algunos sindicados, con fundamento en las pruebas practicadas en la etapa sumarial. Asímismo, también conviene dejar establecido que esta sentencia no puede afectar la situación de las personas que fueron absueltas en las instancias, pues sería injusto y aberrante que se les vinculara a un nuevo proceso penal después de haber sido favorecidas con una sentencia absolutoria, que por este aspecto no ha sido impugnada en casación'."

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A pesar de que el impugnador no es muy explícito al invocar la causal cuarta de casación, en señalar como cargo el que en este caso se le hubiera dado efecto retroactivo al Decreto 0012 de 1959, sin embargo, del contexto de la demanda formulada a nombre de Celestino Isco Tenorio, ello indudablemente se deduce, cuando expone lo siguiente:

"He meditado profundamente en la situación reinante en nuestra Patria, en donde existen zonas que se rigen por la legislación ordinaria, al paso que otras, por turbación del orden público, están sometidas a la drasticidad de Decretos que suprimieron toda clase de garantías constitucionales. ¿Cómo y de qué manera pueden saber las altas Corporaciones jurisdiccionales el procedimiento que se deba seguir en determinado caso? No pretendo dogmatizar, pero es lo cierto que la única prueba que les pueda llevar ese conocimiento, es la copia auténtica del Decreto que creó el estado de sitio, y poder comprender sus alcances; ese aporte debe obrar desde que se inicia la investigación, para poder enrumbar el proceso. No sabemos por qué el proceso no lo dice, y los honorables Magistrados también lo ignorarán, si en el Cauca existe el estado sitio (sic) en todo el territorio o si ha sido declarado parcialmente, y, si, en este último caso, comprende la vereda de 'La Aguada', del Municipio de Caldono. En otros términos, no obra en autos el instrumento legal que permita afirmar el procedimiento que se debía seguir. Y así tenemos que si por cualquier circunstancia, los hechos que aquí se juzgan deberían investigarse y fallarse por el procedimiento ordinario, que rodea a los sindicados de mayores garantías para su defensa, se habría incurrido en una nulidad de tipo constitucional, que tienen alcances definitivos de dar por no hecho lo actuado, y yo la alego en favor de mi poderdante, porque la justicia está en los aprietos de no poder decir con precisión si el procedimiento ha sido correcto o no".

Por lo tanto, aplicando en este caso un criterio de amplitud en cuanto a la interpretación de la demanda formulada por el apoderado de Isco Tenorio, como la Corte lo ha hecho en otras ocasiones, y por las razones expuestas por el colaborador Fiscal, se habrá de invalidar el fallo impugnado, disponiendo que se reponga el procedimiento, a partir del auto que ordenó el cierre de la investigación, puesto que la razón alegada por el demandante, con fundamento en las constancias procesales, claramente establece que la sentencia acusada es violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad constitucional, por cuanto se le dio aplicación al procedimiento excepcional y restrictivo de los medios de defensa, y por lo tanto, desfavorable a los acusados, establecido en el Decreto 0012 de 4 de junio de 1959 al juzgamiento de hechos consumados con anterioridad a su vigencia, lo que entraña, de acuerdo con reiterada jurisprudencia, sostenida por esta Sala a partir del fallo de casación del 14 de marzo de 1961, una violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, norma esta que impide se le dé efecto retroactivo a la ley penal, sustantiva o adjetiva, restrictiva o desfavorable al acusado, en relación con la que regía cuando se consumó el hecho que se le imputa, como ocurre, según es notorio, y se demostró en dicho fallo, con el procedimiento especialísimo y excepcional del Decreto citado, en relación con el trámite ordinario vigente cuan-

do se consumaron los hechos que originaron este proceso.

En cuanto a la declaratoria de desierto del recurso interpuesto por el procesado Alfredo Casamachín, la Sala se abstendrá de acceder a lo solicitado al respecto por el señor Agente del Ministerio Público, pues dicha declaratoria no tendría ningún objeto, pues como este mismo funcionario lo observa-acertadamente, la nulidad que habrá de decretarse en esta sentencia, favorecerá también al recurrente Casamachín, y por lo tanto, la declaratoria de desierto que del recurso interpuesto por éste se hiciese, sería un acto sin efecto procesal alguno.

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 en parte con el señor Procurador Delegado en lo Penal, INVALIDA la sentencia acusada, de diez y ocho de octubre de mil novecientos sesenta, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, y ORDENA devolver el proceso al Juez de Primera Instancia, por conducto de dicho Tribunal, para que se reponga el procedimiento desde el auto del veinte de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve, por el que se declaró cerrada la investigación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO AGRAVADO. — VIOLACION DE LA LEY PROCESAL PENAL

La sentencia acusada, por medio de la cual se le impuso al procesado, en su condición de coautor de varios asesinatos, la pena de veinticuatro años de presidio, recayó en un proceso viciado de nulidad supralegal, por cuanto se aplicó el Decreto 012 a hechos anteriores a su vigencia. Invalídase la sentencia y ordénase reponer el procedimiento en parte.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Al darle aplicación, con efecto retroactivo, al procedimiento excepcional y restrictivo establecido en el Decreto 012 de 1959, se quebranta el artículo 26 de la Constitución.

2. El presente fallo no tiene por sí el alcance de invalidar los autos en que se han decretado detenciones preventivas, ni afecta la situación de las personas que fueron absueltas en las instancias.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, febrero diez de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

En sentencia del primero de septiembre de mil novecientos sesenta, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, al confirmar la de primera instancia proferida por el Juzgado Quinto Superior de dicha ciudad, condenó a Nemesio Angarita Guzmán a la pena principal de veinticuatro años de presidio, más las accesorias de rigor, como responsable, coautor, de los asesinatos consumados en Dimas Meneses (padre), Dimas, José Manuel y Célimo Meneses Gutiérrez, Isaac González Riaño, Antonio Luna Salas, Julio, Adolfo, Angel Alberto y Domingo Luna López y Atanael Saavedra, así como de las lesiones causadas a Napoleón Meneses Gutiérrez, hechos ocurridos el día cuatro de julio de mil novecientos cincuenta y cinco, en el Municipio de San Luis, Departamento del Tolima.

Contra la sentencia de segunda instancia proferida por dicho Tribunal, el procesado Angarita Guzmán interpuso el recurso extraordinario de casación, el que entra a decidirlo la Sala por haberlo declarado admisible y por haberse agotado la tramitación propia de dicho recurso.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Para los fines de la petición contenida en la demanda de casación y de la causal invocada, basta tener en cuenta que los hechos delictuosos que originaron este proceso fueron consumados en el Municipio de San Luis, jurisdicción del Distrito Judicial de Ibagué en la fecha expresada, y que la actuación se cumplió de acuerdo con el procedimiento especial establecido por el Decreto 0012 de 4 de junio de 1959.

DEMANDA DE CASACION

El apoderado del recurrente sustenta el recurso de casación en libelo que se ajusta a la técnica procesal y en el que invoca como única causal la cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, por estimar que la sentencia impugnada es violatoria de la ley procedimental porque fue proferida en un proceso viciado de nulidad supralegal, fundándose para ello en los razonamientos siguientes:

"Es principio constitucional y legal el de que en materia criminal la ley permisiva o fa-

vorable se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable; que en materia criminal la ley no tiene efecto retroactivo sino cuando con su aplicación se viene a colocar al sindicado o sindicados en mejores condiciones, a hacerle más viable su defensa, a disminuírle posible pena.

"A nadie se escapa que el Decreto 0012 de 4 de junio de 1959 que se dictó para ser aplicado en algunas secciones del país es una norma mucho más drástica, menos favorable que el Código de Procedimiento Penal, porque en dicho Decreto se reducen los términos, se suprimen medios de prueba y recursos, se abole el juicio criminal propiamente dicho, se juzga al sindicado sin intervención de los jueces populares y no en conciencia sino en derecho, etc., lo que tanto quiere decir que queda en condiciones mucho más gravosas, menos permisivas que aquellas en que estuviera colocado si se le juzgara por la ley ordinaria.

"El señor Juez Superior que conocía del presente negocio no podía olvidar que por más que el Decreto expresara que debía aplicarse desde la fecha de su expedición, esa aplicación sólo podía tener cumplido efecto para aquellos procesos que se iniciaran después de su vigencia, porque estando de por medio la disposición constitucional ésta debía aplicarse con preferencia a cualquiera disposición legal. Al cambiarle la tramitación al negocio y privar a los sindicados de la calificación del negocio y del juicio propiamente dicho les arrebató facultades que constitucionalmente les correspondían y violó con ello el artículo 26 de la Carta Fundamental, lo que implica la nulidad de lo actuado a partir de ese momento procesal.

"Es claro: para que un acto jurídico regla, es decir, un Decreto legislativo o una Ley puedan producir efectos jurídicos, es necesario que el funcionario del cual dimanan tenga la competencia para producirlos, y cuando un órgano del Poder Público se excede en el ejercicio de sus funciones obra sin competencia y produce un acto jurídico carente de valor, completamente inexistente dentro del campo jurídico. Eso ocurrió con el referido Decreto 0012 en cuanto respecta al punto que está sometido a juzgamiento. Jamás los funcionarios del Organo Jurisdiccional del Poder Público adquirieron competencia para producir actos jurídicos jurisdiccionales en aquellos procesos a los cuales erróneamente cambiaron su tramitación. Esos actos así ejecutados, además de arbitrarios, son nulos y no pueden cumplir efectos jurídicos de ninguna naturaleza.

"Estando el proceso viciado de nulidad a partir del auto de 14 de agosto de 1959, visible al folio 94 del cuaderno segundo del proceso, y proferida por el señor Juez 5º Superior del Distrito Judicial de Ibagué, las sentencias de primera y de segunda instancia fueron proferidas dentro de un proceso viciado de nulidad constitucional y son violatorias por consiguiente de la Ley Procedimental, lo que constituye causal de casación. Entonces la sentencia proferida por el honorable Tribunal Superior de Ibagué en este negocio debe invalidarse, y la honorable Corte Suprema de Justicia deberá ordenar reponer la actuación a partir de ese momento procesal. Así lo solicito en forma muy respetuosa a esa honorable Corporación.

"Ha sido tan estudiado el punto sometido a la consideración de la honorable Corte, y ha sido tan repetida la jurisprudencia al respecto, que considero completamente innecesario seguir sobre el tema".

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita que se case la sentencia recurrida por cuanto estima que:

"El fundamento que el demandante le asigna a la mentada causal, encuentra pleno respaldo en las consideraciones jurídicas que en diversos y recientes fallos de la honorable Corte se han hecho en torno a la aplicación del procedimiento del Decreto 0012 a asuntos referentes a hechos delictuosos perpetrados con anterioridad a la vigencia del mismo Decreto.

"Sostiene, pues, el actor con toda razón y haciendo pie en la jurisprudencia nacional, que por haberse aplicado al proceso de que se trata el procedimiento del Decreto 0012, se ha incurrido en una nulidad sustancial por violación de las garantías consagradas en defensa del acusado por el artículo 26 de la Constitución Nacional".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala acogerá la solicitud del señor Agente del Ministerio Público, y por lo tanto, invalidará la sentencia recurrida y dispondrá que se rehaga el procedimiento, a partir del auto del 14 de agosto de 1959 en que se dispuso darle al juicio el trámite especial establecido por el artículo 3º y siguientes del Decreto 0012 de 4 de junio de 1959, por cuanto las razones expues-

tas por el impugnador para sustentar el recurso tienen fundamento en las constancias procesales y apoyo en reiterada jurisprudencia de esta Sala, según la cual, al darle aplicación, con efecto retroactivo, al procedimiento excepcional y restrictivo de los medios de defensa, establecido por el Decreto 0012 de 4 de junio de 1959, como ha ocurrido en el caso en estudio, se quebranta el artículo 26 de la Constitución que impide que se le dé aplicación a la ley penal, sustantiva o adjetiva, desfavorable al acusado, en relación con la que regía cuando se consumaron los hechos que se le imputan.

Conviene repetir, como la Sala lo ha hecho en otros casos, que: "Con el fin de evitar posibles equivocaciones en cuanto a los efectos del presente fallo, como ha ocurrido en otras ocasiones similares, conviene aclarar que él no tiene por sí el alcance de invalidar los autos en que se han decretado detenciones preventivas contra algunos sindicados, con fundamento en las pruebas practicadas en la etapa sumarial. Así mismo, también conviene dejar establecido que esta sentencia no puede afectar la situación de las personas que fueron absueltas en las instancias, pues sería injusto y aberrante que se les vinculara a un nuevo proceso penal después de haber sido favorecidas con una sentencia absolutoria, que por ese aspecto no ha sido impugnada en casación".

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal —administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, INVALIDA la sentencia acusada, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el primero de septiembre de mil novecientos sesenta y ORDENA devolver el proceso, por conducto del Tribunal de origen, al Juez de primera instancia, para que se reponga el procedimiento a partir del auto de catorce de agosto de mil novecientos cincuenta y nueve, en que se dispuso darle al proceso el trámite establecido por el Decreto 0012 de 1959.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS NEGATIVAS

Dirímese la suscitada entre dos Jueces Superiores pertenecientes a distintos distritos judiciales. Los hechos investigados —de estafa o abuso de confianza— se cumplieron en lugares diferentes.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, febrero trece de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

Procede la Corte a resolver de plano el incidente de competencias negativas suscitado entre el Juez Cuarto Superior de Medellín y el Juez Primero Superior de Pereira, en el proceso seguido a César Augusto Gallo Cardona, acusado del delito de estafa consumado por éste en varias ciudades del país.

ANTECEDENTES:

El proceso se originó en la denuncia formulada ante la Inspección Tercera Municipal de Medellín, el 10 de junio de 1961, por el señor Daniel Rivera Carvajal, en su calidad de Gerente seccional de la firma "Organización de Clubes Nacionales" de Guillermo Prieto Mariño, quien en la parte pertinente de su denuncia expuso lo siguiente:

"En el mes de enero, o mejor, de febrero de este año, se recibió a César Augusto Gallo Cardona, cedulado con el número 1354047 de Pereira, como Agente vendedor de los clubes de la empresa, el cual debía efectuar ventas de los clubes en diferentes lugares, los cuales le serían asignados por la Empresa. El citado César Gallo que estuvo trabajando en diferentes plazas, como Girardot, Tocaima, Cartago, Zarzal, Marsella, Pereira, Espinal, Fresno, La Virginia, Anserma y posteriormente en Cartagena, Barranquilla y Sincelejo. Las ventas efectuadas fueron en su mayoría ficticias y al presentarse en nuestra oficina de Barranquilla, hizo la sustracción de papel membreteado con el cual ha venido suplantándose con el falso nombramiento de visitador y jefe de ventas, las cuales vendía en la ciudad de Barranquilla, suplantó las firmas de los presuntos clientes compradores para presentar a la empresa relaciones de ventas, las cuales eran inexistentes, pues con esas relaciones demostraba una falsa actividad con el fin de engañar la empresa y solicitar por esos medios dineros anticipados a cuenta de las falsas ventas, pues esa oficina le concedió anticipos por la suma de seiscientos pesos ($ 600.00) moneda legal, y posteriormente trasladado a la agencia de Sincelejo, procedió a efectuar visita al agente local y recibir sumas de dinero todavía no establecidas, pero que se presume sean cuantiosas. Posteriormente se trasladó a la Agencia de Caucasia en el Departamento de Antioquia, y se presentó ante el Agente local de la empresa, haciéndose pasar como visitador, hizo el recaudo de dineros y firmó un comprobante en papel membreteado de la empresa, el cual había sido sustraído como antes se dijo, en la ciudad de Barranquilla. El miércoles pasado nuestro representante en la ciudad de Pereira, nos comunicó que un individuo se había presentado a la tipografía Carvajal y había ordenado la confección de un sello que a la letra dice: "Organización de Clubes Nacionales Guillermo Prieto Mariño", Jefe de Ventas. No hemos podido confirmar si quien ordenó la confección de ese sello ha sido exactamente el citado César Augusto Gallo, pero presumimos que se trate de él ya que ha venido cometiendo diferentes

ilícitos como representante de la empresa. En el día de hoy recibimos un telegrama enviado por nuestro Agente local en Belalcázar (Caldas), señor Jesús Giraldo, quien textualmente nos dice lo siguiente: "Ayer visitóme César Gallo, presentó credenciales, entreguéle dineros. Favor confirmar. J. Giraldo". Como todo lo expuesto indica que el señor César Augusto Gallo continúa suplantando la persona del visitador y del Jefe de ventas para cometer estafas y engaños, el suscrito, en nombre de la empresa, presenta este denuncio en el cual se configuran diferentes delitos, tales como abuso de confianza, adulteración de documentos, estafa y suplantación de persona".

La investigación se perfeccionó por la Inspección de Policía que recibió la denuncia y se envió a los Jueces Superiores de Medellín, correspondiéndole en reparto al Cuarto, quien provocó la colisión negativa al Juez Superior de Pereira.

COLISION

En providencia del 11 de septiembre de 1961, el Juez Cuarto Superior de Medellín, después de analizar brevemente los hechos del proceso, expresa:

"Este Despacho no es competente para conocer a prevención del presente proceso por cuanto que el delito continuado cometido en contra de los intereses de la 'Organización de Clubes Nacionales Guillermo Prieto Mariño' no se perpetró en ningún momento en el Departamento de Antioquia.

"A folios 129, frente y vuelto, consta que en Caucasia (Antioquia) trató el sindicado de obtener un provecho ilícito con perjuicio de los intereses de la 'Organización de Clubes Nacionales Guillermo Prieto Mariño', pero no lo logró, por lo cual cometió un posible delito contra los intereses de Mario Escobar. Una de las principales condiciones para que exista el delito continuado es que el sujeto pasivo de la infracción sea el mismo. Por lo tanto el delito cometido en Caucasia (Antioquia) es completamente independiente del delito continuado cometido en otros Departamentos en contra de los intereses de la organización ya citada.

"Se debe, por lo tanto, iniciar por aparte la investigación del delito cometido en Caucasia. En caso de considerarse cosa distinta, se debe dar aplicación al artículo 50 del Código de Procedimiento Penal".

Por su parte, el Juez Primero Superior de Pereira, para rechazar la colisión negativa de competencia que le fue provocada, se funda en las razones siguientes:

"Este Juzgado sostiene como punto central y jurídico de que es a los señores Jueces Superiores de Medellín quienes tienen que conocer del reato, porque en su territorio 'trató el sindicado de obtener un provecho ilícito con perjuicio de los intereses de la 'Organización de Clubes Nacionales Guillermo Prieto Mariño', como dice muy acertadamente el señor Juez Cuarto de Medellín, por una parte; y por otra, porque fue allí donde se aprehendió al sindicado y donde se perfeccionó la investigación; y hallándose también dificultades para la apreciación del territorio o lugar en que 'el hecho fue consumado, especialmente cuando de delitos crónicos o continuados se trata, cometidos en lugares pertenecientes a distintas jurisdicciones; o cuando el lugar fuere desconocido o el delito se cometiere en el extranjero, o en lugares distintos, era de todo punto necesario que la ley fijara normas precisas y concretas, a fin de zanjar los conflictos que pudieran presentarse en la determinación del territorio en donde la infracción se cometió. A este orden de principios responden los artículos 56 y 57 del Código de Procedimiento Penal". (Auto, 22 abril 1949, LXV, 785).

"El primero de los artículos está transcrito en el auto del señor Juez Cuarto de Medellín, y sirve a este Juzgado también como argumento para sostener su tesis. Y considera entonces el Juzgado que es procedente, en el caso sub judice, darle aplicación a esta última disposición (artículo 57), que sobre el particular la honorable Corte ha reiterado la siguiente jurisprudencia:

"La norma del artículo 57 del Código de Procedimiento Penal obvia las dificultades que puedan presentarse cuando existe la circunstancia de que dos Jueces puedan conocer del mismo negocio penal, en consideración a la naturaleza del hecho punible, pero que por presentarse en distintos lugares los acontecimientos que reflejan las diferentes fases del acto delictuoso, desde que éste surge en la mente del delincuente hasta su consumación plena, se presenta la duda de saber cuál de esos Jueces es el competente para conocer del proceso, duda que la norma penal despeja señalando unos determinados eventos, los que al cumplirse, o bien todos conjuntamente, o bien unos por separado, otorgan jurisdicción territorial al Juez en donde tales hechos se hayan operado". (Autos, 17 junio 1952, LXXII, 615; 4 de julio 1952, LXXII, 644).

"Y es que tampoco es razón atendible para fijar competencia el hecho que el sindicado manifiesta en su indagatoria que los ilícitos los cometió en determinados territorios, porque ocurriría entonces que sería éste quien señalara el funcionario para juzgarlo. Este hecho tiene que estar plenamente respaldado en el proceso, y todo indica que los hechos tienden a señalar que el competente para conocer del proceso es el señor Juez Cuarto de Medellín.

"Necesariamente debe concluírse que para zanjar estos puntos dudosos —aunque para el Juzgado no existen— de apreciación sobre el territorio donde pudo haber cometido los ilícitos que se le imputan al procesado Gallo, hay que acudir al orden de principios que responden los artículos 56 y 57 del Código de Procedimiento Penal como así lo enseña la jurisprudencia".

SE CONSIDERA:

La Sala considera, que en este caso la tesis sostenida por el Juez Primero Superior de Pereira es la acertada, y que por lo tanto, de conformidad con las constancias procesales y por lo dispuesto en los artículos 50, 54, 56 y 57 del Código de Procedimiento Penal, el competente es el Juez Superior de Medellín, pues bien se trate de un delito continuado de estafa o de abuso de confianza, o de un concurso material de delitos, es indudable que en este último caso se trata de delitos conexos, cometidos por el mismo sujeto, que aunque consumados en distintas ciudades comprendidas en jurisdicciones territoriales diversas, deben investigarse y fallarse en un mismo proceso, ya que la única manera de obviar las dificultades que podrían suscitarse entre los varios jueces, pertenecientes a distintos distritos judiciales, que podrían conocer a prevención por razón de los diversos lugares en que se cometió la infracción o infracciones que en este proceso se investigan, es dándole aplicación a la norma del artículo 57 del Código de Procedimiento Penal, si se tiene en cuenta que fue dentro de la jurisdicción del Juez Cuarto Superior de Medellín en donde se formuló la denuncia que dio origen al proceso y en donde se inició y perfeccionó la instrucción y también el lugar en donde se aprehendió el reo.

Por lo tanto, para poder armonizar debidamente las disposiciones del Código de Procedimiento Penal que fijan la competencia de los Jueces y Tribunales de la República, no sólo por razón de la naturaleza del hecho delictuoso, sino por razón del territorio o territorios donde se cometió la infracción, con las normas del Código Penal sobre concurso de delitos, especialmente el artículo 33 de este Código, que consagra el sistema de la llamada acumulación jurídica de las penas, el criterio que debe prevalecer, ante todo, es el de la conexidad de las varias infracciones.

Por esto, en otra oportunidad ha expresado esta Sala que "en la conexidad se busca el enlace de las infracciones para investigarlas y juzgarlas en un solo negocio. Actúan en esto los principios de la competencia, la unidad del proceso y la economía del procedimiento".

Por lo tanto, bien sea que se trate de un delito continuado o crónico de estafa o de abuso de confianza, cometido por el sindicado Gallo Cardona en distintas ciudades comprendidas en diversas jurisdicciones territoriales, como lo sostiene el Juez Superior de Pereira, o de un concurso material de varios delitos, como parece ser la tesis del Juez Superior de Medellín, el Juez competente siempre sería éste último, pues aun aceptando su criterio al respecto, se trata de delitos que deben investigarse y fallarse en un mismo proceso, por la indudable conexidad que entre ellos existe y porque con respecto a este Juez se cumplen las circunstancias contempladas en el artículo 57 del Código de Procedimiento Penal, además de que como el mismo Juez Cuarto Superior de Medellín lo reconoce, "consta que en Caucasia (Antioquia) trató el sindicado de obtener un provecho ilícito con perjuicio de los intereses de la 'Organización de Clubes Nacionales Guillermo Prieto Mariño', pero no lo logró, por lo cual cometió un posible delito contra los intereses de Mario Escobar".

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DIRIME la colisión de competencia negativa, en el sentido de atribuír el conocimiento del negocio al Juzgado Cuarto Superior de Medellín.

Dése cuenta al Juzgado Primero Superior de Pereira.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO. — FUNCIONARIOS DE INSTRUCCION CRIMINAL

Deséchase el recurso de casación interpuesto contra la sentencia condenatoria acusada. La Constitución se viola, según el recurrente, cada vez que los funcionarios administrativos dictan providencias judiciales. Además de la nulidad procesal, se alegó falta de acuerdo entre la sentencia y el veredicto.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, catorce de febrero de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación propuesto contra la sentencia del 24 de febrero del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué condenó al señor *Manuel Antonio Mayorga Fetecua,* como responsable del delito de homicidio en el señor Noé Mayorga, a la pena de *ocho* (8) *años de presidio* y correspondientes accesorias.

HECHOS:

En la noche del 22 de febrero de 1958 el señor Manuel Antonio Mayorga, en estado de embriaguez y con una botella de aguardiente, se presentó a la casa de la finca llamada "La Florida", de propiedad de su padre, señor Angel Alberto Mayorga, la cual queda en jurisdicción de la Inspección de Policía de Yopal, Municipio de Icononzo, penetró a una alcoba del segundo piso, donde se encontraba su progenitor con el señor Noé Mayorga, les ofreció a ambos del licor que llevaba, hizo que los cónyuges señores Eliseo Rodríguez y Ana Betulia de Rodríguez, que dormían en una pieza del piso inferior, subieran a la citada alcoba, les brindó a su turno licor y luégo, en los peores términos, se entregó a ultrajar a su padre, por cuya razón éste, lo mismo que aquéllos, se salieron de la pieza, y entonces, cuando quedó solo con el predicho señor Noé Mayorga, de un disparo que, al atravesarle la cabeza, le destruyó la masa encefálica, le causó la muerte, en seguida de lo cual arrastró el cadáver, lo tiró por las escaleras al primer piso, sacó a los Rodríguez, mediante amenazas, de la alcoba donde de nuevo se habían recogido y los obligó, a doña Betulia, a que limpiara la sangre que delataba la consumación del crimen, y a don Eliseo, a que le ayudara a sepultar, dentro de la maleza aledaña, el cuerpo inanimado de su víctima.

ACTUACION:

El señor Inspector de Policía de Yopal, con fundamento en la denuncia que presentó el señor Eliseo Rodríguez, con fecha 24 de febrero, ante su Despacho, por medio del correspondiente auto cabeza de proceso, abrió la investigación con respecto a los hechos relatados, practicó algunas pruebas y luégo remitió el sumario, por habérsele solicitado, a la Alcaldía de Icononzo, de donde pasó al Juzgado 54 de Instrucción Criminal, comisionado para perfeccionarlo, Juzgado del que, conforme a repartimiento, fue a dar al 3º Superior de Ibagué, el cual, en auto del 17 de marzo de 1959, llamó a juicio al procesado señor Mayorga Fetecua y más tarde, llegada la oportunidad legal, propuso al jurado, conforme a las bases del enjuiciamiento, el cuestionario que a continuación se transcribe, seguido de la respuesta mayoritaria que recibió y que constituyó, por lo tanto, el veredicto:

"¿El acusado *Manuel Antonio Mayorga Fetecua,* de condiciones civiles anotadas en el auto de proceder, es responsable de haber ocasionado la muerte a *Noé Mayorga,* por medio de una herida causada con proyectil de arma de fuego de corto calibre (revólver), que penetró por el pómulo derecho un poco encima de la comisura labial y fue a salir a nivel de la región occipital, que trajo como consecuencia su fallecimiento inmediato, debido a la perforación de la masa encefálica producida por el proyectil descrito, hecho ejecutado por el acusado con intención de matar, ocurrido el día sábado 22 de febrero de 1958, entre las diez y las once de la noche, en la finca llamada 'La Florida', de propiedad de Angel Alberto Mayorga, sita en el Corregimiento de Yopal, jurisdicción del Municipio de Iconozo, de este Distrito Judicial?"

Respuesta: "Sí es responsable, pero en estado de anormalidad producida por el alcohol".

El Juzgado, con fundamento en el veredicto reproducido, mediante sentencia del 17 de agosto de 1960, condenó al procesado Mayorga Fetecua a la pena de nueve años de presidio y accesorias del caso, fallo que el Tribunal Superior de Ibagué reformó en el suyo del 24 de febrero del año pasado para reducir a ocho años de presidio la pena principal.

DEMANDA DE CASACION:

En la demanda, presentada con arreglo a las exigencias legales, el recurrente, por conducto de su apoderado, invoca como causales de casación las previstas en los ordinales 4º y 3º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal y así, con apoyo en la primera de las dos, sostiene que el fallo acusado es violatorio del artículo 26 de la Constitución Nacional, "toda vez que se produjo sobre un juicio viciado de nulidad puesto que el auto cabeza de proceso que declaró abierta la investigación lo profirió un individuo sin facultades para realizar actos jurisdiccionales, contrariando en esta forma los artículos 58 y 55 de nuestro canon constitucional, y al estar afectada de nulidad esta providencia generó consecuentemente, la nulidad de todo el proceso y, de consiguiente es procedente la aplicación del numeral 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal". Este criterio se plantea y sustenta conforme a las siguientes razones:

"En este orden de ideas, si la Constitución Nacional no ha facultado a los Inspectores de Policía, Nacional o Departamental, para el ejercicio de la judicatura, para cumplir funciones específicas judiciales o de administración de justicia y esta función se la torgó únicamente a entidades o institutos que forman parte de la rama jurisdiccional, y no a un miembro de la rama ejecutiva, todo acto de esta naturaleza jurídica que ejercite un individuo de esta clase, así esté amparado por la ley para este efecto, por ser contrario al canon constitucional, tal actuación no sólo ha de mirarse con recelo, sino que está afectada de nulidad constitucional y ha de declararse así, tal como lo ordena el artículo 215 de la Carta, tanto más cierto esto, cuanto que no solamente contraría el espíritu y la letra del citado artículo 58 sino, al mismo tiempo, el artículo 55 ibídem que consagra la separación de poderes.

"El dictar el auto cabeza de proceso en el que se declara abierta una investigación de carácter penal y la práctica de diligencias procesales penales, son actos de naturaleza jurídica estrictamente judicial o de administración de justicia, propias, en su esencia, de la rama jurisdiccional..."

RESPUESTA:

El problema que aparece planteado en los párrafos que se transcriben ha sido dilucidado por la Corte en diversidad de fallos, de los cuales apenas es necesario recordar los dos que invoca el señor Procurador y que a continuación se reproducen en lo fundamental:

"Antes de regir el nuevo Código de Procedimiento Penal, por mandato del artículo 64 de la Ley 169 de 1896, tenían atribuciones los funcionarios de instrucción —entre otros— los gobernadores de los departamentos, los prefectos de las provincias, los alcaldes municipales, los inspectores de policía nacional y de los departamentos, pero esas atribuciones les fueron suprimidas en virtud de la Ley 94 de 1938, para radicarlas en los funcionarios de la rama jurisdiccional, creándose por este motivo la institución denominada jueces de instrucción criminal.

"Pero dificultades fiscales impidieron apropiar las partidas correspondientes para atender el correcto y normal funcionamiento de los juzgados de instrucción, creado por el artículo 36 del Código de Procedimiento Penal, hoy treinta de la Ley 4ª de 1943. Por esta razón el Gobierno, en ejercicio de las facultades extraordinarias de que estaba investido por el artículo 25 de la Ley 92 de 1938 dispuso en el artículo 2º del Decreto ley 1111 de 1938, que 'mientras se apro-

pian las partidas correspondientes para los nuevos funcionarios de instrucción, continuarán encargados de la instrucción criminal los funcionarios que actualmente tienen tal carácter'.

"En esta forma se dio vigencia a la disposición del artículo 64 de la Ley 169 de 1896, y dentro de la organización actual también son funcionarios de instrucción con facultades para adelantar las investigaciones aquellos cuya enumeración trae la disposición citada y entre éstos, están incluídos los prefectos judiciales y los alcaldes municipales". (Casación, de 16 de septiembre de 1948, LXIV, 885)

"Actualmente y dentro de las normas que rigen la investigación de los procesos penales, no existen, propiamente, los funcionarios de instrucción de que hablan los artículos 37 a 40 y 60, numeral 5º, del Código de Procedimiento Penal, porque el Decreto ley 1111 de 1938 suspendió la vigencia de las disposiciones citadas y determinó que mientras se apropien las partidas correspondientes 'continuarán encargados de la instrucción criminal los funcionarios que actualmente tienen tal carácter', y esos funcionarios no son otros que los enumerados en las diversas leyes anteriores del Código de Procedimiento Penal, o sean, entre otros, los corregidores, inspectores de policía nacional o departamental y todos aquellos funcionarios creados en virtud de ordenanzas departamentales". (Sentencia, 4 de junio de 1950, LXVII, 584).

La causal 3ª se propone en la consideración de que, a juicio del recurrente, el fallo acusado se profirió, como el de primera instancia, "en desacuerdo con el veredicto del jurado", tesis que se sustenta conforme al siguiente raciocinio:

"Acerca de este veredicto pueden caber tres hipótesis y a renglón seguido se estudiarán: a) se trata de un veredicto condenatorio por mayoría de votos del jurado de conciencia; b) se trata de un veredicto contradictorio; c) se trata de un veredicto absolutorio, por unanimidad, en su esencia".

RESPUESTA:

En presencia del veredicto del jurado, reproducido atrás en la simplicidad de los términos en que fue expresado, apenas es obvio que, de las tres hipótesis a que se alude, dos de ellas, la relativa a absolución y la de veredicto contradictorio, carecen del más mínimo asidero.

En efecto, en la respuesta mayoritaria del jurado, que es la que importa como veredicto, aparece afirmada la culpabilidad del procesado, de modo claro y preciso, por medio de las palabras "SI ES RESPONSABLE", palabras que, dentro de la proposición que integran, cualquiera que sea el esfuerzo que se haga, jamás podrán ser entendidas con el significado de absolución.

Esa proposición de que se valió el jurado para sentar que Mayorga Fetecua era responsable del homicidio porque se le juzgaba, en modo alguno pierde su sentido o modifica sus alcances con la frase explicativa "pero en estado de anormalidad producido por el alcohol", la cual sólo tiene como misión, de acuerdo con la lógica y los datos del expediente, señalar que el procesado, en la consumación del delito, había obrado en estado de beodez, circunstancia que por sí misma y como lo reconció el jurado, no excluye la responsabilidad. El veredicto fue, pues, condenatorio, en orden a un delito de homicidio simplemente voluntario. El señor Procurador es de este mismo parecer con fundamento en las razones que en seguida se reproducen, no sin advertir que la Sala las acoge, destacando su solidez:

"La hipótesis de un veredicto contradictorio es materia de la causal séptima de casación, la cual no ha sido invocada, y su estudio, ni siquiera incidentalmente o por vía de simple referencia o comparación, puede ser adelantado por la honorable Corte, ya que esta entidad sólo está obligada de hacerlo cuando se aduce ante ella la respectiva causal.

"La del veredicto absolutorio por unanimidad, conclusión extraída de la 'esencia' o sustancia de las respuestas de los jurados, es decir, por desintegración de tales respuestas, no tiene fundamento serio alguno, como que los argumentos del actor se basaron en simples suposiciones e inferencias hechas que no pueden ser de recibo.

"Por lo demás, cabe decir que si bien es cierto que el procesado Mayorga Fetecua se hallaba en estado de embriaguez agresiva, no es menos evidente que no quedó probado que tal estado de embriaguez fuese de tal naturaleza que pudiera haber llevado al Juez de conciencia hasta el convencimiento de la irresponsabilidad del procesado. Antes por el contrario, el concienzudo estudio médico legal que obra al folio 125 del cuaderno número primero, modelo en su género, en nada es favorable a inclinar el ánimo a favor del individuo examinado.

"En cambio, los razonamientos hechos al respecto por los falladores de una y otra instancia, corresponden a la realidad de lo ocurrido y

representan o equivalen a una verdadera interpretación del veredicto, acorde con la verdad real y procesal de los hechos, adecuado a la personalidad del delincuente. Son, por lo mismo, la base justa y legítima de la sentencia dictada y de la pena asignada, de la cual cabe decir que es muy benigna por ser cierto que el delito cometido estuvo rodeado de circunstancias de agravación tales como la indefensión de la víctima, el parentesco, el motivo de venganza por una supuesta denuncia en su contra, el ocultamiento del cadáver, etc., etc.''

De manera que, en orden a las razones consignadas, la causal 3ª, como sucede con la 4ª, atrás examinada, tampoco puede prosperar, y entonces debe desecharse el recurso de casación materia de estudio.

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 contra la sentencia de que expresamente se trata en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León, Secretario.

HOMICIDIO. — VIOLACION DE NORMAS PROCESALES

Se invalida la sentencia condenatoria recurrida y se ordena subsanar el procedimiento adelantado conforme al Decreto 012 de 1959 e imprimirle a los autos la tramitación ordinaria.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Invocadas las causales 4ª, 1ª y 2ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, es preciso tratar en primer lugar la 4ª, no obstante la solicitud para que se examinen con prelación las otras dos, ya que así lo exige la técnica del recurso.

2. La aplicación del Decreto 012 de 4 de junio de 1959 a procesos con respecto a hechos consumados en fecha anterior a su vigencia, entraña flagrante violación del artículo 26 de la Constitución Nacional.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, quince de febrero de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 14 de junio de 1960, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga condenó al señor *José Jesús Zapata Gil,* como responsable de los delitos de homicidio en el señor Jesús María Castaño y lesiones en el señor Joaquín Castaño, a la pena de *ocho* (8) *años* y *seis* (6) *meses de presidio* y accesorias correspondientes.

HECHOS:

En orden a las conclusiones a que habrá de llegarse en esta providencia, apenas es necesario referir que el señor José Jesús Zapata aparece acusado en este proceso de haber causado la muerte, por medio de disparos de revólver, al señor Jesús María Castaño, y de haber herido, con la misma clase de arma, al señor Joaquín Castaño, de acuerdo con hechos que llevó a término el 7 de septiembre de 1958 a la salida de la población de "El Aguila", Municipio del Departamento del Valle.

TRAMITACION:

Al proceso se le dio la tramitación consagrada en el artículo 3º del Decreto 0012 del 4 de junio de 1959 y en esta suerte, cerrada la investigación y corrido el traslado allí prescrito, el Juzgado 1º Superior de Buga, que fue el de conocimiento en primera instancia, mediante sentencia del 6 de noviembre de 1959, condenó al señor José Jesús Zapata Gil, como responsable de los dos delitos mencionados, a la pena de ocho años y seis meses de presidio, aplicándole, de otra parte, las penas accesorias del caso. Ese fallo lo confirmó el predicho Tribunal en el suyo del 14 de junio de 1960.

DEMANDA DE CASACION:

En la demanda, formulada con arreglo a las exigencias legales, el recurrente, por conducto de su apoderado, invoca las causales 4ª, 2ª y 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, de las cuales es preciso tratar, en primer lugar, la 4ª, no obstante la solicitud que al final de la presentación de ella en el libelo se formula para que se examinen con prelación las otras dos, ya que ello es una exigencia de la técnica del recurso. Esa causal, en cuanto al

cargo destinado a prosperar, se sustenta así:

"Como los hechos ocurrieron antes del cuatro de junio de 1959, y la honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia de este año, declaró inexequible el Decreto 0012 de 1959, con fundamento en dicho fallo, y las innumerables doctrinas de esa alta Corporación, invoco en favor de mi patrocinado dichas resoluciones, pidiendo de plano se decrete la nulidad del presente juicio".

SE CONSIDERA:

La aplicación del Decreto 0012 del 4 de junio de 1959 a procesos con respecto a hechos consumados en fecha anterior a su vigencia, como lo ha sentado la Corte en diversidad de fallos cuya reproducción es absolutamente innecesaria, entraña flagrante violación del artículo 26 de la Constitución Nacional.

En el caso de que se trata, la violación de las normas procesales comenzó a partir del auto del 8 de julio de 1959, visible al folio 109 del cuaderno principal del expediente y entonces es desde allí desde donde tiene que invalidarse la actuación para que se le imprima al negocio el trámite ordinario, no sin advertir que esa determinación en modo alguno podrá afectar providencias en que se hayan adoptado medidas preventivas.

En virtud 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, INVALIDA la sentencia recurrida y ordena devolver el proceso, por conducto del Tribunal de origen, al Juzgado de conocimiento para que se subsane el procedimiento a partir del auto especificado en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León, Secretario.

HOMICIDIO. — QUEBRANTAMIENTO DE NORMAS PROCESALES

Invalídase el fallo condenatorio acusado y ordénase reponer la actuación a efecto de imprimirle al negocio el trámite ordinario. Indebida aplicación del procedimiento establecido en el artículo 3º del Decreto 012 de 1959.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. La aplicación del Decreto 012 de 4 de junio de 1959 a procesos referentes a hechos consumados con anterioridad a la fecha de su vigencia, entraña flagrante violación del artículo 26 de la Carta.

2. Conviene recalcar en que la determinación de la Corte en nada afecta las providencias referidas a detenciones preventivas, las cuales se adoptaron, como aparece, en etapa procesal anterior a la que debe reponerse.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, diecinueve de febrero de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 22 de febrero del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga condenó a los señores *Pedro María Mora, Javier Murillo, Ernesto Naranjo, Raúl Rivera, Ramón Elías Martínez* y *Serafín Espinal,* por razón del delito de homicidio en el señor Mariano Vallejo, a la pena de *diez* (10) *años de presidio* cada uno y accesorias del caso.

ANTECEDENTES:

En atención a las conclusiones a que habrá de llegarse en esta providencia, en lo tocante con los hechos del proceso, apenas es necesario anotar que los sujetos cuyos nombres se dejaron consignados aparecen acusados de haber dado muerte al señor Mariano Vallejo en la tarde del 10 de diciembre de 1950 en el caserío de "Venecia", correspondiente al Municipio de Trujillo, en el Departamento del Valle.

Del proceso generado en la muerte delictuosa del señor Mariano Vallejo conoció, en primera instancia, el Juzgado 1º Superior de Buga, el cual, con arreglo a los trámites fijados en el artículo 3º del Decreto 0012 del 4 de junio de 1959, ordenados en el auto del 5 de febrero de 1960, mediante sentencia del 22 del mismo mes, condenó a los expresados Mora, Murillo, Naranjo, Rivera, Martínez y Espinal, por razón de aquel delito, a la pena de diez y seis (16) años de presidio cada uno y accesorias del caso, fallo que el Tribunal Superior de la misma ciudad citada reformó en el suyo del 22 de febrero del año pasado en el sentido de reducir a diez (10) años de presidio la pena principal impuesta a los procesados.

DEMANDA DE CASACION:

De los seis procesados sometidos a condena, cuatro de ellos, los señores Pedro Mora, Javier Murillo, Raúl Rivera y Ernesto Naranjo, interpusieron contra el fallo acusado el recurso de casación, pero sólo el primero de los nombrados presentó la correspondiente demanda. Los otros se abstuvieron de hacerlo.

En esa demanda, acorde con las exigencias legales, el señor Mora Caviedes, por conducto de su apoderado, invoca como única causal de casación la prevista en el ordinal 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal y es así como sostiene que la sentencia impugnada es "violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad", tesis que sustenta a través de dos cargos, referido el uno a falta de jurisdicción para proferir los fallos de las dos instancias del proceso, jurisdicción que, en concepto del recurrente, quedó perdida tan pronto se formuló la petición a que se contrae el memorial del folio 109 y siguientes del cuaderno principal para que se pasase el negocio al Tribunal Superior Militar a fin de que allí se entrara a resolver sobre amnistía respecto a los acusados, y el otro a quebrantamiento del artículo 26 de la Constitución Nacional por aplicación del Decreto 0012 del 4 de junio de 1959 a hechos de consumación muy anterior a su vigencia.

SE CONSIDERA:

La aplicación del Decreto 0012 del 4 de junio de 1959 a procesos con respecto a hechos consumados con anterioridad a la fecha de su vigencia, como lo ha sentado la Corte en fallos cuya reproducción es innecesaria, entraña flagrante violación del artículo 26 de la Constitución Nacional.

En el caso de autos, el quebrantamiento de las normas procesales comenzó a partir de la providencia del 5 de febrero de 1960, visible al folio 102 vuelto del cuaderno principal y, en consecuecia, es desde allí desde donde tiene que invalidarse la actuación a efecto de que se le imprima al negocio el trámite ordinario.

La nulidad de orden legal que se propone no requiere ser estudiada, puesto que, aun en el evento de que prosperara, ningunas serían sus consecuencias, precisamente porque ella sería decretable, de acuerdo con los mismos términos de la demanda, desde que se hizo la solicitud para que el proceso pasara al Tribunal Superior Militar a fin de que esa entidad resolviera sobre amnistía, es decir, a partir del folio 109, que es donde aparece el memorial en que se hizo esa petición, en tanto que la de carácter constitucional opera a partir del folio 102 vuelto, donde se encuentra el auto por medio del cual se imprimió al proceso la tramitación del artículo 3º del Decreto 0012.

Por último, conviene recalcar en que la determinación de la Corte en nada afecta las providencias referidas a detenciones preventivas, las cuales se adoptaron, como aparece, en etapa procesal anterior a la que debe reponerse.

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, INVALIDA la sentencia recurrida y ORDENA devolver el proceso, por conducto del Tribunal de origen, al Juzgado de conocimiento para que se subsane el procedimiento a partir del auto especificado en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León, Secretario.

HOMICIDIO, ROBO Y VIOLACION DE DOMICILIO. — COMPLICIDAD NO NECESARIA. — ERRADA INTERPRETACION DE LOS HECHOS E INDEBIDA APLICACION DE LA LEY

La Corte invalida la condena proferida contra el recurrente a quien, en cambio, absuelve. El proceso, referente a graves hechos cumplidos por una banda de asesinos y ladrones, culminó, en instancias, con una serie de condenas. Sólo uno de los procesados recurrió en casación. La Corte halla insuficiente la prueba de donde se dedujo su complicidad no necesaria.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Conforme a la técnica propia del recurso de casación, debe darse prelación al estudio de las impugnaciones que, dada su naturaleza, no sólo afectan la validez del fallo que se trata de desquiciar, sino la del juicio mismo.

2. Al indicar el artículo 30 del Decreto 012 de 1959 que sus normas procedimentales se aplicarán también a los delitos conexos con los que el mismo Decreto enumera en el artículo 1º, no hizo sino inspirarse en el principio general, según el cual, los delitos conexos se investigarán y fallarán en un mismo proceso.

3. Supuesto que por razón de conexidad resultaba preciso investigar y fallar el múltiple homicidio agravado y el delito de violación de domicilio conjuntamente con el de robo, elementales razones de lógica procesal indicaban que el procedimiento adecuado era el que regía para el delito más grave del concurso planteado, o sea el del Decreto 012 de 1959 y no, como se pretende, el previsto en el 014 de 1955.

4. Para atribuírle al procesado recurrente la calidad de cómplice secundario, sería preciso que se hallara plenamente demostrado que aquél, con conocimiento de causa, auxilió a los forajidos con anterioridad a los delitos por éstos perpetrados, auxilio o cooperación no indispensables para la consumación de tales hechos delictuosos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, veinte de febrero de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Luis Alfredo Calderón Saavedra contra la sentencia de fecha treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos sesenta, en virtud de la cual fue condenado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira a la pena principal de seis (6) años de presidio, más las accesorias correspondientes, como cómplice secundario en los delitos de homicidio, robo y violación de domicilio, perpetrados en las personas y bienes de María Aurora Bermúdez de Arboleda, Luis Alfredo Bermúdez Arboleda, Luis Felipe Cuenca, Hernando Patiño, Aldemar Camargo, Esnoraldo Bedoya López, Jaime Bedoya Barragán, Octavio Bedoya Barragán y Jair Bedoya Barragán.

ANTECEDENTES

Los hechos a que se contrae el proceso fueron sintetizados por el ad quem de la siguiente manera:

"A eso de las cinco y media de la tarde del nueve de junio del año anterior, (1959) un grupo de forajidos disfrazados con indumentarias militares y debidamente armados, irrumpió intempestivamente en la casa de la finca denominada 'La Coralia', ubicada en el paraje de 'Cañaveral', jurisdicción del Municipio de Pijao y en forma salvaje se dedicaron a masacrar a sus habitantes, dejando muertos a los señores María Aurora Bermúdez de Arboleda, Luis Alfonso Arboleda Bermúdez, Luis Felipe Cuenca, Hernando Patiño y Aldemar Camargo. Luégo los asaltantes procedieron a requisar la casa y se sustrajeron tres vestidos de paño, varias colchas y una pistola automática de 12 tiros, estimada en ochocientos pesos.

"Consumado ese ataque, a eso de las siete de la noche, pasaron a la finca vecina 'El Porvenir' y allí dieron muerte a los señores Esnoraldo Bedoya López, Jaime, Octavio y Jair Bedoya Barragán, para después dedicarse a saquear la casa, habiéndose llevado un reloj marca 'Lanco' de pulso, estimado en ciento veinte pesos; un anillo de oro fino con piedra roja que valía setenta pesos; dos machetes grandes y nuevos marca 'Corneta', dos ruanas, un sombrero; un revólver calibre 32 corto, cuyo precio es de doscientos cincuenta pesos; dos cédulas de ciudadanía pertenecientes a Esnoraldo Bedoya y Octavio Bedoya Barragán; y ciento cuarenta pesos en efectivo".

Las primeras labores investigativas fueron realizadas por la Inspección Departamental de Policía de Barragán (Caldas). El desarrollo de la investigación estuvo luégo a cargo de los Jueces 146 y 43 de Instrucción Criminal, quienes practicaron numerosas diligencias.

Este último funcionario, en providencia del veintitrés de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve, les impuso penas privativas de la libertad, como responsables de los mencionados delitos y en la proporción que en seguida se verá, a los siguientes procesados: a Alfredo Martínez Loaiza, veinticuatro (24) años de presidio; a Arturo Sánchez (a. "Pichón") y Campo Elías N. (a. "El Polancho" o "El Ñoto"), veinte (20) años de presidio para cada uno; a Luis Alfredo Calderón Saavedra, diez y ocho (18) años de presidio; a José Aldemar Calderón, diez y siete (17) años de presidio; a Argemiro Calderón Saavedra, nueve (9) años de presidio; a Bernardo Giraldo Hoyos y Ana Ofelia López de Calderón, ocho (8) años de presidio.

En el mismo proveído sobreseyó temporalmente en favor de los sindicados Marco Antonio Rivas Barragán, Jesús María Sánchez Cifuentes, Julio César Herrera Molina, Carlos Augusto Marín Vera (a. "La Seca"), Juan de Dios Rodríguez Montes o Londoño, José Jesús Castaño López, Miguel Angel Castaño López y Luis Angel Londoño Aguirre.

Finalmente, absolvió a Domingo Mayorga Silva, Gustavo Barragán Marín, Luis Enrique Pavas López, Marco Aurelio Vanegas Rodríguez y Misael Díaz Velásquez.

El Tribunal, al tener oportunidad de revisar, por apelación, la providencia de primer grado, luégo de extensa motivación, modificó importantes aspectos de la parte resolutiva. Concretamente, en cuanto a Luis Alfredo Calderón Saavedra se refiere, considera que el acervo probatorio del proceso no permite asignarle a dicho procesado la categoría de autor intelectual de los hechos de autos, como lo estimó el fallador de primera instancia, pero que en cambio sí proporciona suficiente base para deducir que estaba en antecedentes de lo que iba a ocurrir, y que prestó a los autores una colaboración anterior a los actos criminosos. Se trata, pues, con respecto a Calderón Saavedra, de una complicidad secundaria, ya que, al decir del *ad quem* "...los crímenes siempre se hubieran perpetrado sin su cooperación..." Este diferente planteamiento jurídico se reflejó, como es obvio, en la dosificación de la pena, la cual, como ya hubo de expresarse, fue reducida por el Tribunal de diez y ocho (18) a seis (6) años de presidio, decisión que se adoptó con el voto disidente del Magistrado doctor José J. Jiménez, quien después de examinar las pruebas de autos en relación con este procesado, resumió su criterio en los siguientes términos:

"En estas condiciones, Luis Alfredo Calderón no aparece ni como autor material, ni está comprendido dentro de los artículos 19 y 20 del C. Penal, pues está demostrado que con su actividad o sin ella los criminales hubieran cometido el delito; tampoco prestó ayuda posterior, previamente concertada ni a sabiendas, pues ignoraba que se iban a cometer tales delitos. Por otra parte ni siquiera se conocen los autores del delito (materiales) pra (sic) poder entonces hablar de autoría intelectual. Además demostró fehacientemente su coartada y comprobó con certificaciones de probada calidad moral, su buena conducta. Por lo tanto, deberá también

revocarse la sentencia condenatoria proferida en su contra y en su lugar absolverlo de todos los cargos por los cuales fue indagado, como ha sido solicitado en forma por demás magnífica por su defensor, doctor Juan Cárdenas Suárez, en alegatos presentados ante el Juez de la causa y ante la Sala. Allí expone ampliamente los conceptos diversos de complicidad y concluye con lógica precisa, que en ninguno de ellos está catalogado su defendido''.

Cabe anotar que al negocio se aplicaron las normas procedimentales previstas en el Decreto número 0012 de fecha 4 de junio de 1959.

DEMANDA DE CASACION

El recurso fue sustentado por abogado titulado e inscrito en la Corte, mediante escrito que, en general, reúne los requisitos de fondo y de forma que exigen la ley y la doctrina. El apoderado de Calderón Saavedra, único recurrente, impugna la sentencia acusada con invocación de las causales previstas en los numerales 2º, 1º y 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, en su orden. Y advierte el actor que invoca la última con carácter subsidiario. Concluye el libelo expresando que si el fallo recurrido ha de casarse con fundamento en las dos primeras causales, ''se dicte la correspondiente sentencia absolutoria''; o que, en el caso de prosperar la subsidiaria, aquél ''se anule y se ordene reponer el procedimiento''.

Causal 2ª.—Errada interpretación o apreciación de los hechos.

Afirma el demandante que... ''De la motivación de la sentencia, dada por el honorable Tribunal en cuanto al señor Luis Alfredo Calderón Saavedra, se desprende que esta entidad dio errada interpretación a los hechos que consideró probados, y les dio o atribuyó un valor que no tienen para deducir complicidad secundaria imputable a mi poderdante''.

En apoyo de su aserto destaca el siguiente aparte del fallo acusado:

''Lo único que se puede colegir de las pruebas recogidas en su contra —se refiere a Luis Alfredo Calderón Saavedra— es que en su casa y con anterioridad a los hechos, se reunían con él los antisociales nombrados; que esa noche después de haberse consumado los ilícitos, él fue informado en Barragán cuando se hallaba departiendo en una cantina con varios amigos, sobre su ocurrencia y que al regresar a su casa esa noche manifestó: 'Mataron a esa gente a quien iban a matar', advirtiéndoles a los que le escucharon, que no fueran a decir nada de eso''.

El impugnador se detiene a examinar las pruebas de cargo en relación con su poderdante, para llegar a las siguientes conclusiones:

a) Que aun en el caso de que se aceptara que tales reuniones se realizaran en casa de Calderón Saavedra, ''ello no significaría que la permanencia de dos o tres sujetos constituían ayuda —con conocimiento de causa— para hacer posibles los asesinatos y robos que se llevaron a efecto'', por lo cual considera que erró el Tribunal ''al dar por probadas las supuestas reuniones'' y al atribuírles ''un fin no probado para ese supuesto''.

b) Que es irrelevante, para atribuírle responsabilidad al procesado, el hecho de que éste se hubiera enterado en Barragán acerca de la comisión de los delitos, ''pues la noticia no fue llevada por persona encargada de poner ese hecho en su conocimiento sino por persona diferente que quiso hacerlo saber a los contertulios de Calderón Saavedra''. ''Ese conocimiento —agrega— no implica responsabilidad pues fue hecho notorio que los asesinatos y robos se habían cometido''.

c) Que ''haber supuestamente pronunciado la frase 'mataron a esa gente a quien (sic) iban a matar', podría significar que Calderón tenía conocimiento de que algo se estaba gestando pero de que tuviera ese conocimiento a que hubiera cooperado de cualquiera manera no se puede pasar, en materia tan delicada como la que toca con la libertad de las personas, mediante una simple hipótesis aventurada, mediante una lucubración sin fundamento''.

A continuación, el actor argumenta de la siguiente manera:

''Exigiendo el artículo 20 del Código Penal, para imputar complicidad secundaria, que se haya cooperado a la ejecución del hecho o prestádose una ayuda posterior, cumpliendo promesas anteriores, para sancionar a una persona bajo el cargo de cómplice se requiere que hubiera existido efectivamente esa cooperación, que esté demostrado que se colaboró a sabiendas de que se ayudaba para la perpetración de un hecho delictuoso específico.

''Comentando el artículo 20 de nuestro estatuto Penal, dice el doctor Luis Carlos Pérez:

'Como en la figura del artículo 19, en ésta es necesario el dolo del delito, es decir, la inten-

ción de realizar el fin propuesto por todos y la voluntad de ejecutar los actos consiguientes. Cooperar, del latín *cum* (con) y *operari* (trabajar), implica una labor común que resulta inconcebible si no es querida por los empresarios...'

"Como se ve, a una supuesta prueba de que a la casa de Calderón Saavedra iban en ocasiones personas extrañas —a lo cual el Juez de primera instancia y el Tribunal dieron el nombre de reuniones— le fue dada por el honorable Tribunal de Pereira una errada interpretación o apreciación y se le dio un valor probatorio que no tiene, pues jamás de una simple concurrencia de personas se puede deducir porque sí, que ella tiene por objeto éste o aquel hecho delictuoso, así él sea consumado por algunos integrantes de la reunión anterior.

"Y también se dio un valor que no tienen a hechos indiferentes como son el haber supuestamente oído el señor Calderón la noticia en Barragán y presuntamente haber manifestado al llegar a su casa que habían matado a las personas que iban a matar".

Termina el demandante su alegación reiterando la solicitud de que "se reconozca la causal invocada, se case la sentencia y se dicte la correspondiente sentencia absolutoria" para su poderdante, señor Luis Alfredo Calderón Saavedra.

Causal 1ª Ser el fallo violatorio de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Estima el recurrente que el Tribunal, "al condenar a Luis Alfredo Calderón Saavedra a la pena de seis años de presidio, violó el artículo 20 del Código Penal por errónea interpretación, pues consideró que dicha norma sanciona —relacionándola con las que definen y sancionan delitos específicos— a quien tiene conocimiento previo de que va a cometerse un hecho delictuoso, que no otra cosa dijo el honorable Tribunal al motivar la sentencia así, en cuanto a mi poderdante: 'En síntesis, si no se demostró su autoría intelectual, de las pruebas allegadas en su contra, sí se deduce que estaba en antecedentes de lo que iba a ocurrir' y, por errónea interpretación de esa norma le dio aplicación ante una supuesta prueba objetiva de lo que el Tribunal consideró como cooperación, sin tener en cuenta que para que se dé la complicidad, así sea secundaria, se requiere cooperación con voluntad de que el hecho o hechos delictuosos se realicen y que no basta una simple cooperación inocua y sin conocimiento de lo que va a ocurrir". Y concluye:

"Con esa indebida interpretación de la norma frente a los hechos supuestamente probados, fue violada la ley y de allí que se hubiera presentado una indebida aplicación del artículo 20 del Código Penal en concordancia con los artículos 362 y 33 de la misma obra".

Causal 4ª Los argumentos expuestos por el impugnador para sustentar esta causal pueden resumirse así:

Este proceso, en el cual se ha juzgado a Calderón Saavedra como cómplice no necesario en relación con un concurso de delitos —homicidios, robo y violación de domicilio— se ha tramitado conforme a las normas del Decreto 0012 de fecha 4 de junio de 1959. El referido Decreto enumera en su artículo 1º los delitos en cuyo juzgamiento se aplicarán las normas del mismo estatuto. Dentro de tal enumeración no se halla comprendido el delito de robo. Luego al presente proceso ha debido imprimírsele el trámite del Decreto 0014 de 1955, por ser sus disposiciones menos restrictivas que las contenidas en el 0012.

El demandante hace en seguida una sintética confrontación de los dos decretos, para destacar la favorabilidad del que él considera que debió aplicarse, es decir, el 0014, todo para concluír que al no procederse así, "se dejaron de observar las formalidades propias del juicio y se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, a quien correspondió dar respuesta a la demanda, con criterio informado en la técnica de este recurso extraordinario, estudia las causales propuestas en orden inverso al en que fueron aducidas por el actor, vale decir, otorgando preferencia a la cuarta, para referirse luégo a las que el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal consagra en sus numerales 2º y 1º.

En cuanto a la causal cuarta, estima el señor Procurador que ésta no puede prosperar, tal como ha sido planteada, por las siguientes razones:

"Si bien es cierto que el Decreto extraordinario 0012 de 1959, en su artículo 1º enumera los delitos sobre los cuales puede ser aplicado el mencionado decreto, y no se contiene en esta enumeración el delito de robo, también lo es que el mismo, en su artículo 30 dice que las personas que sean condenadas de acuerdo con las normas de este decreto y por los delitos que en él se señalan O LOS CONEXOS CON ELLOS

(mayúsculas del Despacho) seguirán el tratamiento procesal que estatuye.

"Abundando sobre estas razones el artículo 54 del Código de Procedimiento Penal perentoriamente ordena que los delitos conexos se investigarán en un mismo proceso, y, virtualmente sobre este mismo aspecto comentan lo pertinente los artículos 31 y 33 del Código Penal.

"Es indudable que dentro de este proceso el fenómeno jurídico de la conexidad se operó con toda evidencia y que por lo tanto no era ni podía ser aceptable el darle tratamiento procesal diferente al que desde los inicios de la investigación se puso en movimiento.

"En ninguna forma puede afirmarse que por tal razón la defensa del procesado haya sufrido merma o desmedro y que no se permitiera ejecutarla al amparo del derecho o desacatando los preceptos de la norma constitucional contenidos en el artículo 26 de la Carta".

Juzga en cambio el Procurador que las razones expuestas por el actor para sustentar la causal segunda de casación son idóneas para demostrar que el *ad quem* "dio errada interpretación a los hechos que consideró probados, atribuyéndoles un valor que no tienen para deducir una complicidad secundaria imputable a Luis Alfredo Calderón".

A tal conclusión llega el señor Agente del Ministerio Público después de un cuidadoso examen de las pruebas sobre las cuales se apoyó el fallador de segunda instancia para asignarle al procesado la categoría de cómplice no necesario en relación con los hechos delictuosos a que se contrae el proceso.

Importa transcribir los apartes fundamentales en que el señor Procurador resume su pensamiento sobre la viabilidad de la causal segunda:

"No queda demostrado, pues, que Calderón estuviera en antecedentes de los crímenes que se produjeron en la noche del 9 de julio (sic) de 1959, mucho menos que hubiera propiciado reuniones de gentes en su casa para que éstas desataran luégo los asaltos en las fincas circunvecinas, menos aún que en estas reuniones se hubieran planeado las formas para llevar al hecho los ilícitos, y tampoco que Calderón hubiera proporcionado a estas gentes ayuda anterior al delito.

"Obró acertadamente el Tribunal al descartar la autoría intelectual de Calderón con base en las pruebas que se alegaron en su contra, pero obró con mala fortuna y con poco análisis del mismo material probatorio al considerar que estos mismos elementos le daban base para dar por hecha la colaboración anterior prestada por el procesado a los delincuentes.

"Siguiendo el pensamiento de la Corporación debería estar plenamente demostrado que Luis Alfredo Calderón auxilió a los forajidos con anterioridad a la comisión de los ilícitos de homicidio, robo y violación de domicilio que perpetraran en la noche del 9 de julio (sic). Mas esta demostración no pasa, y así lo considera esta Procuraduría, de ser una mera hipótesis, perfectamente descartable y que en nada se atiene a la norma que sienta el artículo 20 del Código de las Penas.

"Sobre el aspecto del hallazgo de prendas militares en poder de Calderón o en su casa de habitación, debe quedar suficientemente claro que, primeramente, no se demostró sin duda alguna la existencia de este hallazgo, sobre el cual sólo existe una información de una oficina militar, y que, en segundo lugar, esa misma información sitúa el lugar en que se hallaron dichas prendas, no en la casa de Calderón, sino en una vivienda semiabandonada, más o menos cercana a su residencia. El hecho es por lo menos muy dudoso y no puede acriminarse en contra de Calderón con la plenitud valorativa como tal, que el Tribunal le concede".

Finalmente opina la Procuraduría, con respecto a la causal primera, que ésta también debe prosperar, porque no habiéndose demostrado en forma alguna que el procesado prestara cooperación o ayuda a los autores materiales de los delitos investigados, "es altamente errado el aplicar para su caso la norma del artículo 20 del Código Penal".

Concluye el representante del Ministerio Público solicitando a la Corte que case la sentencia acusada y profiera el fallo que debe reemplazarla, conforme al aparte a) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1ª Ya se ha visto cómo el señor Procurador estudia cada una de las causales propuestas, en orden inverso al adoptado por el recurrente. Es en ello lógico el distinguido colaborador. Porque, conforme a la técnica propia de este extraordinario recurso, deben tener prelación las impugnaciones que, dada su naturaleza, no sólo afectan la validez del fallo que se trata de desquiciar, sino la del juicio mismo. Y es indudable que, dentro de las causales de casación enumeradas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, la más amplia o comprensiva es

la cuarta, cuya finalidad, en caso de resultar victoriosa, es la de obtener que la Corte, con supremo poder jurisdiccional, formule una declaratoria total o parcial de nulidad y ordene devolver el proceso a quien corresponda, por conducto del Tribunal de origen, para que se reponga el procedimiento.

Siguiendo este método lógico, la Sala empezará por estudiar ahora la causal cuarta, como lo ha hecho en numerosas oportunidades anteriores.

2ª Al indicar el artículo 30 del Decreto 0012 de 1959 que sus normas procedimentales se aplicarán en los procesos que se adelanten por los delitos en el mismo estatuto previstos o los conexos con ellos, no hizo sino inspirarse en el principio general consagrado en el artículo 54 del Código de Procedimiento Penal, según el cual los delitos conexos se investigarán y fallarán en un mismo proceso, que fundamentalmente persigue la unidad de éste y la economía en el procedimiento.

Ahora bien: la conexidad, en el caso de autos, es evidente. Se hubiera roto la unidad del proceso y se habría violado la ley si se hubiese investigado y fallado separadamente el delito de robo. Y si éste debía investigarse y fallarse conjuntamente con el múltiple homicidio agravado y el delito de violación de domicilio, como se hizo, elementales razones de lógica procesal indican que el procedimiento adecuado era el que regía para el delito más grave del concurso planteado (homicidio agravado), y no el previsto en el Decreto 14 de 1955, aplicable a los estados de especial peligrosidad y a delitos contra la propiedad. A los procesados se les juzgó, pues, observando la plenitud de las formas propias del juicio, y en tal virtud no hubo violación del artículo 26 de la Carta.

No debe olvidarse, por lo demás, que los delitos juzgados fueron cometidos el 9 de junio de 1959, es decir, cuando ya se hallaba en vigor el Decreto 0012, cuya vigencia se inició el 4 del mismo mes. En consecuencia, no se justifica la causal de que se ha hecho mérito.

3ª La sentencia acusada, para afirmar la responsabilidad de Alfredo Calderón Saavedra como cómplice no necesario, parte de la base de que en el proceso se halla "suficientemente establecido" que aquél "sí tuvo conocimiento de los hechos ocurridos en 'La Coralia' y 'El Porvenir' desde la noche misma en que se perpetraron y no al día siguiente, como él lo afirma en su injurada, por lo cual es verosímil que hubiera informado esa noche en su casa, diciendo: 'mataron esa gente que iban a matar'."

De ahí que un poco más adelante, en el referido fallo, se afirme lo siguiente:

"En síntesis, si no se demostró su autoría intelectual, de las pruebas allegadas en su contra, sí se deduce que estaba en antecedentes de lo que iba a ocurrir y que *prestó su colaboración anterior a los delincuentes,* facilitando su casa para las reuniones e interviniendo en ellas; dándoles alojamiento a los delincuentes y permitiéndoles guardar allí objetos tan comprometedores como son los uniformes militares. Por eso se le debe catalogar como *cómplice secundario* ya que los crímenes siempre se hubieran perpetrado sin su cooperación". (Subrayó el Tribunal).

4ª Importa seguir al fallador de segundo grado en la relación de las pruebas sobre las cuales apoyó sus anteriores conclusiones.

a) Testimonio de Inés Ríos.

Lo condensa así el Tribunal:

"En síntesis, lo que dijo la Ríos Blandón fue bien poco: que había estado trabajando antes de los sucesos como cocinera en la casa del Alfredo Calderón y que allí hacía vida marital con Bernardo Giraldo; que allí conoció a un sujeto de nombre Arturo —cuya foto reconoció posteriormente— y que resultó ser Arturo Sánchez; que también habían llegado a esa casa un hombre y una mujer un lunes y se fueron un sábado, a quienes apodaban 'Los Polanches' y hermanos entre sí; que un día fue a bañarse con 'La Polancha' y ésta le contó que en los maletines que ella había traído, portaba desde Bogotá, armas y uniformes para su hermano; que a ella la echó de allí Alfredo Calderón porque se imaginó que era liberal por el color de los trajes que usaba, lo que ocurrió antes de la masacre. Lo demás son dizque referencias que le hizo Bernardo Giraldo,..."

b) Testimonio de Bernardo Giraldo.

Lo compendia así el fallador:

"Que él trabajaba en la finca de Alfredo Calderón desde hacía unos cuatro o cinco años; que él no había notado nada raro hasta que en el mes de mayo del año anterior, empezaron a reunirse de noche y en una pieza de la casa del citado Alfredo varios sujetos, entre los cuales conoció a Arturo Sánchez, Alfredo Martínez y un Campo Elías a quien llamaban 'Polancho', quien llegó con su hermana a quien le decían 'La Bogotana'; que a esas reuniones también asistía Aldemar Calderón; que el día del insuceso, estando él en la peladora a eso de las tres de la

tarde vio llegar a la casa de Alfredo Calderón a un grupo de uniformados, donde permanecieron como media hora, mientras tomaban agua de panela que les dio el servicio y luégo se fueron; que ya por la tarde cuando él iba en busca de unas mulas al potrero, volvió a ver al grupo de uniformados en una casa abandonada de la misma finca, que había estado habitada por Argemiro Calderón y reconoció a Arturo Sánchez, y Campo Elías 'El Polancho'; que Martínez y Sánchez decían que ellos iban a llevar sendas ametralladoras; que a él lo amarraron a un árbol de café del cual logró soltarse y se fue para la casa de don Alfredo a eso de las siete de la noche; que éste llegó después y le dijo a la señora Ofelia, su esposa, que 'mataron a esa gente que iban a matar' y les advirtió que no fueran a decir nada de eso".

c) Declaración de María de Jesús Ríos.

Esta mujer, meretriz de ocupación, hermana de Inés, al preguntársele si cuando estuvo en casa de Alfredo Calderón había visto a los sujetos apodados "Los Polanchos", manifestó:

"¿No serían unos que se quedaron ahí? Ahí llegaron un tipo y una mujer, y recuerdo que se quedaron en esa casa; recuerdo que el tipo era hermano de esa muchacha y también recuerdo que ella se quedó ahí durante dos o tres días, pues cuando yo me vine esa muchacha todavía estaba en casa de Alfredo Calderón, lo que no me acuerdo es si el hermano; a mí me parece que cuando yo llegué estaban ellos ahí ya, el tipo y la hermana, y también recuerdo que ella un día dijo que no iba a llegar el hermano, quien se había ido al día siguiente de haber llegado ellos a esa casa. En todo caso yo ví que esa mujer duró en esa casa unos dos o tres días y cuando yo me vine la dejé allá; yo no me acuerdo cómo era que nombraban a esa muchacha". (f. 327 v.).

d) Testimonio de Gustavo Giraldo Hoyos.

En lo pertinente, declaró:

"También llegaban gentes que no trabajaban, pues los trabajadores nos íbamos para el corte y esos tipos se quedaban ahí en la casa sin hacer nada y nosotros no sabíamos si esas gentes eran familiares o amigos del señor Alfredo Calderón; yo recuerdo que en una que otra vez veníamos del corte a la casa en busca del almuerzo o del 'algo' y encontrábamos a los tipos esos ahí, y eran dos o tres; también en ocasiones estábamos comiendo, por la tarde y llegaban esos tipos y los saludaban; a uno de esos tipos don Alfredo Calderón lo llamaba 'Tocayo', y de éste es el único que yo recuerdo que así lo llamaba don Alfredo Calderón y de los otros tipos sí no me dí cuenta de cómo era que los llamaba don Alfredo; ahora recuerdo que también llegaba uno de esos tipos y a quien yo lo veía muy poco debido a que me mantenía en el corte, que don Alfredo lo llamaba don Arturo; don Alfredo también mentaba a un tal 'Polancho' cuando hablaba con la señora de él, y yo les oí este nombre porque don Alfredo y doña Ofelia se sentaban en el extremo del corredor de la casa, cerca a la puerta de la pieza de ellos, y nosotros estábamos comiendo cerca de la cocina". (f. 497 fte. y vto.).

e) Relato de Luis Alfredo Giraldo:

"Días antes del crimen en la casa de don Alfredo Calderón, le cuento lo que me consta: Arturo Sánchez llegaba ahí, varias noches, en el tiempo que conozco yo a don Alfredo Calderón, y llegaba también Alfredo Martínez, que es el que llamaba 'Tocayo' don Alfredo Calderón y también llegaba este 'Polancho' y se ponían a conversar ahí en la casa, no sé que conversaciones podrían tener, ellos conversaban de las siete de la noche hasta por ahí las nueve de la noche. Esas conversaciones las tenía don Alfredo Calderón con los señores Arturo Sánchez, Alfredo Martínez, y 'Polancho', por ahí en el mes de mayo de este año, hasta la primera semana de junio que llegaban durante esos días a la casa de don Alfredo Calderón. Esos tipos o sean (sic) Arturo Sánchez y 'Polancho' sí durmieron varias noches en casa de don Alfredo Calderón. Sobre Alfredo Martínez me consta que llegaba varios días a la casa de don Alfredo Calderón, pero no me consta de que haya dormido ahí". (f. 500 vto.).

Al preguntársele al deponente cuántas veces vio y habló con su hermano Bernardo Giraldo el 9 de junio de 1959, es decir, el día de los hechos de autos, respondió:

"Lo vi esa mañana, como a las seis, que salió para el potrero a coger una mula para el patrono; lo vi y hablé con él a las ocho de la mañana, cuando bajó a llevar el desayuno a los trabajadores, en esa ocasión fue cuando le pregunté por el mono Aldemar Calderón, y Bernardo me dijo que estaba en la casa pilando maíz; ahí no hablamos más Bernardo y yo; y por la tarde, cuando volví a subir a la casa, como a las seis de la tarde, cuando había yo terminado el trabajo, y fue cuando yo le pregunté por el mono Aldemar, y Bernardo me dijo que el Mono se había ido por el pueblo, pero no me dijo a qué horas se había ido; de ahí

en adelante no me volví a ver con él, porque Bernardo se (sic) estaba trabajando en la peladora de café; claro que a las seis de la tarde, cuando hablé por última vez ese día con Bernardo, él me contó lo siguiente: 'Por aquí subieron unos tipos que estuvieron por ahí en la casa vieja, en la casa abandonada, iban uniformados y no sé que rumbo llevarían'; y cuando Bernardo dijo 'por aquí', me indicó el camino que arranca de una pesebrera que hay en la casa del señor Alfredo Calderón y va a salir a la puerta de golpe que hay en el camino real, arriba; también me dijo Bernardo que él no sabía para dónde habían cogido esos tipos y que entre ellos iba Arturo Sánchez, Alfredo Martínez y 'Polancho', y de los otros me dijo que no le constaba quiénes eran; también me dijo que él los había visto que esos tipos iban armados, pero que él no les sabía el nombre a las armas que llevaban''. (f. 502 v.).

f) Declaración de José Proceso Giraldo.

Este deponente manifiesta que durante el mes de abril de 1959 estuvo trabajando unas tres semanas en la finca administrada por Alfredo Calderón; que durante ese lapso vio que llegaron allí dos sujetos, uno de ellos llamado Arturo Sánchez, y el otro de nombre Alfredo; que dichos individuos conversaron con Alfredo Calderón, pero no sabe el declarante cuál fue el tema de la conversación; que conoce a Inés Ríos desde que era pequeña y la vio trabajando en casa de Calderón, en donde aquélla vivía con su hermano Bernardo. Afirma no conocer al apodado 'Polancho'. (fs. 504 v. a 506 v.).

g) Testimonio de Gildardo Giraldo.

Dijo que había trabajado en la finca de Alfredo Calderón, en donde también se encontraban Inés Ríos y Bernardo Giraldo; que durante su permanencia en la finca, un domingo en la tarde llegó a ésta un sujeto a quien Calderón llamaba Arturo, y que tres días después llegó también otro individuo, acerca del cual suministra algunas señas, pero no sabe sobre qué conversaría. (fs. 506 v. a 508):

h) Declaraciones de Roberto Muñoz Martínez, Pedro Antonio Gutiérrez y Juan Francisco Yépez.

Respecto de ellas expresa el Tribunal:

''Los contertulios de Alfredo Calderón en Barragán, señores Roberto Muñoz Martínez (f. 362), Pedro Antonio Gutiérrez (f. 495) y el cantinero Juan Francisco Yépez (f. 496), declararon acordemente de que cuando estaban esa noche reunidos tomando, les dieron la noticia sobre los muertos de 'Río Lejos', por lo cual es absolutamente falso que Alfredo Calderón se hubiera enterado de ella sólo hasta el día siguiente, y de ahí que sea verosímil lo aseverado por Bernardo Giraldo, sobre lo que le dijo en su casa cuando regresó esa noche:

'Mataron esa gente que iban a matar'. Y sobre la advertencia que les hizo de que no fueran a contar nada''.

5) Ha considerado el Tribunal que la prueba de cargo se robustece con la versión dada por el procesado en su indagatoria, visible a folios 335 a 344 del informativo. A lo largo de esta diligencia Calderón Saavedra niega toda participación en los hechos a que se contrae el proceso; manifiesta no conocer a Alfredo Martínez y a los llamados ''Polanchos'', afirma que conoce a Arturo Sánchez, de quien ha oído decir que es sujeto de malos antecedentes, y, en resumen, no acepta que en su casa se hubiesen celebrado reuniones de ninguna clase enderezadas a fines delictuosos. Relata que el día de los hechos se trasladó de su finca a Caicedonia, llevando unas cargas de café, que entregó a don Fabio Urrea, y que por la tarde, regresando de dicha población, estuvo en Barragán tomando unas cervezas en compañía de Milciades Velásquez, el Inspector Roberto Muñoz Martínez, Juan Yépez, Domingo Mayorga y Pedro, un carnicero de aquella localidad. Agrega que regresó a su casa alrededor de las ocho de la noche. En cuanto a los crímenes de autos, manifiesta que sólo tuvo conocimiento de ellos al día siguiente, en las primeras horas de la mañana, por información que le diera Luis Valencia.

Las afirmaciones del procesado Calderón Saavedra en relación con sus actividades durante el día 9 de junio de 1959, fueron plenamente confirmadas por las pruebas que al respecto se aportaron a los autos. Inclusive aparece la declaración del doctor José Hernán Urrea, administrador del establecimiento de compra de café del señor Fabio Urrea en Caicedonia, quien afirma que Calderón Saavedra, en la indicada fecha, entregó en dicho establecimiento una determinada cantidad de café. El deponente corroboró su dicho con la exhibición del recibo correspondiente. (fs. 618 v. y 619).

Por otra parte, el informativo muestra al procesado como persona de limpios antecedentes. Sobre la intachable conducta de Calderón Saavedra cabe destacar el certificado expedido por el señor Cura Párroco de Nuestra Señora del Carmen, en Caicedonia. (f. 662).

6) Como bien lo observa la Procuraduría, para atribuírle al procesado recurrente en el

caso de autos la calidad de cómplice secundario, es preciso que en el proceso se halle plenamente demostrado que aquél, con conocimiento de causa, auxilió a los forajidos con anterioridad a la comisión de los delitos por éstos perpetrados en las primeras horas de la noche del 9 de junio de 1959, auxilio o cooperación no indispensables para la consumación de los hechos delictuosos. Sólo así su conducta podría jurídicamente enmarcarse dentro de la previsión del artículo 20 del Código Penal.

Pero acontece que el acervo probatorio en que se funda el fallador de segundo grado, en manera alguna comprueba a plenitud la complicidad no necesaria que le atribuye al procesado. Ya se vio que Inés Ríos Blandón y Bernardo Giraldo son las dos personas que incriminan de manera directa a Calderón Saavedra. Pues bien: la Sala considera que tales testimonos carecen de las condiciones necesarias para sustentar sobre ellos, como esencial soporte, una sentencia condenatoria, no sólo por las tachas de orden moral que inciden sobre la personalidad de la primera y la índole de sus relaciones con el segundo, sino porque ambos declarantes incurren en graves contradicciones y en ostensibles mentiras.

En tal virtud, la Sala comparte en el fondo la crítica que en acertada síntesis ha expuesto sobre el particular el señor Procurador:

"¿Qué puede decirse de las dos personas que formulan cargos contra Calderón Saavedra, la mujer Inés Blandón y su concubino Bernardo Giraldo, quien aparece como sindicado en este proceso? Sobre la primera, siendo hecho aceptado por ésta y comprobado suficientemente en la investigación, puede afirmarse que se trata de una mujer de vida airada, cuyo testimonio no puede aceptarse sin las debidas reticencias que su condición impone para ser recibido y analizado. Es el caso de notar que la Blandón incurre en afirmaciones que luégo son destruídas, tales como la de asegurar que tuvo conocimiento de los hechos por la prensa, comprobándose posteriormente que no sabe leer. Que profesa, y así lo evidencian sus declaraciones, una honda enemistad contra la señora de Luis Alfredo Calderón, de quien se dice ser la perseguida por su distinta filiación política. Finalmente, su dicho es poco merecedor a crédito por la forma en que lo entregó a las autoridades investigativas, siendo prácticamente coaccionada por éstas y obrando bajo la posibilidad de obtener la libertad de que había sido privada en forma realmente abusiva, por parte del funcionario instructor.

"En lo que compete a Bernardo Giraldo, a quien el Tribunal prestó amplio crédito, al tiempo que enumeraba cinco graves contradicciones en que incurriera a lo largo de sus varias versiones dadas a la justicia, la posición de éste bien puede explicarse por haber sido sindicado por su concubina una de las hermanas Ríos Blandón.

"Hay efectivamente, una atribución de valor que no tienen, conferida por el Tribunal a estas declaraciones y a la apreciación e interpretación de los hechos que sobre la base de ellas les dio en la sentencia. No dan de sí las declaraciones de Inés Ríos Blandón, su hermana, y la de Bernardo Giraldo lo suficiente como para considerar sin dubitación alguna como existente el hecho de que en la casa de Luis Alfredo Calderón se realizaran reuniones a horas entradas de la noche, con personas numerosas, venidas algunas de sitios distantes, que, obrando bajo la dirección del mismo Calderón, planearan los ataques a producirse contra algunas fincas de la región".

El propio fallador de segunda instancia anota así las contradicciones en que incurre Bernardo Giraldo, aunque atenuando la importancia de las mismas:

"La primera contradicción en que incurrió fue manifestar en su primera injurada que había tenido conocimiento de los hechos por informes que le dio Luis Valencia en el peladero al día siguiente por la mañana, para decir luégo, en la continuación de esta diligencia, que fue el día de su ocurrencia a eso de las tres o cuatro de la tarde cuando vio al grupo de uniformados que llegaron a la casa de Alfredo Calderón (f. 371 v.), pero esa contradicción la explica él mismo diciendo que en un principio no quería decir la verdad por el temor a las represalias, según constancia que dejó el Juzgado (f. 372).

"La segunda consiste en decir a folio 383 vuelto, que ya por la tarde, cuando iba al potrero a buscar las mulas de don Alfredo, vio nuevamente a los uniformados en la casa abandonada, para decir luégo, a folio 368, que cuando tal ocurrió, él iba a traer revuelto. Pero lo importante es que los haya visto, cualquiera que sea el motivo por el cual se presentó a ese lugar, máxime que esa misma tarde también vieron a los uniformados otras personas, cuando seguían camino de 'La Coralia'.

"La tercera, consiste en afirmar que fue amarrado a las seis de la tarde al árbol de café, cuando los hechos ocurrieron en 'La Coralia' a eso de las cinco y media. Pero ya vimos que su

afirmación es mendaz y por tanto no hubo hora de tal amarre, ni árbol para tal efecto.

"La cuarta consiste en afirmar que cuando vio llegar a la casa de Alfredo Calderón a los uniformados a eso de las tres o cuatro de la tarde, no conoció a nadie, para luégo afirmar que en la casa abandonada conoció a 'Polancho', Arturo Sánchez y Alfredo Martínez. También se explica, porque cuando los vio por primera vez, él se hallaba en la peladora que dista media cuadra de la casa principal y en cambio, en la casa abandonada estuvo conversando con ellos.

"La quinta consiste en haber reconocido en rueda de presos a Luis Enrique Pava como integrante del grupo de uniformados, quien arguyó haberse hallado trabajando en la carretera en ese momento, pero varios declarantes demostraron que se hallaba era ocupado en la obra del frontis de la iglesia, por lo cual la coartada esgrimida por Pava no se comprobó, sino otra distinta que sirvió de base al Juez de instancia para absolverlo".

Ciertamente, un testigo que es capaz de urdir la trama de hechos que en manera alguna han sucedido, como el de haber sido amarrado por los asaltantes a una planta de café; o de comprometer gravemente la situación de un procesado identificándolo en rueda de presos como uno de los integrantes del grupo de forajidos, hecho éste absolutamente falso, debe suscitar en el ánimo del juzgador una honda perplejidad sobre sus afirmaciones, a menos que aquellas cuya falsedad no se haya comprobado correspondan a hechos demostrados por otras pruebas, lo que en el caso de autos no ha sucedido con respecto a las controvertidas reuniones en casa de Calderón Saavedra y, concretamente, en cuanto a la cooperación no necesaria de éste en los ilícitos que fueron objeto de investigación y fallo en el presente proceso.

7) Finalmente debe observarse que no se ha demostrado a plenitud que Luis Alfredo Calderón necesariamente hubiera escuchado en Barragán la noticia de los crímenes al anochecer del día en que éstos se cometieron, lo que, como lo afirma el Tribunal, daría verosimilitud a la frase que Bernardo Giraldo pone en boca del procesado: "Mataron a esa gente a quien iban a matar", frase que dizque éste pronunció al regresar a su casa esa misma noche. Como lo anota la Procuraduría al fijar su criterio sobre la demanda, a la hora en que el Sargento Girón llevó la noticia de los asesinatos de esa tarde a los contertulios de Calderón Saavedra en Barragán, ya los allí reunidos "debían estar avanzados de tragos, pues la reunión se había prolongado desde las dos de la tarde en forma continua", circunstancia que permite suponer razonablemente que Calderón, disminuída su capacidad receptiva por el natural efecto del alcohol, bien pudo no adquirir conciencia exacta de la noticia. Si a ello se agrega la aptitud para mentir de Bernardo Giraldo, es por lo menos muy dudoso que aquella frase hubiera sido en verdad pronunciada. Pero aun suponiendo que tal hecho fuera cierto, es evidente que ni aisladamente considerado, ni relacionándolo con las otras pruebas del proceso, demuestra a plenitud la complicidad secundaria que el fallador de instancia creyó encontrar en la conducta de Calderón Saavedra. Hubo, pues, ostensible error en la apreciación de los hechos, y por ello se les asignó un valor probatorio de que carecen, como lo sostuvo el demandante y lo aceptó el señor Agente del Ministerio Público. La Corte considera justificada la causal que acaba de examinarse.

8) Acogida la causal segunda de casación en el caso de autos, por los motivos expuestos, es apenas obvio que el Tribunal erró al aplicar el artículo 20 del Código Penal. Como lo advierte la Procuraduría, el recurrente "determinó con precisión la norma violada, y la forma equivocada o errónea como fue aplicada". La causal primera fue, pues, jurídicamente sustentada. En consecuencia, prospera.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, INVALIDA la sentencia acusada del Tribunal Superior de Pereira en cuanto se refiere al señor Luis Alfredo Calderón Saavedra, y en su lugar, lo ABSUELVE de los cargos por los cuales ha venido respondiendo en este proceso.

Líbrese la correspondiente orden de libertad incondicional del procesado, siempre que contra éste no exista detención por otro u otros delitos.

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

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

ABIGEATO. — CAUSAL 5ª DE REVISION. — BIENES MOSTRENCOS

Niégase el recurso de revisión interpuesto contra una sentencia condenatoria por delito de abigeato. Alegó el recurrente ser monstrenco uno de los semovientes materia del ilícito. Naturaleza de los bienes mostrencos, especialmente como objetos de delitos contra la propiedad.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. La apreciación correcta de la naturaleza jurídica de los bienes denominados mostrencos, implica el no confundirlos con los llamados res nullius **y los catalogados como** res derelicta.

2. Bienes mostrencos no son las cosas que no pertenecen a nadie y cuyo dominio puede adquirirse por ocupación, sino los bienes muebles o semovientes que en un momento dado se encuentran sin dueño aparente o conocido, pero que por su naturaleza y señales manifiestan haber estado en un dominio anterior.

3. Por simple ocupación o tenencia no puede un extraño adquirir bienes mostrencos, pues tal conducta acarrea responsabilidad penal y civil, al tenor de los artículos 705 del Código Civil y 418 del Código Penal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, febrero veinte de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

Procede esta Sala a decidir acerca del recurso extraordinario de revisión propuesto por el abogado doctor Toribio Paz Moncayo, en representación de *Nabor Noguera Moncayo,* contra las sentencias ejecutoriadas proferidas contra éste por el Alcalde Municipal de Mercaderes y confirmada en segunda instancia por la Gobernación del Cauca, el siete de abril de mil novecientos sesenta y uno; providencias por medio de las cuales se condenó al citado Noguera Moncayo y a Julio Heriberto Muñoz a las penas de dos a seis años, a cada uno, de relegación en una Colonia Agrícola, como responsable de "Abigeato", en el caso contemplado por el artículo 37 del Decreto 0014 de 1955.

ANTECEDENTES

El proceso tuvo su origen en un informe del Comandante de la Subestación de Policía Nacional de San Joaquín, comprensión del Municipio de Mercaderes, Departamento del Cauca, en el cual se comunicaba a la Inspección de Policía de aquel lugar, que se había encontrado en poder de Heriberto Muñoz un caballo de color alazán, "tuzón, frentiblanco, coludo, sin marcas de fuego de ninguna clase". Posteriormente y en el curso de la investigación se formuló denuncia con el fin de averiguar si una yegua de "color castaña retinta, marcada a fuego con el signo "MF" había sido hurtada, toda vez que en la región no era conocido su propietario, pero del cual varios testigos afirmaron que este semoviente lo habían visto en poder de Nabor Noguera Moncayo.

El procedimiento se adelantó de conformidad con las normas del Decreto 0014 de 1955 y contra los sindicados Muñoz y Noguera se decretó la detención provisional como infractores del numeral 19 del artículo 7º del citado Decreto.

La incriminación la encontraron corroborada los falladores con los testimonios de Eugenio Navia, José Ortega Castillo, Germán Ruiz, Pastor Muñoz y con los cargos que mutuamente se hacen los acusados en sus indagatorias y diligencias de careos.

En la sentencia de segunda instancia, el Gobernador del Cauca, afirma que: "De todo lo anterior se concluye, que se han reunido en autos y en contra de los acusados Julio Heriberto Muñoz y Nabor Noguera Moncayo, los elementos que tipifican el estado de especial peligrosidad que se les atribuye, por cuanto la prueba que tuvo en cuenta el funcionario de primera instancia, constituye por sí sola, plena prueba, imponiéndose, por lo tanto, fulminar en su contra sentencia condenatoria por estar cumplidas las exigencias del artículo 203, en armonía con el 205 del Código de Procedimiento Penal, y siendo esto lo que ha hecho el señor Alcalde Municipal de Mercaderes, habrá que confirmar el fallo revisado".

Posteriormente, el Juez Promiscuo Municipal de Mercaderes, a solicitud del Personero Municipal de dicho Distrito, adjudicó al expresado Municipio, como bien mostrenco, en fallo de 21 de abril de 1961, la potranca castaña que militó en el proceso adelantado contra Nabor Noguera y Julio Heriberto Muñoz.

DEMANDA:

El recurrente en su demanda, después de hacer una relación de los hechos y antecedentes procesales, e invocando en derecho lo establecido en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, inciso 1º y numeral 5º; y el artículo 76 del Decreto Nº 0014 de 1955, así como los artículos 572, 573 y 574 del mismo Código, pretende fundamentar el recurso de revisión con las consideraciones siguientes:

"Jurídicamente no pueden ser objeto del delito de hurto, y concretamente, como en el presente caso, del delito de abigeato, bienes que carecen de dueño. Para que halla (sic) delito contra la propiedad, para que se incurra en hurto, para que se configure abigeato, se requiere que haya violación de un derecho: el de propiedad, con el consiguiente daño. Sin violación de un derecho y sin daño (público o privado) no hay delito por reprimir. Para que el derecho de propiedad sea violado se requiere que alguien haya sido lesionado como titular de tal derecho. De ahí la exigencia de la comprobación de la pre-existencia del objeto sustraído.

"La Ley Penal, ha prescindido de la definición general del delito, y en cambio, lo ha estructurado específicamente, previendo y consagrando expresa y taxativamente los elementos constitutivos necesarios para que una determinada acción adquiera la categoría de infracción penal o delito.

"Al declararse, por autoridad competente, la calidad de mostrenco respecto del semoviente objeto del proceso penal por abigeato surge la imposibilidad del objeto jurídico y material del delito. De otra parte, la intención delictuosa, como elemento subjetivo que es, carece de comprobación material y directa; ella se deduce, se infiere, a través de manifestaciones objetivas y si éstas no constituyen delito, no hay base para imputar intención dolosa.

"Es más, a quien posea o aparezca poseyendo bienes en tales condiciones que luégo hacen posible la declaratoria judicial de su calidad de mostrenco, le asiste a su favor una de las más claras y categóricamente consagradas, y mejor fundamentadas y protegidas presunciones legales: 'El poseedor se reputa dueño mientras otra persona no justifique serlo'.

"Por último, prestando atención al planteamiento hecho en el fallo condenatorio, en el cual se deducen responsabilidades penales a una situación penalmente indiferente, me permito hacer esta observación: a lo sumo habría lugar a implicaciones de índole estrictamente civil y pecuniaria, en cuanto a la adjudicación y participación del bien mostrenco y de sus productos, según la buena o mala fe en la oportunidad o mora en denunciar el bien como mostrenco, por parte de quien lo había hallado o usufructuado.

"Por las razones expuestas, la sentencia declaratoria de bien mostrenco y que adjudica al Municipio el semoviente por el cual se inició sumario y después se condenó por delito de abigeato al señor Nabor Noguera Moncayo, —como hecho nuevo tiene la virtualidad suficiente para establecer o su inocencia, o su irresponsabilidad, y en todo caso, constituye grave indicio de su inocencia y su irresponsabilidad, razón por la cual satisface, a cabalidad, las exigencias para que se considere causal del Recurso Extraordinario de Revisión, conforme la consagra el artículo 571 en el ordinal 5º del Código de Procedimiento Penal".

A su demanda acompañó el actor copias auténticas de las sentencias de primera y segunda instancia proferidas por la Alcaldía de Mercaderes y por la Gobernación del Cauca; para acreditar el hecho nuevo, como causal del re-

curso, acompañó también copia auténtica de la sentencia del 1º de abril de 1961, por medio de la cual el Juzgado Promiscuo Municipal de Mercaderes, en virtud de demanda del Personero Municipal, adjudicó al Municipio citado, como bien mostrenco, uno de los semovientes (la potranca) que fue objeto de la investigación y juicio criminal contra Nabor Noguera.

Durante el término probatorio se decretaron las pruebas que solicitó el demandante, las cuales fueron las mismas que se acompañaron a la demanda, además del envío a la Corte del expediente original del proceso cuya revisión se solicita.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, solicita que se niegue la revisión que pide el apoderado de Noguera Moncayo, por estimar que los cargos formulados no sirven para demostrar la causal quinta del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal.

Para fundamentar su concepto, el señor colaborador Fiscal, después de hacer un análisis de los hechos y contenido de la demanda, razona de la manera siguiente:

«Todo el cargo del abogado recurrente que sirve de fundamento para solicitar la revisión del presente proceso, se reduce a sostener que la sentencia que adjudicó al Municipio de Mercaderes un bien mostrenco (la referida yegua de que trata este expediente) es demostrativo de que se ha producido un hecho nuevo que permite inferir la irresponsabilidad o inocencia del condenado Nabor Noguera Moncayo, por motivo del delito de abigeato que se le atribuyó en este proceso. Manifiesta el impugnador que tal hecho no fue conocido "al tiempo de los debates" y que tiene, en consecuencia, la calidad necesaria para imprimir prosperidad a la causal quinta del artículo 571, por lo cual es procedente, en su concepto, la revisión solicitada.

«Como otro argumento, el impugnador afirma que si lo anterior careciera de respaldo y no fuere aceptado, entonces se deberá considerar que, con fundamento en claras disposiciones del Código Civil, a Nabor Noguera Moncayo se lo deberá reputar dueño del mencionado semoviente, toda vez que él era poseedor de tal bien, que fue objeto de la investigación penal. Y si ello es así, como secuela lógica, afirma que desaparece la conducta delictuosa que se le atribuyó porque nadie puede hurtarse lo que, por imperativo de la ley, se presume le pertenece.

«A los anteriores cargos responde esta Procuraduría lo que sigue:

"1º) El contenido del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, en lo que es atinente al caso *sub judice,* es así:

'En materia penal hay lugar a recurso de revisión contra las sentencias ejecutoriadas, en los casos siguientes:

'.....

'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 que constituyen siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad'."

«Sobre el alcance jurídico de la anterior causal de revisión, en reiterada doctrina, la honorable Corte ha señalado que no toda clase de *hecho nuevo* puede tener virtualidad suficiente para determinar la prosperidad del recurso extraordinario de revisión, sino que es condición *sine qua non* para que ello suceda que tal hecho nuevo lo sea no sólo porque se presenta posteriormente a la ejecutoria de la sentencia condenatoria contra el reo o reos sino, ante todo, por su calidad misma que incide fundamentalmente en la comprobación de la inocencia o irresponsabilidad penal del condenado o condenados o, al menos, puede estimarse como *indicio grave* de la misma situación jurídica. Ello implica que el *hecho nuevo* ha de referirse exclusivamente a la comprobación de tal *status* (inocencia o irresponsabilidad del condenado), lo que guarda armonía con la naturaleza misma del recurso que tiende a evitar la injusticia que comporta condenar a un inocente, incluso en mengua de la autoridad de la cosa juzgada que, excepcionalmente a través de este recurso, es atacada. Y, además, el hecho nuevo debe tener tal valor probatorio que acredite plenamente el error judicial que se trata de evitar por medio de este recurso excepcional».

Luégo de transcribir alguna jurisprudencia de la Corte sobre la procedencia de la causal 5ª del artículo 571, el señor Procurador Delegado continúa así:

"Ahora bien: la declaratoria de bien mostrenco recaída sobre la yegua mencionada y su adjudicación al Municipio de Mercaderes (f. 21 vto. del cuad. 2º) se ha aportado para insistir en el sentido de que el semoviente aludido carecía de dueño al momento en que se originó la investigación y que, por lo tanto, no siendo ajena era jurídicamente imposible la tipificación

del delito de hurto. No obstante el cargo debe rechazarse porque en ninguna forma es demostrativo de la inocencia o irresponsabilidad penal de Nabor Noguera Moncayo por el estado de especial peligrosidad (abigeato) que determinó su condena. La argumentación del impugnador es idéntica a la que fue propuesta ante los falladores de instancia en memorial visible a folios 67 y siguientes, razón esta que demuestra, una vez más, lo improcedente del cargo, pues, plantea una cuestión que ya fue definida durante la tramitación del proceso contra Nabor Noguera. Pero incluso, la norma contenida en el artículo 704 del Código Civil es precisamente la que con menos fundamento puede invocar el impugnador, ya que su tenor lo que significa es que la calidad de mostrenco que posee una cosa está determinada por el hecho de que su *dueño* 'no fuere conocido o no apareciere', lo que implica que el bien mostrenco sí debe considerarse como ajeno para los demás y, por lo tanto, objeto sobre el cual puede tener operancia el estado de especial peligrosidad denominado 'abigeato' (cuando el bien mostrenco es un semoviente) y, también, un delito contra la propiedad. El texto de la norma mencionada dice:

'El que halle o descubra alguna cosa que por su naturaleza manifieste haber estado en dominio anterior, o que por sus señales o vestigios indique haber estado en tal dominio anterior, deberá ponerla a disposición de su dueño si éste fuere conocido.

'Si el dueño de la cosa hallada o descubierta no fuere conocido o no pareciere, se reputará provisoriamente estar vacante o ser mostrenco la cosa'. (El subrayado es de esta Procuraduría).

"Por otro motivo, también, resulta improcedente la argumentación del recurrente en cuanto tiende a considerar que a Nabor Noguera Moncayo le amparaba lo dispuesto por el artículo 762 del Código Civil cuyo texto es así:

'La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él.

'El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo'.

"En realidad, del texto mismo de la indagatoria de Nabor Noguera Moncayo se comprende cómo en ningún momento él reconoció ánimo de señor y dueño sobre los referidos semovientes, toda vez que atribuyó su propiedad a su presunto vendedor Julio Heriberto Muñoz. Lo anterior, no más, controvierte la argumentación del abogado recurrente en cuanto la invocación de la norma civil transcrita. Y, fundamentalmente, lo que impide la viabilidad de este cargo es precisamente que conduce al debate de una cuestión dentro del recurso extraordinario que actualmente se interpone y sustenta, y no de índole eminentemente probatoria, que sí es la pertinente discutir dentro de la fundamentación de la causal 5ª del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal.

"Más todavía: la declaración de bien mostrenco y su adjudicación al Municipio de Mercaderes se produjo por sentencia del 21 de abril de 1961, por el Juzgado Promiscuo Municipal de dicha población, pero en el trámite del juicio pertinente no hay constancia de que hubiera habido oposición de persona alguna, y, tampoco de Nabor Noguera a quien el actual recurrente considera legítimo poseedor de tal semoviente (una potranca de color castaño retinto) lo que ha debido ocurrir si tal condenado hubiera considerado que tenía algún derecho sobre el citado objeto.

"Que la declaración de bien mostrenco recaída sobre el semoviente tantas veces mencionado se produjo con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia emitida contra Nabor Noguera Moncayo, en el proceso cuya revisión se solicita, es evidente. Y sólo por este aspecto podrá hablarse de que se ha producido un *hecho nuevo* no conocido 'al tiempo de los debates'. Pero en ningún momento tal hecho es demostrativo de la inocencia o irresponsabilidad del citado condenado, lo cual sí comportaría la evidencia de un error judicial que debería salvarse por medio de este recurso extraordinario".

SE CONSIDERA:

Como se deduce del contenido de la demanda y como acertadamente lo afirma el señor Agente del Ministerio Público, todo el esfuerzo del recurrente para fundamentar la causal quinta del artículo 571, que invoca, se redujo a probar y alegar como *hecho nuevo* la sentencia que adjudicó al Municipio de Mercaderes, como bien mostrenco, uno de los semovientes de que trata el expediente. Pero si bien es cierto que dicha sentencia no fue ni pudo ser conocida al tiempo de dictarse los fallos de cuya revisión se trata ahora, pues aquella fue dictada con posterioridad a éstos, esta sola circunstancia no constituye ni reúne las condiciones que exige la ley para que pueda prosperar la causal invocada, ya que

la adjudicación como mostrenco de dicho semoviente, en lugar de demostrar la inocencia o irresponsabilidad de los condenados o graves indicios de tales inocencia o irresponsabilidad, más bien sirve, en cierto modo, para confirmar su responsabilidad, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de los llamados "bienes mostrencos" y las disposiciones sustantivas que los reglamentan.

Así por ejemplo, el artículo 82 de la Ley 153 de 1887, que subrogó el artículo 707 del Código Civil, dispone que: "Pertenecen a los Municipios los bienes mostrencos o vacantes que se hallen dentro de sus límites..."

El artículo 705 del mismo Código Civil, establece: "La persona que en el caso del artículo anterior omitiere entregar al dueño, si fuere conocido, o si no lo fuere, a la autoridad competente, la especie mueble encontrada, dentro de treinta días siguientes al hallazgo, será juzgado criminalmente, aparte de la responsabilidad a que haya lugar por los perjuicios que ocasione su omisión".

El artículo anterior, o sea el 704, dispone: "Que el que halle o descubra alguna cosa que por su naturaleza manifieste haber estado en dominio anterior, o que por sus señales o vestigios indique haber estado en tal dominio anterior, deberá ponerla a disposición de su dueño si éste fuere conocido.

"Si el dueño de la cosa hallada o descubierta no fuere conocido o no pareciere, se reputará provisoriamente estar vacante o ser mostrenca".

Por su parte el artículo 418 del Código Penal dice:

"Incurrirá en arresto de uno a ocho meses:

"a) El que se apropie cosas ajenas extraviadas, sin cumplir los requisitos que prescribe la ley.

"b) .....

"c) El que se apropie cosas ajenas que pertenecen a otro y en cuya posesión hubiere entrado por error ajeno o caso fortuito".

Como fácilmente se percibe, toda la argumentación del recurrente se funda en una errada apreciación de lo que son los bienes denominados "mostrencos" y en confundirlos con los llamados *res nullius* y los *res derelicta,* lo cual es un notorio error, pues como lo ha expresado la jurisprudencia de la Corte: "Para que una cosa se considere como bien mostrenco, se necesita que sea corporal mueble que estuvo sometida a dominio particular y que en la actualidad se halla involuntariamente abandonada, es decir, sin dueño aparente o conocido, según la expresión de la ley. De esta manera se diferencia el bien mostrenco de la *res nullius,* que no pertenece a nadie y se adquiere por ocupación, y de la *res derelicta,* que el dueño abandona voluntariamente para que las haga suyas el primer ocupante (art. 699 C. C.). La especie mostrenca tiene un propietario que en ninguna forma ha expresado su voluntad de desprenderse de su dominio y que posiblemente la busca. El artículo 704 del Código Civil se refiere a cosas muebles que el propietario ha perdido involuntariamente y que por su naturaleza o por sus señales o vestigios indique haber estado en dominio anterior, en forma que no puede ser objeto de ocupación jurídica. En presencia de tales cosas reveladoras de dominio anterior y no abandonadas intencionalmente por sus dueños, la ley dispone una serie de procedimientos encaminados a devolverlas a su dueño, ordenando a quien la encuentre o descubra ponerlas a disposición del propietario, si fuere conocido, indagando en el público a quién pertenece, por medio de edictos emplazatorios en que se determinen los bienes con señales inequívocas, y sólo al final de estas inquisiciones dispone reputar tales bienes como mostrencos, para adjudicarlos en tal calidad al Municipio dentro de cuyos términos se encuentren, adjudicación que tiene el carácter de provisional, porque el dueño puede recuperar la especie mientras no haya sido enajenada por el distrito" (Cas. 30 de julio 1942, G. J. LIV, 474).

Por lo tanto, bienes "mostrencos" no son las cosas que no pertenecen a nadie y cuyo dominio puede adquirirse por ocupación, como parece entenderlo el recurrente, sino los bienes muebles o semovientes que en un momento dado se encuentran sin dueño aparente o conocido, pero que por su naturaleza y señales manifiestan haber estado en un dominio anterior, como sucede con los animales domésticos, cuyo dominio conserva su dueño, aunque se encuentren fugitivos y aun cuando hayan entrado en tierras ajenas.

El semoviente adjudicado al Municipio de Mercaderes, por medio de la sentencia que cita y cuya copia acompaña el actor, no era un animal salvaje o bravío, susceptible de ser adquirido por la simple ocupación, sino un animal doméstico sujeto a dominio, de acuerdo con el artículo 698 del Código Civil, y que, por lo tanto, no se podía adquirir legítimamente por la simple ocupación.

Luego la sentencia que declaró mostrenco uno de los semovientes por cuya apropiación fue condenado el recurrente Nabor Noguera, y que el demandante estima como un *hecho nuevo* que

evidencia la inocencia de aquel sujeto, ninguna atinencia tiene en orden a demostrar dicha inocencia, ya que precisamente lo que dicho fallo significa al respecto, es todo lo contrario, es decir, que el semoviente declarado mostrenco no podía ser objeto de una legítima adquisición por la simple ocupación o tenencia, por un extraño, sin acarrearle al que tal cosa hiciera responsabilidad penal y civil, de conformidad con el artículo 705 del Código Civil y con el artículo 418 del Código Penal.

En varios fallos ha expresado la Corte qué debe entenderse por *hechos nuevos*, para los efectos de la causal quinta del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, así: "El hecho nuevo a que se refiere la ley es el que en sí mismo tiene capacidad suficiente para demostrar ante la justicia la inocencia o irresponsabilidad de la persona que sufre injustamente una condena, o aquél que demuestra con plena certeza que el delito no se cometió y que la responsabilidad que se dedujo al reo constituye un flagrante error judicial" (Sent. 22 noviembre 1947, LXIII, 843).

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto de la Procuraduría y de acuerdo con él, NIEGA la revisión del proceso seguido contra Nabor Noguera Moncayo, a que se ha hecho referencia en esta providencia.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase a la Alcaldía de origen por conducto de la Gobernación del Cauca.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Julio Roncallo Acosta, Gustavo Rendón Gaviria, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO. — INEPTA DEMANDA. — CAUSAL 2ª DE CASACION

La Sala desecha el recurso propuesto contra la sentencia que condenó por homicidio simplemente intencional. En qué consiste la ineptitud sustantiva de una demanda. Condiciones para el éxito de la causal 2ª de casación.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Adolece de ineptitud sustantiva, y por lo mismo no podrá ser despachada favorablemente, la demanda de casación cuyas peticiones resulten ser incompatibles entre sí, por excluírse recíprocamente.

2. No cumple con las exigencias de la técnica en cuanto a la fundamentación de la causal 2ª de casación la demanda que, a manera de simple alegato de instancia, se empeña en hacer prevalecer la personal manera del actor de apreciar las pruebas, pero sin llegar a demostrar que efectivamente en la sentencia recurrida se incurrió en un grave y notorio error en la interpretación de los hechos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, febrero veintiuno de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

Una vez cumplidos los trámites propios del recurso extraordinario de casación, procede la Sala a decidir en esta providencia, el propuesto por el procesado Libardo Oviedo Sánchez contra la sentencia de segundo grado, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el nueve de febrero del año pasado, por medio de la cual, al reformar el fallo de primera instancia, lo condenó a la pena principal de ocho años y quince días de presidio, más las accesorias correspondientes, como responsable del homicidio simplemente intencional consumado en José Julio Ramírez y de las lesiones inferidas a Sebastiana Ramírez de Oviedo.

El juicio se siguió y falló de acuerdo con el procedimiento especial establecido por el Decreto legislativo 0012 de 1959.

HECHOS:

Los hechos que dieron origen al proceso se consumaron el día 8 de diciembre de 1959, en la fracción de "Hato de Iglesia", comprensión del Municipio de Ortega, en el Departamento del Tolima, como resultado de una riña o una serie de riñas suscitadas entre miembros de una familia de apellido Oviedo, en fundos vecinos y por razón de diferencias relativas a las parcelas que habían recibido en herencia de su común progenitor, divergencias que con anterioridad habían dado lugar a la intervención de las autoridades de policía, las que habían impuesto sanciones y tomado las medidas precautelativas que consideraron del caso a fin de asegurar la paz y evitar hechos punibles entre los miembros de dicha familia.

Como consecuencia de la riña ocurrida el día de los sucesos que originaron el proceso, resultó mortalmente herido José Julio Oviedo Ramírez, quien posteriormente falleció en el hospital de Girardot, y lesionada la señora Sebastiana Ramírez de Oviedo, madre del occiso.

DEMANDA DE CASACION

El recurso fue sustentado por medio de abogado titulado e inscrito, en demanda en la que

se impugna el fallo acusado, invocando principalmente la causal segunda establecida por el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, y como consecuencia de ésta, la causal primera de dicho artículo.

Con respecto a la causal segunda, y para demostrarla, el actor después de transcribir algún aparte de los considerados en la sentencia y el resumen de la misma, y de poner de presente algunos errores de expresión que de ninguna manera influyen en el fondo de la decisión acusada, y con el propósito de establecer el "evidente error de interpretación de los hechos procesales" en que incurrió el Tribunal, plantea en párrafos distintos, tres situaciones diversas en que, en su concepto y de acuerdo con la apreciación personal que de los hechos procesales hace el demandante, se encontró el acusado Libardo Oviedo Sánchez, a saber: la de la legítima defensa; la de la riña imprevista; y por último, el estado de ira y de intenso dolor por las injustas y graves agresiones de que fue objeto por parte del occiso y los de su grupo.

Con base en estos planteamientos sobre estas tres distintas situaciones, que el demandante deduce de su personal interpretación de las pruebas a favor de su defendido, cada una de las cuales necesariamente conduciría a soluciones diversas e incompatibles entre sí, termina por formular una petición "de por sí vaga o difusa", como acertadamente la califica el señor colaborador Fiscal, en el siguiente concepto.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, aunque acepta que la demanda fue elaborada con sujeción a las exigencias formales de la técnica de casación, hace una crítica de fondo a dicha demanda al expresar que:

"En cuanto a la causal segunda, cabe observar que luego de ser desarrollada, se formula una petición de por sí vaga o difusa, pues no se expresa qué es lo que debe resolver la honorable Corte, según sea que acepte una u otra de las tres (3) circunstancias (una justificativa, y las otras, modificadoras de la responsabilidad) en razón de las cuales afirma el autor que obró su patrocinado.

"A tales circunstancias se hace alusión en la siguiente forma:

'En su razonamiento el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué incurrió en graves equivocaciones, en errores manifiestos en la apreciación de los hechos del proceso, consistentes en pretermisión de pruebas de vital importancia y en interpretación acomodaticia de otras, los cuales lo llevaron a conclusiones profundamente equivocadas sobre la responsabilidad de Libardo Oviedo Sánchez, que no pueden aceptarse, porque de esas pruebas, de esos hechos procesales debidamente comprobados y lógicamente analizados, sólo puede concluírse que obró en estado de legítima defensa, o por lo menos en riña imprevista provocada por el occiso y en estado de ira e intenso dolor motivados por las injustas agresiones de que fueron víctimas tanto él como sus padres.

'La honorable Corte habrá de encontrar que es exacta esta conclusión y, en consecuencia, habrá de casar la sentencia recurrida, para que se enmienden los errores cometidos por el Tribunal sentenciador y se dicte el pronunciamiento que legalmente corresponde'. (fls. 21 y 22).

"Y por lo que atañe al motivo de impugnación subsidiariamente aducido, con ocasión del cual vuelve el actor sobre los tres temas que ya trató, esto es, la legítima defensa, el estado de ira y de intenso dolor y la riña imprevista, como factores determinantes, uno u otro, de la conducta del acusado, concluye diciendo que si son 'reconocidas esas circunstancias atenuantes (sic) de la responsabilidad, la pena que le correspondería a mi representado sería mínima'. (fl. 24).

"Pero la imprecisión o vaguedad indicada ya, se acentúa al conocer la esencia misma de la petición elevada, porque entonces dice:

'Por lo expuesto me permito solicitar de la honorable Corte la casación de la sentencia recurrida por violatoria de la ley penal por interpretación errónea e indebida aplicación, con el fin de que, una vez, casada, se corrija esa situación con ella creada y se dicte el fallo que legalmente corresponde'. (ibídem)".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El reparo que el señor colaborador Fiscal hace a la demanda en el párrafo transcrito, pone de manifiesto lo que se puede llamar una ineptitud sustantiva del libelo, que lógicamente imposibilita a la Corte para resolver favorablemente las pretensiones del actor. Es una cuestión indiscutible, que la demanda de casación, al igual que toda demanda, debe ofrecer un punto concreto de controversia y de estudio y una precisa y clara solicitud. Al presentarse en ella soluciones excluyentes y alternativas sugiere la

sospecha de que no existe seguridad en la tesis que se propugna, o que la cuestión quedó mal planteada.

En el caso al estudio el demandante destruye completamente su primera tesis sobre la legítima defensa del acusado al plantear a continuación y conjuntamente, como situaciones comprobadas, las de la riña imprevista y de la ira o intenso dolor provocado por injustas agresiones, pues la primera tesis entraña una causal de justificación, que de comprobarse, conduciría a la absolución del reo, y las segundas situaciones solamente darían lugar a una atenuación de la responsabilidad y una rebaja de la pena impuesta en la sentencia acusada.

Invocando la tesis de la legítima defensa, el actor pretende que se invalide la sentencia condenatoria y se absuelva al acusado; y alegando las situaciones atenuantes previstas en los artículos 28 y 384, propugna por una invalidación parcial del fallo, para que se atenúe la pena impuesta en él.

Dados estos planteamientos, y la forma imprecisa y vaga como se formula la petición con que termina la demanda, la Sala se encuentra imposibilitada para saber en definitiva y con seguridad qué es lo que pretende el actor, pues las deducciones y pretensiones de éste son incongruentes e incompatibles.

Es principio jurídico universal, aplicable a todas las demandas, el que en ellas no se puedan proponer conjuntamente peticiones y soluciones contradictorias, y esto resulta claro porque no hay sistema jurídico alguno que pueda basarse en el desconocimiento del principio de contradicción, ya que hasta la simple razón natural pugna por que no puedan decretarse en una misma sentencia cosas contrarias e incompatibles entre sí.

Así, un reo de homicidio, por ejemplo, no puede alegar, al mismo tiempo, en su defensa la coartada y sostener por otro lado, que mató a su víctima en legítima defensa, porque son dos situaciones de hecho que se excluyen entre sí, y por lo tanto, son incompatibles y la elección de cualquiera de estos medios de defensa destruye el otro.

El artículo 7º del Código de Procedimiento Penal autoriza aplicar a los procesos penales, en cuanto lo consienta la índole de los mismos, los principios comunes a los juicios civiles, entre los cuales se encuentra el consagrado en el artículo 209 del Código Judicial, que permite ejercer a la vez y en una misma demanda varias acciones "siempre que concurran los siguientes requisitos: ...3º Que las acciones no sean contrarias e incompatibles entre sí. Sin embargo pueden proponerse subsidiaria o condicionalmente dos remedios contrarios, siempre que los derechos sean tales que no se destruyan por la elección o que por cualquier otro motivo no se consideren incompatibles".

En el presente caso los remedios no los propuso el demandante en forma subsidiaria ni condicional, según se deduce del contexto de la demanda, y dichos remedios, según se ha visto, son incompatibles y excluyentes.

Como en reiteradas ocasiones lo ha expresado esta Corporación: "Lo importante y fundamental en la técnica del recurso de casación, es saber formular la demanda para obtener un resultado. Una petición mal fundada, sin técnica ni orientación, es inoperante".

Pero aunque el defecto anteriormente anotado a la demanda no constituyera de por sí un obstáculo insalvable para la prosperidad del recurso, éste tampoco podría tener éxito, pues el libelo no cumple con las exigencias de la técnica en cuanto a la fundamentación de la causal segunda, que se invoca principalmente, pues a ella no se ajusta el escrito en que se formaliza el recurso, ya que él es un simple alegato de instancia, en el que el actor se empeña en hacer prevalecer su personal y variada manera de apreciar las pruebas, pero sin llegar a demostrar que efectivamente en la sentencia recurrida se incurrió en un grave y notorio error en la interpretación de los hechos, o se les ha negado el que sí tienen, o no se les haya tomado en cuenta, a pesar de estar acreditados en el proceso. En efecto, en la demanda no se señalan y precisan los hechos que según el recurrente se apreciaron mal; ni se explica en qué consistió el error, en que al apreciarlos incurrió el Tribunal, o mejor, cuál es el valor que, sin tenerlo, les atribuyó en la sentencia, o cuál el que teniéndolo, les fue negado. Tampoco el demandante se impone el trabajo de analizar todo el numeroso caudal probatorio de que se valió el Tribunal para adoptar las conclusiones a que llegó en el fallo acusado, en cuanto a la responsabilidad que le deduce al recurrente Libardo Oviedo Sánchez.

Así, en la sentencia recurrida, el *ad-quem*, para definir la situación de los sindicados, toma en cuenta y estudia el contenido de más de treinta testimonios, que reproduce o sintetiza; pero el actor, de manera concreta, se limita a afirmar que en dicha sentencia el Tribunal no apreció en su verdadero valor las declaraciones de Serapio Sánchez, Trinidad Vique y María Luisa Rojas, lo cual tampoco es exacto, como lo observa el señor Agente del Ministerio Público,

quien al referirse a este aspecto de la demanda, acertadamente expresa lo siguiente:

"En todo caso y de manera concreta, lo único que se tiene es que el actor dice que el honorable Tribunal en su sentencia no apreció en su verdadero valor las declaraciones de Serapio Sánchez, Trinidad Vique y María Elisa Rojas.

"Pero ello no es cierto, pues la declaración de María Elisa o María Luisa, o simplemente Elisa Rojas, (fl. 63, cuad. 1º), fue debidamente citada y resumida en el fallo como dada por María Luisa.

"Además, ocurre con el testimonio de Serapio Sánchez, también referenciado en la sentencia, que en él se habla de que el testigo que lo rinde pasó por 'cerca' a la casa de Juan Oviedo, de modo pues que no pudo ver el contenido de las totumas que tenían en las manos los contertulios y poder decir que ese contenido era en realidad chicha y si ésta, por su olor, denotaba que era de la fuerte. Juan Oviedo niega rotundamente lo de la chicha (fls. 47 vto. y 183 vto., cuad. 1º); y, en cuanto a Samuel Guzmán Bríñez, dice que la que le dieron 'estaba dulce', de suerte, pues, que si pronunció las palabras que dice el testigo Serapio, seguramente fue por socarronería muy propia de los campesinos (fl. 68 id.).

"Y en cuanto a la declaración de Trinidad Vique, también extractada en la sentencia, cabe decir que ella se refiere a hechos aislados vistos por la testigo antes y después de los sucesos, que nada quitan ni ponen a lo comprobado en el proceso, es decir, el haberse encontrado en el camino con unos de los protagonistas de los hechos, antes de ocurridos éstos, y después de ellos haberse topado con dos de los lesionados cuando iban a formular su denuncia.

"Así, las cosas, se infiere que las alegaciones del actor no desvirtúan el criterio adoptado y el convencimiento adquirido por el fallador de segundo grado al juzgar de los hechos del proceso, pues la verdad es que el *ad-quem sí cita, extracta y analiza todas y cada una de las pruebas que obran en él,* fundando en ellas su dictamen, en tanto que el demandante apenas se limita a hacer enunciaciones académicas y a deducir conclusiones que sólo tienen asiento en su personal apreciación de los hechos imputados, no siéndole posible a la postre fundamentar la causal alegada.

"Al respecto, no está por demás recordar la siguiente jurisprudencia nacional, para hacer ver que el recurrente no obró con la técnica que se exige cuando se trata de la causal segunda, pues los planteamientos que hizo son apenas alegaciones de instancias:

'Ha dicho esta Corporación en varios de sus últimos fallos de casación, recaídos en juicios cuyo trámite se adelantó con sujeción a las excepcionales normas del Decreto 0012 de 1959 que en procesos sometidos a éste, cuando se invoca la causal *segunda* de casación, en cierta forma, por no haber auto de proceder ni intervención del Jurado, la Corte asume aspectos de Tribunal de instancia al verse obligada, en muchos casos al examen crítico y valorativo de los elementos de juicio apreciados por el sentenciador. Estas observaciones, que más han tenido por objeto poner de bulto los defectos y errores del Decreto, no suponen que a la Sala le sea permitido, dentro de la técnica del recurso, entrar a sustituír los fallos de instancia, sin consideración alguna del prudente y necesario arbitrio que los jueces tienen en sus decisiones para estimar las pruebas, so pretexto de errada interpretación de los hechos. Porque para que la causal segunda de casación sea viable y prospere en negocios de la índole del que se debate, no basta oponer a un criterio de interpretación otro, con planteamiento de distintas hipótesis ajenas a la realidad procesal.

'Indica lo anterior que el demandante cuando acude a dicha causal tiene que demostrar, racional y jurídicamente que el fallo que se acusa descansa sobre presupuestos probatorios, que de manera torpe, indebida o errónea son apreciados en la sentencia, siendo ostensible o protuberante que los hechos constitutivos de la infracción modificativos de ésta, o los que determinan o influyen en la responsabilidad no tuvieron la interpretación que les correspondía'. (Sentencia de 15 de los corrientes. Casación de Alfonso María Castelblanco Salazar. Mag. ponente, Dr. Rendón Gaviria)".

Para fundamentar la causal primera, que consecuencialmente invoca el demandante, y con el fin de establecer que el Tribunal sentenciador violó los artículos 25, 28, 362 y 384 del Código Penal, el actor se limita a reproducir los argumentos expuestos al tratar de la segunda, lo que excusa el que la Sala éntre en un análisis detenido al respecto, pues ya se estableció cómo dichos razonamientos carecen de validez en orden a demostrar el error grave, en que según el recurrente, se incurrió en el fallo acusado.

Bastan las anteriores consideraciones para que la Sala deseche el recurso propuesto.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto de la Procuraduría, y de acuerdo con él, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, a que se ha hecho referencia en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

LESIONES PERSONALES. — DERECHO DE DEFENSA. — ANULACION PARCIAL DE SENTENCIAS

Se invalida el fallo acusado por cuanto condena al recurrente y se mantiene por cuanto absuelve al otro de los dos sindicados. La anulación depende de la violación de las garantías constitucionales de la defensa. Defensa material y defensa formal. Disposiciones del Código de Procedimiento Penal que se ocupan de garantizar al procesado los medios de defensa.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. La búsqueda de la verdad y la aplicación justa de la pena, como objetivos primordiales del proceso, sólo resultan legítimos si se asegura una efectiva defensa de la persona incriminada.

2. El derecho de defensa se concreta en las diferentes facultades que la ley de procedimiento le confiere al sindicado para ejercitarla y consiste, como expresa Manzini, en una "actividad procesal dirigida a hacer valer ante el Juez los derechos subjetivos y los intereses jurídicos del imputado". Es el derecho de alegar y de probar la inocencia o cualquiera circunstancia que modifique el grado de la responsabilidad.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, febrro veintidós de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Procede la Sala a resolver sobre el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, fechada el 10 de julio de 1961, por la cual le fue impuesta al procesado Arturo Cardona Ramírez la pena de dos años de presidio, más las sanciones accesorias correspondientes, como responsable del delito de lesiones personales.

El señor apoderado de Cardona Ramírez invoca, en su demanda, las causales 1ª, 2ª y 4ª de casación, señaladas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. El examen de los cargos hechos a la sentencia acusada habrá de hacerse, no en el orden señalado por el impugnante, sino comenzando por los que indica con citación de la última de las causales aludidas.

Cabe, sí, tomar en consideración que en el fallo recurrido se dispuso absolver a Pedro Navarro Roa, respecto de los cargos que le aparecen en el proceso y por los cuales rindió declaración de inquirir.

TRAMITE PROCESAL

Mediante el procedimiento señalado en el Decreto 012 de 1959 se adelantó este negocio, habiéndose declarado la clausura de la investigación el día 10 de diciembre de 1960.

Este auto, por cuanto los procesados José Arturo Cardona y Pedro Navarro Roa no se encontraban detenidos precautelativamente, sólo fue notificado por anotación en estados. No obstante, el doctor Jaime Cuenca, en su condición de defensor de Navarro Roa, presentó su alegato de conclusión en la debida oportunidad. No sucedió lo mismo en relación con el procesado Cardona, pues careció de toda asistencia jurídica durante el proceso, como que únicamente acudió a presenciar su declaración de inquirir el

señor Angel M. Ramírez, quien no es abogado titulado, por designación que le hiciera Cardona y que aceptó el funcionario instructor.

DEMANDA DE CASACION

Expresa el doctor Eliécer Pinilla Rodríguez en la demanda de casación, al ocuparse de los cargos que hace con invocación de la causal cuarta, que "en el proceso se incurrió en nulidad constitucional al nombrar como apoderado de Cardona una persona sin título de abogado, pues si bien en los procesos anteriores a la vigencia del Código de Procedimiento Penal actual se designaba apoderado para la indagatoria únicamente, siguiendo la norma de la Ley 4ª de 1923...", estos..."apoderados han desaparecido por mandato del artículo 104 del Código de Procedimiento Penal actual, que los sustituyó por apoderados que asistan al procesado en todas las diligencias del sumario..."

"Al actuar en tal forma y proferir sentencia sobre un juicio afectado de esa falla que viola el artículo 26 de la Constitución Nacional..." se incurrió en nulidad, pues "no se juzgó a Cardona conforme a leyes preexistentes al hecho imputado, ni se observó la plenitud de las formas propias del juicio".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador 1º Delegado en lo Penal solicita que se case la sentencia recurrida, con fundamento en lo previsto en el ordinal 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Dice que "la actuación procesal vino a cumplirse en toda su extensión y hasta el momento de ser proferido el fallo que corre del folio 57 al 62, a espaldas del sindicado Cardona, hasta el extremo de que el auto de fecha diez de diciembre de 1960, a virtud del cual el Juez del conocimiento, 'de conformidad con el artículo 3º del Decreto 0012 de 1959' declaraba 'cerrada la presente investigación' y disponía correrle traslado a las partes 'para que presenten sus alegatos de conclusión', no se le notificó personalmente al mismo Cardona, como sí al otro procesado, esto es, a Pedro Navarro. Fue por esto por lo que Cardona no tuvo oportunidad de hacerse oír, alegando de conclusión por intermedio de un apoderado previamente reconocido. En cambio, esa ocasión sí se le presentó a Navarro, en cuyo nombre aparece el doctor Jaime Cuenca formulando el alegato que precede inmediatamente a la sentencia de primera instancia.

"Expuestas así las cosas...", agrega el señor Procurador..., "es más que lógico concluír que el sindicado José Arturo Cardona, si fue vencido en juicio no fue oído en el mismo, por cuyo motivo la violación de su derecho de defensa es manifiesta o protuberante y da lugar a reconocer que se infringió, con ocasión del juzgamiento que se le hizo, el artículo 26 de la Constitución Nacional, como lo sostiene el demandante. Se impone, en consecuencia, reconocer que la causal cuarta de casación que ha sido alegada, prospera, siendo necesario reponer el procedimiento a partir del auto de 10 de diciembre a que se ha hecho mención anteriormente, teniendo en cuenta el procedimiento ordinario, ya que el propio del Decreto 012 de 1959 ha dejado de regir".

LA SALA CONSIDERA

Es evidente que el procesado José Arturo Cardona careció de toda asistencia jurídica en este negocio, pues no le fue designado defensor, como correspondía en el momento de clausurar la etapa del sumario. El apoderado que estuvo presente cuando Cardona rindió indagatoria, si bien fue designado por éste, no es abogado titulado y, de consiguiente, no podía asistirlo en el juicio.

La búsqueda de la verdad y la aplicación justa de la pena, como objetivos primordiales del proceso, sólo resultan legítimos si se asegura una efectiva defensa de la persona incriminada.

El derecho de defensa se concreta en las diferentes facultades que la ley de procedimiento le confiere al sindicado para ejercitarla y consiste, como expresa *Manzini*, en una "actividad procesal dirigida a hacer valer ante el Juez los derechos subjetivos y los intereses jurídicos del imputado". Es el derecho de alegar y de probar la inocencia o cualquiera circunstancia que modifique el grado de la responsabilidad.

El tratadista *Alfredo Vélez Mariconde* (en su obra "La situación jurídica del imputado", Editorial "Depalma", 1944, pgs. 43 y sgs.), luégo de distinguir entre defensa material y formal, dice que la primera es la que realiza el sindicado "mediante manifestaciones que puede hacer en el proceso, declarando cuantas veces quiera en la instrucción y en el juicio, siempre que ellas sean pertinentes", o guardando silencio, ya que "también puede abstenerse de

declarar''; y que la formal o técnica ''se ejerce mediante instancias, alegatos y observaciones que se basan en normas de derecho sustantivo o procesal...'', la cual ''exige lógicamente conocimientos jurídicos de que el imputado, en la mayoría de los casos, carece; sin ellos, él no se podría defender eficazmente, y la defensa, por ende, no respondería a los fines de su institución''.

Anota también este mismo autor que ''bajo este segundo aspecto, y queriéndose demostrar la necesidad de un defensor técnico, se ha dicho que la intervención de éste suple la psicología inferior del imputado, el que se encuentra bajo la coerción moral del Ministerio Fiscal o en todo caso y más aún si es inocente, en condiciones anormales que no le permiten defenderse; ha podido verse en ella una integración jurídica que viene a restablecer el equilibrio de las fuerzas que de ordinario se observan en contradicción, de donde la defensa técnica es un elemento lógico indispensable del proceso...; se ha pensado que la defensa es una actividad imprescindible, porque no puede suponerse en los jueces una agudeza, una rectitud y una infalibilidad perfectas, únicas calidades que podrían hacerla innecesaria; y aun ha podido anotarse una razón política: 'abandonado el prevenido al arbitrio de los jueces, a la propia inexperiencia, a su escaso saber, a su timidez, al pavor que lo obsesiona, ¿quién podría impedir que en el ánimo de los ciudadanos naciera el concepto de que si el individuo hubiera sido defendido convenientemente habría podido demostrar su inocencia? Ahora bien: por respetable que sea el veredicto del magistrado, por animado que se encuentre de probidad y visión prudente, es necesario que el público tenga la absoluta convicción de que la inocencia está ante aquél perfectamente asegurada, que a ella se le otorga la más amplia garantía, es decir, además de la publicidad, la presencia, la actividad, el ingenio de un defensor'.''

El artículo 25 de la Constitución Nacional preceptúa que ''nadie podrá ser obligado, en asunto criminal, correccional o de policía, a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad''; y el 26 del mismo estatuto manda que a nadie se le juzgue ''sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio''.

Pues bien: ''Las expresiones *formalidades legales, plenitud de forma en cada juicio,* empleadas en la Constitución...'', dice la Corte en sentencia de 13 de noviembre de 1928 (G.J.T. XXXVI, p. 203)..., ''son fórmulas con que ésta ordena la observancia de los siguientes requisitos, aparte de otros en ellos declarados expresamente... d), que el procedimiento en todos estos casos garantice al sindicado los medios de defensa;...''

Asímismo, el Código de Procedimiento Penal se ocupa de esta trascendental garantía, así:

a) Al disponer en el artículo 104 que ''desde el momento en que sea aprehendido o llamado a rendir indagatoria, tiene...'' el procesado... ''derecho a nombrar un apoderado que le asista en todas las diligencias del sumario. El funcionario de instrucción le hará conocer este derecho. Si el procesado no quiere o no puede nombrar apoderado, el funcionario de instrucción se lo nombrará de oficio''.

b) Al indicar en el 107 que ''el cargo de defensor es de forzosa aceptación. En consecuencia, tanto los nombrados por el procesado, como los que designe el Juez o el funcionario de instrucción estarán obligados a aceptar *y desempeñar* el cargo...'', (subrayó la Sala).

c) Cuando en el 432 preceptúa que ''al notificarse el auto de proceder, se hará saber al procesado el derecho que tiene de nombrar un defensor que lo represente en el juicio; si no lo nombrare, lo designará el Juez...''

d) Cuando dispone que si no fuere posible hallar al procesado para notificarle el auto de proceder, se le ''emplazará por edicto que permanecerá fijado durante veinte días en la Secretaría del Juzgado y se publicará en carteles fijados en lugares públicos de la localidad. Si transcurrido este plazo, no compareciere, se le declarará reo ausente, se le nombrará defensor de oficio y con éste se seguirá el juicio hasta su terminación'', (art. 433).

Y es obvio que, como ocurre en el presente caso, no sea suficiente para decir que el procesado contó con la asistencia técnica que el derecho de defensa le confiere, tomar en cuenta que al rendir declaración de inquirir José Arturo Cardona, éste designó para que lo asistiera en dicha diligencia al señor Angel M. Ramírez, quien, lógicamente, por no ser abogado titulado, sólo intervino en dicho acto para presenciarlo.

Por lo tanto, cabe aceptar que al nombrado Cardona se le juzgó con violación de los preceptos constitucionales que garantizan el derecho de defensa, habiéndose incurrido en una nulidad del proceso a partir del auto de 10 de diciembre de 1960, por el cual se declaró cerrada la investigación penal.

No sobra transcribir lo dicho por la Corte en sentencia que aparece publicada en la *Gaceta Judicial* (t. LXXVI, Nº 2134, p. 434 y sgs.), a saber: "No puede negarse que entre las formas propias del juicio penal, son de extraordinaria importancia aquellas que se refieren al ejercicio efectivo del derecho de defensa, y las dos manifestaciones primordiales de éste son la producción de pruebas y los alegatos orales o escritos. La sentencia que condena a un reo sin que los jueces hayan oído su defensa, o sin que se le hayan dado los medios de aducir pruebas, es violatoria, no sólo de la ley de procedimiento, sino también de la Constitución Nacional".

Ahora bien. "Cuando hay varios procesados absueltos y uno condenado que recurre en casación invocando como causal el ser la sentencia violatoria de la ley de procedimiento, por haberse pronunciado sobre un juicio viciado de nulidad...", dice la Corte..., "la infirmación del fallo debe ser parcial y no total, porque la anulación del proceso no puede perjudicar a los sindicados que no recurrieron en casación y que tienen a su favor la sentencia absolutoria del Tribunal", (Cas. de 24 de septiembre de 1938, G. J. t. LXVII, p. 153). En consecuencia, la invalidación de la sentencia acusada, así como la nulidad de lo actuado a partir del auto de 10 de diciembre de 1960, sólo tiene efectos con respecto al procesado José Arturo Cardona, quedando en firme la absolución proferida en favor de Pedro Navarro Roa.

De otra parte, como la detención preventiva del sindicado Cardona fue ordenada en la misma sentencia de primera instancia, la cual queda comprendida dentro de lo que resulta invalidado en este proceso, es del caso disponer la libertad incondicional de este sindicado, quien se encuentra preso desde el 27 de enero de 1961 en la Cárcel Judicial de Garzón (Huila).

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, INVALIDA PARCIALMENTE la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, de que se ha hecho mérito, a fin de que se reponga el procedimiento en la forma indicada en la parte motiva de este fallo y sólo con respecto al procesado José Arturo Cardona. Queda en firme la absolución del sindicado Pedro Navarro Roa.

ORDENASE la libertad incondicional del procesado Cardona y comuníquese telegráficamente esta determinación al Director de la Cárcel Judicial de Garzón (Huila), la que habrá de cumplir salvo que aquél aparezca detenido preventivamente por otro asunto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso a la oficina de origen.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez Abad, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León, Secretario.

HOMICIDIO. — VIOLACION DE LAS NORMAS PROCESALES

En cuanto condenatoria del recurrente se invalida la sentencia acusada. Al proceso se le dio indebida aplicación retroactiva del Decreto 0012 de 1959. Quedan en pie las absoluciones que favorecieron a otros procesados.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Si los hechos imputados a un procesado tuvieron ocurrencia antes de la expedición del Decreto 0012 de 1959, el juzgamiento que siga sus trámites no se ciñe a las normas pertinentes, que lo son las del Código de Procedimiento Penal, y viola las garantías previstas en el artículo 26 de la Carta.

2. La anulación de un proceso en casación no puede perjudicar a los sindicados que no recurrieron y que tienen a su favor la sentencia absolutoria del tribunal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, febrero veintidós de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Procede la Sala a resolver con respecto al recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de 20 de abril de 1961, por la cual le fue impuesta a Noel o Noé Avila Almanza la pena de 32 meses de presidio, más las sanciones accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Aquimín González.

Invoca el demandante la causal cuarta de casación y señala como apoyo para su pedimento el de que se dejaron de aplicar las normas de procedimiento indicadas en el Código de la materia y se juzgó al sindicado mediante los trámites previstos en el Decreto 0012 de 1959, sin embargo de que no eran aplicables por tratarse de hechos cometidos antes de su vigencia.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Pide el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal que se case la sentencia con fundamento en la causal invocada por el demandante, en atención a que "los hechos ocurrieron antes de entrar en aplicación el Decreto 0012 de 1959...", por lo cual... "se ha incurrido en una nulidad de carácter constitucional con motivo del juicio seguido al citado Avila Almanza.

"En repetidas veces en que se contempla el hecho de haber dado aplicación al Decreto legislativo número 12 de 1959, para el juzgamiento y fallo de procesos por hechos ocurridos con anterioridad a la promulgación del mismo decreto, la honorable Corte ha declarado la nulidad del proceso o actuación a partir del momento en el cual se dio cabida a esas disposiciones extraordinarias. Y tal declaración ha sido hecha en consideración a que la aplicación del decreto en cuestión, en esas circunstancias, implica el desconocimiento de las garantías que todo acusado... 'encuentra...' en el artículo 26 de la Constitución Nacional, lo que da lugar a la infirmación del fallo y al cumplimiento de lo dispuesto en el aparte b) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal".

LA SALA CONSIDERA:

Los hechos imputados a Noel o Noé Avila Almanza tuvieron ocurrencia en el mes de abril de 1958, esto es, mucho antes de ser expedido el

Decreto extraordinario número 0012 de 1959.

El juzgamiento de este procesado no se ciñó, pues, a las normas pertinentes, o sean las del Código de Procedimiento Penal, en vigor para la fecha en que los hechos tuvieron lugar.

Es evidente, entonces, que se incurrió en la violación de las garantías previstas en el artículo 26 de la Carta, lo cual acarrea la nulidad del proceso a partir del auto de 17 de noviembre de 1959, por el cual el Juzgado 5º Superior de Ibagué declaró clausurada la etapa del sumario.

Naturalmente, la absolución proferida en favor de los sindicados Mauricio Avila y Alvaro Avila debe quedar en firme, pues, como lo dice la Corte en sentencia de casación de 24 de septiembre de 1938 (G. J. t. LXVII, p. 153), "cuando hay varios procesados absueltos y uno condenado que recurre en casación invocando como causal el ser la sentencia violatoria de la ley de procedimiento por haberse pronunciado sobre un juicio viciado de nulidad, la infirmación del fallo debe ser parcial y no total, porque la anulación del proceso no puede perjudicar a los sindicados que no recurrieron en casación y que tienen a su favor la sentencia absolutoria del tribunal".

El procesado Noel o Noé Avila Almanza obtuvo su libertad por pena cumplida.

Prospera, pues, la causal cuarta 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, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 1º. Delegado en lo Penal, INVALIDA PARCIALMENTE la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de que se ha hecho mérito, a fin de que se reponga el procedimiento en la forma indicada en la parte motiva de este fallo y sólo con respecto al procesado Noel o Noé Avila Almanza. Queda en firme la absolución proferida en favor de los sindicados Mauricio Avila y Alvaro Avila.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso a la oficina de origen.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez Abad, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León, Secretario.

GRAVE ANOMALIA PSIQUICA

Hubo error en la sentencia acusada cuando desconoció el dictamen de los médicos legistas. Al tiempo de cometer el homicidio, en su legítima esposa, el agente padecía de una grave anomalía psíquica. Razones que imponen acoger el dictamen. Medidas de seguridad para el responsable.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Los jueces, dentro del ámbito de sus delicadas funciones, cuando se trata de elucidar cuestiones técnicas ajenas a sus naturales disciplinas científicas, ocurren precisamente a la prueba pericial en busca de ilustración y de fundamento para sus decisiones dentro de la ley; y si es verdad que en materia criminal el fallador está autorizado para separarse del concepto de los expertos y adoptar conclusiones distintas en el juzgamiento, ese prudente y necesario arbitrio, debe apoyarse en una motivación tan consultada dentro de la materia a que se contrae el dictamen, que deje en evidencia el error, o al menos, la superficialidad de la exposición de los peritos.

2. Frente al sistema penal colombiano, fundado en un principio de responsabilidad legal, no moral, quienes cometen el delito en estado de grave anomalía psíquica, que es en el fondo un trastorno psicopático que inhibe al sujeto para obrar con conciencia y conocimiento, y sí bajo el impulso morboso que su propia afección determina, no son, ni podrían serlo, sometidos a penas comunes, de contenido intimidativo y represivo, pues lo que su peligrosidad demanda es el aislamiento en hospitales mentales, en los que a más de la segregación pretende el Estado la recuperación de su salud mental.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, febrero veintitrés de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS:

Agotados los trámites de rigor procede la Corte a resolver de mérito sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto por el acusado Tarcisio Cabrera y su defensor contra la sentencia de 9 de febrero de 1961, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, que impuso al aludido Cabrera, como responsable del delito de homicidio (asesinato) la pena principal de diez y seis (16) años de presidio y las correspondientes accesorias.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

I

En las primeras horas de la noche del 12 de septiembre de 1959, en la casa de habitación del señor Juan de Dios García, sita en el área urbana del Municipio de Acevedo (Departamento del Huila), la señora Rosa Virginia García, hija del nombrado y esposa legítima de Tarcisio Cabrera Torres, recibió muerte violenta a manos de éste, culminando así un largo y tormentoso período de conflictos conyugales que, por diversos motivos, había provocado sucesivas separaciones y destruído la unidad afectiva del matrimonio. Por lo que se infiere de los antecedentes y por las manifestaciones del inculpado, ya que de los hechos no hubo testigos

presenciales, Cabrera Torres, alicorado, penetró a la casa de su suegro, subió a la habitación de su esposa y con un arma corto-punzante (cuchillo) le ocasionó varias lesiones que produjeron su deceso casi inmediato. Aunque al pie del lecho de la occisa fue hallado, a más del arma homicida, un revólver, de éste no hizo uso el agresor, ni los autos aclaran si ambos instrumentos los llevó al lugar del crimen el acusado o si, como lo expresa en su indagatoria estaban allí, el revólver en manos de la víctima y el cuchillo sobre el piso de la habitación.

En cuanto a la autoría del delito el proceso no ofrece duda alguna, y en lo que se refiere a sus elementos que objetivamente lo integran, menos, razón que releva a la Sala de entrar en detalles al respecto, máxime cuando el debate planteado a través del recurso de casación se contrae a cuestiones de índole especial, cuyo estudio hará al examinar los fundamentos de la demanda y los puntos de vista del Ministerio Público.

II

La investigación criminal fue iniciada por la Alcaldía Civil y Militar del Municipio de Acevedo en la misma fecha de la comisión del delito, oficina que practicó las primeras diligencias, hasta dictar auto de detención preventiva contra el sindicado. La prosiguió el Juzgado Municipal, el cual, una vez perfeccionada, la remitió al Juzgado Superior de Garzón para su conocimiento.

Con aplicación del Decreto 0012 de 1959, la declaró cerrada por auto de 28 de octubre de ese año, y ordenó "poner los autos a disposición de las partes por el término de tres días para que presenten sus alegatos", cometido que sólo llenó el señor apoderado con el amplio y meritorio escrito que obra de folios 169 a 196 del cuaderno primero. El Fiscal del Juzgado ningún concepto aportó para la decisión de la instancia.

La sentencia de primer grado la dictó el señor Juez del conocimiento el 21 de enero de 1960 y en ella impuso al uxoricida 15 años de presidio, como pena privativa de la libertad, teniendo en cuenta el numeral 1º del artículo 363 del Código Penal y por estimar que "en contra del procesado no concurre ninguna de las circunstancias de que nos habla el artículo 37 de la misma obra, la pena aplicable debe ser el mínimo, por cuanto no se le reconoce ningún atenuante".

III

Descartó el fallador, después de un examen y crítica del caudal probatorio hasta entonces existente en el proceso, que el homicidio hubiera sido cometido en las circunstancias específicas contempladas en el artículo 382 del Código Penal, tesis central de la defensa, dados los antecedentes conyugales y el hecho establecido por algunos deponentes, de la infidelidad de la víctima.

No resulta atinente valorar las apreciaciones del Juzgado respecto a este punto porque, como adelante se verá, el problema central del juzgamiento se desplazó en la segunda instancia a las condiciones de anormalidad psíquica en que el acusado pudo haber cometido el homicidio, cuestión ésta sobre la cual descansa, en lo principal, la impugnación del fallo de segundo grado.

Es de advertir que el Juzgado no se refirió a dichas condiciones porque en el curso del sumario el examen psicosomático del acusado dejó de llevarse a cabo, diligencia que vino a tener cumplimiento en la segunda instancia al ordenarse por el Tribunal la práctica de las pruebas pedidas por la defensa (fls. 4 a 12 del cuaderno número 2).

IV

Ya, en el fallo recurrido, el *ad quem*, no obstante la pericia psiquiátrica rendida por la Oficina Médico-legal de Neiva y las demás pruebas practicadas en la segunda instancia, descartó la anomalía psíquica del acusado al momento de cometer el hecho e inadmitió, también, que hubiera obrado en el estado de emoción violenta a que alude el citado artículo 382. Como consecuencia de sus consideraciones en cuanto a la naturaleza del ilícito, modo de comisión y circunstancias calificadas de mayor peligrosidad, confirmó el proveído de la instancia, pero elevó la pena privativa de la libertad a 16 años.

DEMANDA DE CASACION

Con sujeción a la técnica que procesalmente exige el recurso extraordinario de casación, el doctor Carlos Arturo Díaz, en su calidad de apoderado de Tarcisio Cabrera, presentó la demanda en el extenso y fundamentado escrito que obra de folios 12 a 44 del cuaderno número 4.

Como causales de casación invoca, en su orden, las previstas en los numerales 2º y 1º del

artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, advirtiendo que la última "en parte como consecuencia de la anterior y en parte por sí misma".

La impugnación se concreta y fundamenta principalmente en la cuestión técnica de haber dejado de apreciar el Tribunal el dictamen de los peritos médicos, en el cual se atribuye al acusado una grave anomalía psíquica al momento de la ejecución del homicidio, no obstante ser la exposición de los facultativos una pieza probatoria científicamente razonada y cuyas conclusiones tienen apoyo cierto en los antecedentes del procesado y del hecho mismo que es materia del cargo.

Por otro aspecto, pudiera decirse secundario, el demandante acusa la sentencia, a efecto de obtener que se reconozca la situación privilegiada del artículo 382 al homicida, ya que el Tribunal erró al desechar "completamente toda la confesión de Cabrera, le atribuyó un valor probatorio que no tiene y en cambio le desconoció el que sí tiene..."

Como es criterio de la Sala que el recurso habrá de prosperar, con base en las causales 2ª y 1ª por el primer cargo que se formula a la sentencia, no se examinarán los restantes.

FUNDAMENTOS DEL CARGO PRINCIPAL:

Muy en extenso se ocupa el distinguido apoderado del mérito del dictamen psiquiátrico y de las erradas consideraciones del Tribunal para desecharlo, sólo por la atribución que a jueces y magistrados otorga el artículo 268 del Código de Procedimiento Penal, pero sin "expresar clara y precisamente los hechos y razones en que se fundan" las objeciones a la prueba pericial en el caso de autos.

Arguye, con acierto el demandante:

"Leída con cuidado la parte de la sentencia, en la cual combate el peritazgo de los señores médicos, se anotan en ella varias cosas: suposiciones, conceptos personales, sin respaldo científico y errores de apreciación.

"Voy a demostrarlo.

"Dice el fallo:

'Cualquiera dentro de las circunstancias normales de la vida tiene sus problemas; sus momentos de angustia, de nerviosismo, de preocupación. Es un estado especial desde el punto de vista psicológico, pero que dista de ser un caso grave según el ciclo melancólico, pero que se ha descrito anteriormente. «Este es un concepto personal, una suposición, pero no es una prueba de que los señores médicos están equivocados en su dictamen».'

"Luégo agrega otro concepto personal, cual es, el de que no puede aceptarse la tesis de la oficina médico-legal de Neiva 'porque se tendría, que todos padeceríamos de anomalía psíquica grave, cada vez que tuviéramos un problema'. Esto lo que indica es un concepto demasiado simple, desprovisto de valor científico, pero no demuestra en manera alguna la equivocación del dictamen, ni menos que Tarcisio Cabrera no hubiera padecido de una psicosis de angustia, que es lo que afirman los médicos. Aquí los señores Magistrados suponen, pero no demuestran y ya esa Corte ha dicho:

'Al juzgador no le es dado proceder sobre la base de suposiciones, máxime en lo tocante a delicadas cuestiones científicas, a que por su estudio es completamente ajeno. Por ello la ley ha previsto el medio para dilucidar judicialmente semejantes puntos, con intervención de expertos, que a la vista del paciente, si existe, o de los distintos datos llevados al expediente, dictaminen acerca del estado mental de una persona en un momento dado'. (Casación de 13 de junio de 1938. G. J. Tomo XLVI, pág. 639).

'El perito en cuestiones de psiquiatría fórense, al dar al juez el testimonio de sus convicciones razonadas, de hombre de ciencia, no ofrece la prueba de una verdad científica sino de un hecho científico, esto es, no busca la justicia, establecer una verdad ideal, sino una verdad de hecho, al frente de una realidad concreta, que jurídicamente no importa, sino para deducir la existencia del consentimiento legalmente sano, que procede de una mente lúcida y de una voluntad normal, capaces de obrar con razón y libertad'. (Casación de 1º de diciembre de 1938. G. J. Tomo XLVI, pág. 463).

"Los peritos de Neiva, dijeron muy claramente, que Tarcisio Cabrera, sufría por la época en que cometió el homicidio, de una psicosis de angustia y que al dar muerte a su esposa 'obró en acceso de angustia propia de los temperamentos ciclotímicos'.

"El Tribunal, en su sentencia dice que 'el dictamen encasilla a Tarcisio Cabrera dentro de la constitución ciclotímica en la clasificación de Delmas y Boll' y luégo se pregunta: 'En qué consiste'.

'Se caracteriza —continúa la sentencia— por alternativas de excitación y depresión, cambios de estado de ánimo más o menos durables y con

una base de permanente tendencia a estas alternativas. Su exageración, causaría la psicosis maníaco-depresiva' y luégo entra a numerar a las dos fases de esta enfermedad mental, la maníaca y la melancólica depresiva. Afirma que Tarcisio Cabrera sería el primero que protestaría si se le sometiera a tratamiento de electrochoque'.

"Aquí vemos una muy grave confusión del sentenciador y es esta:

"La sentencia confunde la psicosis maníaco-depresiva, que es una enfermedad mental, con la personalidad de Tarcisio Cabrera, que es cosa muy distinta y por esta confusión entre enfermedad y personalidad, rechaza el dictamen. Como se ve, el fallador, está equivocado y además toda la argumentación sobra, porque los médicos no han dicho que Tarcisio Cabrera estuviera aquejado de una psicosis maníaco-depresiva al dar muerte a su esposa, 'sino que obró en acceso de angustia', cosa muy distinta.

"Pero no siempre el ciclotímico, se ve aquejado de psicosis maníaco-depresiva como lo afirma la sentencia, ni tal cosa dicen Delmas y Boll, ni tampoco éstos afirman que los cambios 'de excitación y depresión o de estados de ánimo, su exageración sea la causa de la enfermedad'.

"Lo que tan autorizados autores afirman en su Tratado 'La Personalidad Humana-Su Análisis'. Traducción de J. Albiñama Manpo, catedrático del Instituto Calderón de la Barca de Madrid, edición 1935, es muy distinto, dice así:

'Las tendencias de un ciclotímico pueden, en el curso de la existencia, hipertrofiarse tan considerablemente, que degeneren en una verdadera enfermedad mental, que es la psicosis maniática o ataque de manía, cuando la excitación es muy grande, al revés de la psicosis melancólica o ataque de melancolía, que sobreviene cuando la depresión viene a ser francamente patológica. Así, la manía y la melancolía son dos aspectos de la misma psicosis maniático-depresiva, de psicosis circular intermitente o periódica, o más sencillamente de manía melancólica'. Véase que se habla de 'hipertrofia' y no de exageración.

'El conocimiento exacto de estos hechos ha acarreado importantes consecuencias debidamente comprobadas. Podemos inducir con relación a un sujeto que presente tendencias particulares ciclotímicas, que habrá sufrido o sufrirá en ciertos períodos de su vida, ya un acceso de manía, ya un acceso de melancolía, o bien numerosos ataques de una y otra forma. Inversamente, es lícito afirmar que un enfermo atacado de accesos de manía o melancolía se habrá conducido en el pasado y se conducirá en el porvenir del modo característico del ciclotímico. La clínica confirma, sin excepción, en todos los casos, ambas inducciones'.

'Conviene agregar que, como en las demás constituciones, existen y se conocen todos los estados de transición o intermedios entre los casos más ligeros o tenues de constitución ciclotímica y las formas más acentuadas y persistentes de la manía melancólica (4), lo cual demuestra que no existe una diferencia de naturaleza, sino de grado, entre los dos tipos extremos, los primeros lindantes con el estado normal, los segundos perfectamente caracterizados como formas de enajenación mental'.

'Hallamos las formas tenues de ciclotimia en mujeres u hombres llamados vulgarmente caprichosos, inconstantes, tornadizos, raros, lunáticos. Se llama hipomanía el estado intermedio entre la manía y la excitación constitucional y se conoce a los hipomaníacos con los nombres vulgares de chiflados, tocados de la cabeza, etc.'

"No han dicho tampoco los médicos de Neiva que Tarcisio Cabrera debe ser sometido a electrochoques, como lo sugiere la sentencia al manifestar que contra esta cura protestaría el acusado, porque los electrochoques, no se aplican sino en casos de determinadas y ciertas enfermedades mentales, agudas, tales como en la psicosis depresiva, en la ezquizofrenia, en la catatomía, etc.

"Después de esto, luégo de confundir como lo he demostrado personalidad o constitución, con la enfermedad, copia lo pertinente del doctor Serpa Flórez y lo que éste, a su turno copia del doctor Jaime Sánchez, es decir, afirma que existe la constitución ciclotímica y luégo se apoya en estos galenos para decir que esas constituciones son 'criticables por muchos aspectos', pero sin enumerar éstos y, luégo adopta el concepto del doctor Sánchez, de que 'pretender que las enfermedades mentales están previamente implícitas en las modalidades constitucionales de la personalidad anormal, es necio empeño, que contradice la experiencia clínica. La teoría constitucional está tan desacreditada actualmente como la teoría de la degeneración'.

"Pues bien: al hacer esa cita, el Tribunal ignora que ella se debe a una mala traducción del libro de Delmas y Boll, hecha por el doctor Sánchez, aquellos no han dicho y nadie tampoco entre los psiquiatras, lo ha afirmado, que *las llamadas constituciones temperamentales sean enfermedades mentales, es decir psicosis, como*

tampoco puede afirmarse que las constituciones sean grave anomalía psíquica, como pretenden los doctores Serpa y Sánchez.

"Pero decir como lo dicen los médicos de Neiva psicosis ansiosa, sí equivale a afirmar una verdadera enfermedad mental y por consiguiente en este caso sí podían los médicos hablar de anomalía psíquica y concluír que el hecho se consumó, mediante este estado.

"¿Cuál fue la mala traducción que el doctor Sánchez hizo del libro de Delmas y Boll, y que el doctor Serpa prohijó en esa cita? Esta: que habiendo usado en su Tratado aquellos autores la palabra francesa *'infermité'*, Sánchez la tradujo como *enfermedad,* cuando el nombre de ésta está en francés *maladie*. La palabra *'infermité'*, usada por Delmas y Boll, la usaron en el sentido de secuela, que significa achaque, o la consecuencia de una cosa, que fue el valor que le dieron los tratadistas franceses y el doctor Sánchez confundió. De ahí que el doctor Sánchez escribiera que para él las constituciones no eran enfermedad y en esto tiene razón, porque 'secuela' no es enfermedad mental.

"De manera que la refutación del dictamen de los señores médicos de Neiva parte de dos errores: confundir la enfermedad con la personalidad y creer que los franceses dijeron que las constituciones temperamentales son enfermedades mentales.

"Dice el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal que son aplicables al procedimiento penal, en cuanto no se opongan a lo establecido en el presente Código, *'las disposiciones comunes a todos los juicios* contenidas en el Código de Procedimiento Civil'.

"Entre esas disposiciones está el artículo 722 del Código Judicial, que dice: 'Hace también plena prueba el dictamen uniforme de dos peritos, sobre los hechos sujetos a los sentidos y lo que expongan según su arte, *profesión u oficio,* sin lugar a duda como consecuencia de aquellos hechos'.

"Comentando esta disposición ha dicho la Corte:

'El artículo 722 del Código Judicial es normativo de uno de los casos en que el dictamen pericial hace plena prueba: su fundamento es la percepción sensorial de los peritos complementada con sus conocimientos técnicos, los cuales juegan papel no sólo sobre la apreciación de los hechos, sino especialmente sobre los diversos aspectos de la percepción de la misma. La ley confía en que si dos expertos perciben de la misma manera un determinado hecho, aplicando a la respectiva operación los conocimientos técnicos del caso, el hecho es cierto tal como los peritos afirman haberlo percibido. El artículo 722 gobierna la apreciación judicial del hecho, cuya percepción sólo es posible por medios técnicos, que empleados rectamente, no dan lugar a inferencia, juicio, o deducción alguna'. (Sentencia de 21 de septiembre de 1948, Tomo LXIV, G. J. pág. 465).

"Bastaría esta disposición para refutar la tesis del Tribunal de Neiva y aceptar el peritazgo médico, de que hemos venido hablando, pero quiero entrar a demostrar que los peritos tienen razón en lo que afirman y que carecen de ella los muy distinguidos y acuciosos señores magistrados, a quienes con todo respeto, me he permitido hacer las anteriores observaciones y de las cuales con el mismo respeto y acatamiento me seguiré ocupando.

"No tengo tiempo ni espacio para entrar a estudiar, porque sería alargarme demasiado, si la doctrina de los tipos constitucionales, como lo digo, prohija la sentencia, está mandada a recoger, según el autor que ella cita y la forma como los sistemas tipológicos modernos principales, han sido desarrollados por las escuelas francesas con Rostan y sus sucesores; por la italiana encabezada por De Giovani, Vila, Pende, por la escuela moderna alemana de Beneke con sus tipos asténico, apoplético y normal; con Bauer con sus estados degenerativos, ni por Kretsemer con sus tipos físicos y de temperamento, entre los cuales enumera principalmente el ciclotímico y el esquizotímico, ni lo que sobre el particular dicen la escuela americana con Draper en sus tablas de las personalidades; Devenport, con sus biotipos, Lewis con sus tipos regresivos y Weeldon con sus tipos cetomórficos. Me limito a hacer notar que al mismo tiempo que la sentencia prohija, a Serpa Flórez, que niega el tipo constitucional, acepta que Tarcisio Cabrera pertenece al tipo ciclotímico, contradicción que por sí sola muestra la falta de razón para no acoger el dictamen.

"La sentencia en sus principales argumentos ha quedado analizada y demostrados los dos clásicos errores en que ella incurre. Nada más dice, para no aceptar el dictamen, concluyendo este 'le faltó examen sobre la realidad de los hechos y sobre el estado psíquico de Tarcisio Cabrera'.

"¿Cómo puede el Tribunal contradecir a los señores médicos en las anteriores frases, cuando éstos principian el dictamen diciendo *'Estudio*

del sumario'. Cómo saben los falladores que los médicos no hicieron este estudio? ¿Qué pruebas trae la sentencia sobre ellos? Ninguna.

"¿Y acaso el mismo dictamen no dice 'examinado *por varias ocasiones el sindicado Tarcisio Cabrera'?*

"¿Cómo es eso de que no examinaron su temperamento psíquico, cuando el dictamen comienza a explicar lo que los firmantes entienden por temperamento o personalidad, para concluír que Cabrera es de temperamento ciclotímico?

"Y ¿cómo afirmar que no hubo dicho examen después de que el dictamen anota todas las peculiaridades, no sólo de su temperamento psíquico sino de su integración corporal, como puede verse en los apartes a, b, c, d, del punto 2º?

"Los señores médicos no estaban rindiendo un dictamen para niños de escuela, o para gentes sin ilustración, sino para magistrados, ilustrados, doctores en derecho, como lo son los muy distinguidos que integran aquella Corporación. Hablan en términos técnicos y científicos, porque la materia los obliga a ello. No se trata de un dictamen sobre avalúos, o sobre mejoras, sino de uno científico, que era de suponer debía ser comprendido, por las personas que debían analizarlo y entenderlo. Si esto último no sucedió, culpa no fue de los señores médicos.

"Después de anotar todas las condiciones o modalidades que se reúnen en la personalidad de Cabrera y de leer el sumario; de examinar al sindicado y de interrogarlo, concluyen diciendo 'que puede concluírse que el examinado al dar muerte a su esposa obró en acceso de angustia, propia de los temperamentos ciclotímicos en los relacionados a su ritmo psíquico y que esta psicosis ansiosa constituye anomalía psíquica y en ampliación del dictamen dijeron muy claramente que Cabrera había obrado en estado de grave anomalía psíquica'.

"Las causas que producen esta enfermedad son múltiples. Prescindo de enumerar las que son de carácter etiológico, que se incuban desde el embrión, hasta llegar al hombre adulto, y sus causas van desde procesos infecciosos, preexistentes o adquiridos, sífilis, tuberculosis, intoxicaciones, etc., que influyen sobre el psiquismo, dando origen a trastornos sistematizados. También puede ocasionarlas las *fatigas corporales,* los traumatismos, las influencias meteorológicas y especialmente como muy acertadamente lo observa el Profesor español Vallejo Nájera en su obra *Tratamiento de las enfermedades mentales,* 'causas psíquicas y sociales; pudiendo los traumas morales desencadenar alteraciones mentales pasajeras, como también psicosis, por disgustos *conyugales, familiares,* sociales, etc., si las circunstancias ambientales le son desfavorables y el sujeto presenta predisposición psicopática'. Son varios los autores que afirman que la única diferencia entre neurótico y psicótico, es que el último no tiene ninguna noticia de su enfermedad mental.

"La variedad de las psicosis es numerosa: las hay afectiva, circular, climatérica, de reacción, de asociación, de defensa, exóticas, hipertensiva, infecciosas, involucional, orgánica, sifilítica, tóxica, traumática, la maniaco-depresiva, entidad clínica creada por E. Kraepelin, para agrupar y dar unidad a las alteraciones mentales y la cual creyeron los señores magistrados aquejaba a Tarcisio Cabrera, sin fundamento ninguno para ello, como ya lo demostré anteriormente y la psicosis ansiosa, de que habla el dictamen tantas veces citado, y otras muchas cuya enumeración no es del caso.

"Son numerosas las definiciones y descripciones que psicólogos, filósofos y psiquiatras han dado de la angustia. Según Ferrater Mora 'la angustia es un modo de hundirse en una nada, pero es a la vez la manera de salvarse de esa nada misma, que amenaza con aniquilar al hombre angustiado, es decir una manera de salvarle de todos sus engaños'. *El Diccionario de Filosofía* nos enseña que 'esperanza y angustia parecen igualmente necesarias, para que la existencia humana mantenga su modo de ser esencialmente contradictorio', o sea 'una manera de salvar al hombre de lo infinito' coincidiendo así con el pensamiento de Pascali: 'le silence eternel de ses espaces infinis m'efraie': ('Me asusta el silencio eterno de esos espacios infinitos').

"También las causas de la angustia son varias: el miedo a la vida, el miedo a la inseguridad, el miedo de las decisiones, la ansiedad intensa por una situación considerada como peligrosa, la pérdida de los afectos, lo que la lleva a convertirse en *ansiedad,* según E. Jones.

"Para el Profesor Emilio Mira y López la angustia se presenta 'como una de las emociones derivadas y surge siempre que algún fuerte deseo, parece fracasar en la obtención de su objetivo'. Freud cree que hay varias situaciones, que pueden ocasionar 'fijaciones angustiosas': la concerniente a la pérdida de un amor o de afectos que le son queridos o de contrariedades a las cuales el sujeto no puede sobreponerse, para 'surgir entonces una sensación de desamparo y de ansiedad'.

"Bleuler a su turno, opina, que la angustia tiene diferentes fuentes desde dificultades del corazón y de los órganos respiratorios y de la sangre o por dificultades de la vida de relación, por situaciones no sólo de peligro, sino dolorosas o conflictivas, obedeciendo entonces a dependencias del mundo exterior'. Según Marañón, 'la angustia puede presentarse como una ansiedad mórbida, y en la mayoría de los casos ella ocurre después de que una idea sustitutiva de la preconciencia, ha sido desamparada por el efecto, que siente ligado a ella, lo que equivale a un temor ansioso a una ansiedad temerosa'.

"Sentadas estas premisas veamos (sic) ahora a ver qué nos cuenta el proceso, sobre las situaciones conflictivas, de pérdidas de afectos, que experimentaba Tarcisio Cabrera, durante el lapso de tiempo en que vivió casado con su mujer y antes de que se presentara el triste y doloroso acontecimiento, que ha motivado este proceso.

"Es el mismo sentenciador, quien reconoce el estado de ánimo aflictivo y doloroso de Tarcisio Cabrera, cuando al folio 97 del cuaderno 2º afirma esto:

'Es interesante el reconocimiento de Tarcisio de que la mayor parte de los disgustos se debían al abandono de ella (su mujer) en la casa.

"Después de casarse Tarcisio, al conocer la pereza, el abandono de su mujer, sufrió en su vida de casado su primera desilusión, que fue muy grande; *hizo impacto tremendo en su ánimo.*

'A él, no le gustaba ese comportamiento de ella, se sentía desalentado por esa situación, empezaba a enfriarse su amor por ella.

'El le recalcaba sobre sus obligaciones, ella no mejoraba, sino que más bien había momentos en que se chocaba.

'Mayor desilusión iba invadiendo la vida de Tarcisio Cabrera'.

"De lo anterior se deduce que el mismo Tribunal reconoce un estado de ánimo insufrible, no sólo para Cabrera, sino para cualquier persona que se hallare en esas mismas circunstancias. Este hecho, el abandono de la esposa, de su deber como tal, de madre y aun de mujer y compañera, se encuentra acreditado por varias declaraciones y como el Tribunal lo reconoce, no tengo para qué extractar lo que esos deponentes cuentan.

"Esa conducta descuidada de su mujer para con Cabrera, lo llevó a un estado de abandono, de tristeza, de soledad, de cansancio, de descuido de sí mismo, que se aumentó cuando a sus oídos llegaron rumores sobre infidelidad de su cónyuge, la cual se salía de noche a vagar por los campos, a solicitar compañía, tal vez debido al estado psíquico de ella, porque ya vimos según el certificado del médico doctor Otero, 'que sufría trastornos mentales del tipo maníaco-depresivo' y entonces el temperamento del acusado se transformó; se incubaron en él todas aquellas fuentes productoras de la psicosis y del estado ansioso.

"De ese estado la sentencia no lo analizó, pero él, surge nítido de varias declaraciones que se encuentran en el cuaderno del Tribunal que como la sentencia no las enumeró, voy a hacerlo aquí.

"Leonidas Ortiz al folio 32 nos relata cómo era el cariño que Cabrera tenía para con sus hijos, 'lo que sufría al verlos sucios y descuidados y sufriendo por la conducta liviana de la madre, que era tal su preocupación y nerviosismo, que en muchas ocasiones quedaba sin que se diera cuenta de las personas con quienes se encontraba, guardando largos silencios, muy preocupado por los comentarios que oía, respecto de su mujer y muy amargado por el proceder de su compañera porque él la quería en grado sumo'.

"Juan de Jesús Orrego al folio 35 relata:

'Cuando Tarcisio Cabrera tuvo que separarse de su esposa, por razón de que ella abandonó la casa que le tenía en Acevedo y principió a oír comentarios y chismes, sobre la mala conducta de Rosa Virginia, su mujer propia, se mostró muy amargado, preocupado en alto grado, inquieto, muy nervioso, se quejaba de su mala suerte, y del porvenir oscuro que les esperaba a sus hijos prácticamente deshonrados por la irregular conducta de su madre, previendo que sus hijos sufrirían en el colegio con sus demás colegas y posteriormente en la vida social. Era tal su nerviosismo y preocupación constante, que en varias ocasiones se quedaba o permanecía como ausente y como que no se daba cuenta de las personas con quienes se encontraba, siendo amigo de confianza, guardando largos silencios por lo cual varias personas le llamaban la atención con bromas y al mismo tiempo en forma de consejo y ayuda moral en sus padecimientos'.

"Alfonso Fierro, al folio 38 dice 'constarle que Cabrera se sentía mortificado, cuando su esposa no atendía bien a sus hijos y los descuidaba especialmente en el vestido, motivo por el cual era objeto de compasión por parte de sus amigos. Tarcisio hubo de separarse de su mujer

por no haber logrado entendimiento con ella. Se le veía amargado, preocupado, nervioso, se quejaba de su mala suerte, demostrando gran sufrimiento'.

"Emelina de Cubillos al folio 39, refiere: 'que ella y otros amigos personales observaron en Tarcisio Cabrera que en varias oportunidades trataba de esquivar el encuentro o saludo con sus amigos y tomaba por otras calles, evadiendo tal encuentro muchas veces, cuando no podía obviar tal asunto, entonces se entraba a una cantina o tienda cuando veía a sus amigos y permanecía callado y también cuando se encontraba con alguna persona conocida, trataba de hacer charla muy corta y procuraba despedirse, esto debido a la vergüenza que le causaba la conducta de su señora esposa'.

"En forma parecida a los anteriores declaran a los folios siguientes Eliécer Romero, folio 41, Manuel García, Lorenzo Mosquera, folio... Víctor María Castro, folio 44.

"No obstante estas terminantes declaraciones, que no fueron tenidas en cuenta por el fallador y que son pruebas no sólo del estado de ánimo de Cabrera, sino de la mala fama que su mujer tenía entre el vecindario de Acevedo, nos indican que esos síntomas de que hablan los testigos son precisamente una de las características de la angustia, de que hablan los médicos y que ellas les sirvieron de información para dar su concepto, al leer el sumario.

"Sin embargo, la sentencia dice que cualquiera aun dentro de 'las circunstancias normales de la vida tiene sus problemas, sus momentos de angustia, de nerviosismo, de preocupación. Es un estado especial desde el punto de vista psicológico, pero que dista de ser un caso grave según el *ciclo melancólico,* que se ha descrito científicamente'. De lo anterior resulta muy claramente que vuelve el Tribunal a confundir la psicosis maníaco-depresiva de que habla en su fallo, con la psicosis de angustia que diagnosticaron los médicos, que es cosa muy distinta. De ahí de ese errado concepto, parte el fallador para desconocer el dictamen.

"Pero además ese párrafo indica que el señor magistrado ponente incurre en un error muy común en ciertos funcionarios: el de juzgar a los actos y hechos de los demás mediante la imaginación y no colocándose en el medio, en el tiempo y en el lugar en donde ellos ocurrieron y en el estado psíquico del sindicado. No creo que dentro de lo normal de la vida, a cualquiera le suceda lo que le sucedió a Cabrera y ello no es creíble que sea regla general en la vida corriente como lo afirma la sentencia. Vivir todo un día trabajando por sostener el decoro de un hogar, desde el amanecer, hasta el anochecer, andar al rayo fuerte del sol, por el campo, sin comer, agotando sus recursos físicos y llegar luégo a la casa y hallar que ni siquiera un miserable bocado encuentra para apaciguar el hambre, ni reposo, ni tranquilidad para alivio de la tarea y la fatiga diaria; que ello sea corriente y que sujeto a quien tal cosa sucede y que tal choque emocional experimenta, quede feliz, como unas pascuas, para usar del símil común, es mostrar demasiado optimismo o tener ya un prejuicio concebido sobre los hechos y su valoración.

"De manera que según todo lo anterior aquí se tiene cumplida una de las condiciones que el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal enumera.

"Existe una errada interpretación de los hechos, y también una mala apreciación de los mismos, porque partiendo de un hecho equivocado, el de que Tarcisio Cabrera es maníaco depresivo, se desecha un dictamen médico que dice lo que la enfermedad mental que sufre o sufrió no es ésta, sino la de una psicosis ansiosa, le niega valor probatorio a ese dictamen, fundado en una cosa imaginaria y en unos conceptos también equivocados, por una mala traducción, como ya lo enumeré y de ahí pasa luégo a negar que pudiera haber cometido el hecho en estado de anomalía psíquica grave pero sin dar el por qué.

"No hay tal que el dictamen no esté fundamentado. Lo está, como los médicos entendieron que debían dar su concepto, explican ellos; lo que entienden por temperamento o personalidad, en virtud del estudio hecho no solamente sobre los datos del sumario sino también sobre los reconocimientos y exámenes practicados en la persona de Cabrera; explican que pertenece al tipo de los ciclotímicos, agregan que su tipo corporal es el psíquico, que Cabrera pertenece a los tipos Bradipsíquicos, que es persona hiper-activo, dinámico, irritable, hiper-emotivo, que no es hipertiroidiano y de estos datos y exámenes sacaron la conclusión. ¿Qué más quería que dijeran los médicos?

"Aquí en este caso especial de Tarcisio Cabrera, el sentenciador olvidó considerar otros factores, cuando abandonando el estudio de los hechos y su verdadera interpretación, no sólo jurídica, sino real y científica, buscó apoyo no en esos hechos, sino en conceptos ajenos, haciendo una confusión de los mismos, desconociendo la influencia y la importancia tan grande que en casos como éste ejerce el alcohol, sobre

las formas de manifestación de la personalidad, así como sobre la conducta en un momento dado del ser humano.

"No se ha considerado el estado psíquico de Tarcisio Cabrera esa noche del doce de septiembre de mil novecientos cincuenta y nueve. Después de una dura faena para acarrear ganado, sin comer durante el día y con ingersión permanente y continua de licor durante siete horas, seguidas, esa influencia tóxica del alcohol, su acción liberadora de los frenos sociales que determinan las pautas de la conducta social y familiar del hombre".

"El ilustre médico legista y famoso psiquiatra doctor Pablo A. Llinás, —desaparecido tempranamente— cuando ejercía el cargo en la Oficina Central de Medicina Legal de Bogotá, explicó en un concepto que corre publicado en el número 57-58 de la Revista de Medicina Legal de Colombia, cuál era el sentido, el espíritu, la letra, la intención y el alcance de ese artículo 29 del Código Penal. Ese concepto fue adoptado como doctrina por la dicha Oficina y en él dijo aquel eminente ciudadano y científico, lo siguiente:

'La tarea del perito médico en este asunto debe dirigirse a fijar, por medio del estudio biológico y psicológico del acusado, si la enfermedad, la intoxicación, las pasiones, las emociones o los estigmas hereditarios, reconocidos por medio de un examen minucioso pueden influír en el mecanismo de la inteligencia, de la voluntad o de los instintos sociales del individuo.

'Las excepciones comprendidas en el artículo 29 del nuevo Código Penal y que para su mejor discriminación y calificación reclaman el estudio atento del psiquiatra, pueden dividirse en cinco grupos, no según las clasificaciones nosológicas psiquiátricas, sino según sus síntomas más notorios y de más fácil apreciación para las autoridades judiciales, a saber: en unos casos, los actos reprensibles son el resultado, ordinariamente lógico, de concepciones falsas, producidas por delirios y alucinaciones. En otros casos, ciertos actos son el resultado fatal de una impulsión irresistible, más o menos inconsciente. En otros, las perturbaciones mentales son el resultado de intoxicaciones endógenas o exógenas. En otros se pueden colocar los actos cometidos conscientemente por individuos aún en posesión de sus facultades mentales, pero en los cuales estas facultades han sufrido la influencia más o menos profunda de una psiconeurosis. En otros deben colocarse las afecciones mentales constitucionales, caracterizadas por la decadencia del espíritu. Idiotez, imbecilidad, cretinismo, debilidad mental'.

'El artículo 29 vigente, distribuye en tres grupos los cinco que acabamos de apuntar, y, exprimiendo más, podrían resumirse en uno solo, en la siguiente forma:

'Cuando al tiempo de cometer el hecho, el agente padeciere de grave anomalía psíquica, se aplicarán las sanciones fijadas en el Capítulo II del Título II de este libro'.

'Todas las enfermedades o afecciones psiquiátricas que caben en la denominación genérica de enajenación mental, desde el momento que afecten el sensorio, constituyen o son verdaderas anomalías psíquicas graves, y las intoxicaciones exógenas crónicas que generan en el paciente trastornos intelectuales también constituyen verdaderas anomalías psíquicas graves'.

'A primera vista pudiera tacharse de redundancia en las disposiciones del artículo 29, pero no es así porque si es cierto que en toda alienación mental hay anomalía psíquica grave, la recíproca no es exacta, puesto que hay casos de anomalía psíquica grave sin manifestaciones de alienación mental, y de ahí que el legislador procurara subsanar expresamente las deficiencias del artículo 29 del antiguo Código Penal, porque al lado de los verdaderos alienados hay otros individuos colocados o que se colocan en condiciones desfavorables al cumplimiento de los mandatos legales o de las normas sociales'.

'El médico interviene, a propósito de los crímenes cometidos por esta clase de individuos, con más frecuencia que en los delitos cometidos por verdaderos locos, y en ninguna ocasión la intervención del perito médico es más justa ni más necesaria'.

'La expresión anomalía psíquica han querido considerarla algunos autores como frase específica, para designar un síndrome psiquiátrico determinado, el mismo que los italianos llaman frenastenia; los franceses y algunos alemanes degeneración psíquica; otros, como Levy Valensy y Dupré, debilidad mental; y otros, retardados, retrasados, atrasados, anormales'.

'La ley colombiana usa la palabra anomalía en el sentido común y corriente que se le da en el lenguaje castellano, equivalente, como dice don Andrés Bello, a irregularidad, o sea lo contrario al orden propio del hecho que refiere; y orden no es otra cosa que el cumplimiento de los preceptos y de las leyes preestablecidas y vigentes'.

'Con el nombre de anomalía psíquica la ley colombiana no se refiere a síndromes psiquiátri-

cos específicos sino a los juicios o concepciones mentales irregulares, desordenados y a los actos determinados por esas concepciones contrarias a la razón natural, a los preceptos, o a las leyes, sin motivo, sin objeto y sin provecho para nadie, sea cual fuere la causa que los produzca, o la entidad nosológica en que se hallen, porque a la justicia no le interesa saber si el culpado es maníaco-depresivo (ojo señores sentenciadores de Neiva), paralítico-general, epiléptico o esquizofrénico, sin estar cierto de que el agresor en el momento de agredir obró bajo la influencia de una anomalía psíquica, es decir, sin lucidez en la conciencia ni rectitud en el discernimiento, o por ímpetu involuntario o superior a su voluntad; porque el punto de vista del juez es distinto de la mira del psiquiatra; éste se preocupa por la etiología y las manifestaciones clínicas, psíquicas y somáticas del enfermo, y aquél por el móvil de los actos y los caracteres de los hechos ejecutados por el culpado'.

'La ley colombiana, repetimos, no se refiere a anormales ni a ningún síndrome psiquiátrico especial, porque si así fuera, el nuevo artículo 29 sería tan defectuoso como el antiguo, pues quedarían privados del amparo legal los estados y desviaciones que en otro lugar señalamos, y los desvíos transitorios como los de los casos concretos que nos permitiremos reproducir más adelante.

'Que haya o pueda haber superchería, perversidad, fraude, para aparentar un desvío transitorio, es posible; pero también es posible simular el estallido de una manía aguda y de otras formas de enajenación mental. Esas y otras mentiras son posibles, pero no fácilmente posibles si el médico, como ya dijimos, hace el estudio biológico y psicológico del acusado con el esmero y dedicación indispensables que le permitan conceptuar si el acto delictuoso que se investiga fue obra consciente, o por el contrario, consecuencia de trastornos de la inteligencia, de la voluntad o de los instintos sociales de un degenerado, o de un enloquecido por influencias circunstanciales que rompieron el ritmo de la vida espiritual'.

'Todo es posible, y que se absuelva a un culpado que engañó a los médicos y a los jueces, pero, según el proverbio, es preferible absolver a muchos criminales y no condenar a un inocente'.

'En esta exposición lacónica, sin originalidad, sin novedad, sin erudición, pero sencilla y clara, al alcance de todos los lectores, creemos haber interpretado fielmente el espíritu de la ley o su significado literal'.

''De lo hasta aquí expuesto estimo que he dejado demostrado que el Tribunal al rechazar el dictamen de los señores médicos legistas de Neiva, no cumplió con la exigencia perentoria que le impone el artículo 268 del Código de Procedimiento Penal, o sea 'expresar clara y precisamente los hechos y las razones en que se funda'. Y esta condición falla en la sentencia. Ni existe precisión ninguna, ya que ésta en su sentido etimológico, es la exactitud, la obligación, la necesidad imprescindible, lo muy exacto, que sirve para los estudios científicos y no tengo para qué repetir, que nada de esto contiene el fallo, sino al contrario un error y una equivocación, no sólo con respecto a la enfermedad mental diagnosticada a Cabrera, sino también con respecto a la confusión entre enfermedad y secuela. Y si la claridad significa lo que es todo luz, lo que es transparente, lo que es nítido, tampoco pueden predicarse estas nociones del famoso fallo que confunde enfermedad y personalidad, como claramente lo dejé expuesto en el curso de esta demanda''.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, al dar respuesta a la demanda de casación hace un encomiable y meritorio estudio sobre el principal motivo de impugnación del fallo, a través de las causales aducidas, para concluír que el recurso debe prosperar, pues la actividad delictuosa del procesado, en su concepto, encaja dentro de los términos del artículo 29 del Código Penal, de acuerdo con el dictamen producido en el juicio, cuyo mérito probatorio es indiscutible.

Por lo que a la decisión de la Corte interesa, conviene tomar de la vista del señor Procurador Delegado su opinión sobre el dictamen psiquiátrico en el caso de autos, confrontado con las constancias del proceso, y acerca del alcance que en la ley penal tiene la expresión técnica ''grave anomalía psíquica''. La evolución de las instituciones penales colombianas respecto de la responsabilidad de los anormales y los antecedentes más importantes del Código Penal vigente en esta materia, son un aporte interesante que la Procuraduría Delegada hace en su concepto de fondo, que ilustran el asunto y le dan base para su petición a la Corte de invalidar el fallo. Si no se transcriben en su integridad es sólo para no alargar este proveído y por no haber discrepancia de la Sala con sus apreciaciones.

Expresa el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal:

"Ahora bien:

"Conocidos los argumentos que en pro del dictamen psiquiátrico ofrece el actor y que en contra consigna el sentenciador, y conocido, además, el acervo probatorio que conforma el expediente, cabe concluír que el *ad-quem* rechazó sin fundamento la prueba en cuestión, pues no es evidente que quienes como facultativos examinaron al acusado y tuvieron en cuenta como elementos de juicio, los datos suministrados por el proceso con respecto al estado psicológico de Tarcisio Cabrera, se hubieran abstenido, como lo sostiene el Tribunal, de examinar 'la realidad de los hechos'.

"Ese rechazo es simplemente gratuito. En esto tiene toda la razón el recurrente, porque la verdad es que los expertos basaron sus conclusiones científicas en el estudio de la personalidad del acusado, en los rasgos o características propias del temperamento y la constitución del mismo, y también en las múltiples declaraciones que obran en el expediente, cuyo sentido o contenido contribuye a dar por cierto que el uxoricida de autos padecía de una grave anomalía psíquica en el momento de darle muerte a Rosa Virginia García.

"Los mismos expertos fueron terminantes, o mejor, no vacilaron en reconocer, con motivo de la ampliación que se les solicitó, de su dictamen, que las condiciones psíquicas en que se hallaba el procesado a tiempo de delinquir eran sintomáticas de una psicosis maníaco-depresiva. Dicho reconocimiento, a la verdad que no es posible rebatirlo con apuntar simplemente o a la ligera —como lo hace el Tribunal— que en ciertas circunstancias normales de la vida, cualquiera tiene sus preocupaciones y angustias por motivos de diferente índole, lo cual necesariamente no significa que todo sujeto angustiado, preocupado o rehacio al trato social, padezca de una grave anomalía psíquica.

"Y no prospera semejante réplica, porque no hay duda de que en el acusado, como consecuencia de la desarmonía o incomprensión reinante en sus relaciones matrimoniales, y por virtud del abandono del hogar que hizo su mujer, se gestó y fue evolucionando un grave proceso perturbador de su mente que asumió caracteres más álgidos con el conocimiento que tuvo de los decires que con relación a la infidelidad de su mujer llegaron a sus oídos.

"De otra parte, se infiere fácilmente que los términos mismos de la peritación rendida, no encierran contradicción científica ninguna.

"En efecto, los peritos obraron con conocimiento de causa al clasificar al procesado, desde el punto de vista de sus cualidades afectivas, entre los temperamentos ciclotímicos, porque verificado que fue el ritmo psíquico propio de éste, o su modo de reacción a los afectos, y comprobada también su disposición diatésica, que corresponde a una escala oscilante entre los polos 'alegre' y 'triste', lógico era que predicaran del examinado que temperamentalmente es un ciclotímico.

"Y la clasificación hecha fue aún más acertada al poder establecer los peritos —y así manifestarlo— que Tarcisio Cabrera, desde el aspecto de su estructura corporal, pertenece al tipo pícnico, como que esta estructura o hábito, a partir de las enseñanzas del célebre psicólogo Kretschmer, ha sido sin reticencias asociada a los trastornos de naturaleza ciclotímica.

"Pero también se evidencia la ponderación y la consecuencia en los términos del concepto al tener noticia que los peritos, por haber partido de la base de que Cabrera es un temperamento ciclotímico, reconocieron a la postre, esto es, con ocasión de la aclaración hecha a su dictamen inicial, que el acusado, al cometer el delito padecía de una psicosis maníaco-depresiva, desde luego que esta clase de enfermedad mental o esta locura circular, ofrece —como dice el psiquiatra A. Vallejo Nájera a la página 254 de la tercera edición de su 'Tratado de Psiquiatría'— 'la variedad morbosa del gran cuadro psicológico normal formado por los temperamentos ciclotímicos'; o presenta —como lo afirma el prenombrado Kretschmer en la página 273 de su 'Psicología Médica', publicada por la Editorial Leyenda de México en 1945— 'la variedad patológica del gran cuadro posicológico normal formado por los temperamentos ciclotímicos'.

"Por sufrir el acusado de una psicosis maníaco-depresiva, vivió, a tiempo de cometer el homicidio de su esposa, una etapa melancólica durante la cual tomó entidad en su mente una idea delirante que al final determinó el acceso de angustia diagnosticado por los psiquiatras. Esa idea delirante vino a corresponder a la culminación del tránsito mental padecido, de una 'idea normal' consistente en pensar que su mujer pudiera estar engañándole con un amante, a una 'idea prevalente', que equivalió a creer con toda probabilidad en que efectivamente le era infiel su consorte, y de allí a una 'idea obsesiva', conforme a la cual dio definitivamente como hecho cumplido el adulterio de Rosa Virginia García.

"Y durante el cumplimiento del referido proceso ideológico, tuvieron lugar en la psiquis del uxoricida, fenómenos alucinatorios, a virtud de los cuales es como se explica que hubiera afirmado al rendir indagatoria las siguientes cosas que, por su alta significación probatoria, se destacan a continuación:

'...estando yo ahí vi yo a un tipo que lo había visto en otra vez antes de esa aquí en Acevedo, lo vi por ahí cerca del matadero; cuando vi yo ese tipo me causó a mí cierta malicia porque en esa vez antier, que yo le había visto conversando con la señora mía allá en la puerta de la casa de los papás así como maliciosamente, y entonces ese día fue tánta la impresión que a mí me dio cuando vi el tipo, que me puse yo malicioso porque en una de las cosas que yo había sabido que aquí había venido varias veces un tipo, que había venido por ella, pues yo me imaginé que podía ser ese...' (Fls. 143 vto., 144, cuad. 3º).

'... en todo caso con todos esos cuentos y tantas bolas que andaban, y eso que me había dado cuenta del tipo, yo seguí con la impresión pues de eso...' (fl. 144).

'...cuando yo iba por ahí vi al mismo tipo que había visto allá abajo que cruzó por ahí por la calle y cogió por esa calle de la casa en donde estaba mi esposa de para arriba despacio, y al pasar por el frente de la puerta de ahí de la casa, se detuvo y entonces en ese momento salió ella ahí a la puerta y yo no sé qué le dijo a ella allí, y en ese momento ella me vio que yo subía y enseguida pegó la retrocedida de para adentro, y el tipo se fue de para arriba pero muy malicioso...' (id.).

'...yo seguí con la tentación del tipo y seguí teniéndolo cuenta, pues porque a mí se me metió a la cabeza de que él algo tenía con la señora mía y que esa noche estaba sobre algo...' (id.).

'...entonces vi el mismo tipo que había visto antes que bajaba por esa calle de abajo; yo me había hecho ahí en la esquina de cierto modo de que no me viera el tipo, el tipo bajó y se paró al frente de la casa donde estaba ella y miró de para arriba, para el balcón de la casa; ella estaba seguramente teniéndole cuenta y se asomó de la ventana del balcón y en ese momento yo no sé qué señal se hicieron ahí y él fue y empujó la puerta de la casa y la abrió y se entró...' (fl. 144).

"Todas estas referencias que el acusado hace de percepciones visuales suyas, como si correspondieran a la realidad, constituyen alucinaciones o errores de su mente enferma. Esas alucinaciones, sumadas al delirio de celos padecido, lo llevaron a adquirir el falso convencimiento de que era efectivamente engañado por la persona amada, y esa convicción cobró mayor arraigo y desembocó en un acceso de angustia cuando al resolverse en el día de autos a reclamarle o increparle a su esposa una supuesta conducta de adúltera, la interrogada, haciendo gala de su intemperancia, le trató de hijo de puta.

"En consecuencia, es obvio que, por aparecer demostrada la perturbación de las facultades mentales del acusado Tarcisio Cabrera, y haber conceptuado los faculttivos de la Oficina de Medicina Legal de la ciudad de Neiva que el mismo Cabrera, al perpetrar el delito por el cual se le procesó, padecía de una grave anomalía psíquica, el Ministerio Público acepte y patrocine la tesis sostenida por el demandante al invocar y desarrollar la causal segunda de casación arguyendo que a la prueba pericial visible a los folios 76 y 79 del cuaderno 3º no supo asignarle el Tribunal de instancia el valor que realmente tiene.

"Se impone, por lo mismo, la reforma del fallo, en el sentido de aplicarle al acusado una medida de seguridad, en vez de una pena de presidio como la decretada por el *ad-quem*".

.....

"c) En último término el artículo 29 se refiere a la grave anomalía psíquica.

"Acerca de este estado, mucho es lo que se ha dicho y diversos son los pareceres que con respecto al término 'grave anomalía psíquica', empleado por el legislador, han emitido tanto penalistas como psiquiatras y jueces.

"Unos sostienen que el término es absolutamente impropio porque no corresponde a la psiquiatría, sino que constituye 'una vaga designación que puede aplicarse a cualquier irregularidad de la mente y de manera especial a la que es innata o constitucional'.

"Otros, paladinamente defienden la distinción hecha en términos generales por el legislador entre enajenación mental, intoxicación crónica producida por el alcohol u otra sustancia, y anomalía psíquica. Terceros hay que, como el psiquiatra Luis Jaime Sánchez, de modo absoluto circunscriben el término: 'grave anomalía psíquica', a los estados demenciales, 'que son trastornos mentales de carácter grave y adquiridos' y a los estados deficitarios u oligofrénicos, 'que hacen relación a retardos o insuficiencias en el desarrollo intelectual' (ver del autor citado su 'Psiquiatría General y Psicopatología',

edición de la Librería Siglo XX, págs. 203 y 206)".

.....

"Entiende la Procuraduría que es de la esencia de la grave anomalía psíquica, la transitoriedad del estado, por oposición o contraste con la enajenación mental, que es de por sí una enfermedad mental de carácter general y persistente, y que como tal requiere un tratamiento científico apropiado para que desaparezca.

"Pero a más de la anotada diferencia, se tiene que si es evidente que la enajenación mental siempre equivale a una anomalía o perturbación psíquica, también es verdad que no toda anomalía psíquica grave es enajenación mental, como acertadamente lo apunta el profesor Llinás.

"De ahí que resulta obvio afirmar que el legislador del año de 1936 hizo una clasificación a grandes trazos de las enfermedades mentales, destacando entre ellas y en primer lugar, a la más grave, la alienación; refiriéndose en seguida a las intoxicaciones crónicas, y englobando, por último, en el término anomalía psíquica grave, una serie de trastornos anímicos de menos importancia, los cuales para el mismo legislador 'no constituyen verdaderas entidades clínicas' y se caracterizan por el hecho de que el enfermo —como opina el profesor Nerio Rojas—, tiene conciencia de su estado patológico, lo que no ocurre con el alienado ni con el intoxicado crónico.

"De otra parte, se agrega que al redactarse el artículo 29 se incurrió en el error científico de darle a un término genérico una significación específica. Se confundió, mejor dicho, el género con la especie, porque en la expresión anomalía psíquica —como lo dice el profesor Llinás— quedan comprendidos o abarcados todos los estados de perturbación mental, desde los más graves hasta los de menos entidad, no obstante lo cual el Código emplea esa expresión como correspondiente a una gama de trastornos psíquicos dentro de los cuales no figura la enajenación mental (el más grave de todos los trastornos) ni tampoco la intoxicación crónica.

"Mas sin embargo de semejante confusión o error, es verdad también que alguna significación práctica, desde un punto de vista de derecho positivo, debe asignársele a la expresión adoptada por la ley, pues de lo contrario, el artículo 29 parcialmente dejaría de aplicarse en todos los casos en que la perturbación psíquica no consista en una alienación mental o en una intoxicación crónica.

"Por lo mismo, se insinúa aquí la siguiente definición legal de la grave anomalía psíquica:

"Esta comprende una serie de perturbaciones mentales de carácter transitorio, bien distintas de la enajenación mental y de las intoxicaciones crónicas, perturbaciones sin verdadera entidad clínica, que carecen de etiología exógena y que no equivalen a lesiones anatomopatológicas del cerebro, pero que sí socavan o anulan —como dice Lozano y Lozano— los sentimientos y las fuerzas volitivas, o suprimiendo (lo que es igual) 'la adaptación lógica y activa a las normas del medio ambiente', en forma de influír decisivamente en la comisión de hechos que imponen la aplicación a su autor de una medida de seguridad, a manera de defensa social.

"Hacer una enumeración de los trastornos mentales que corresponden a la noción legal 'grave anomalía psíquica', constituye tarea que ciertamente no le incumbe al Juez, si es que se tiene en cuenta que la definición que interesa, debe ser de carácter jurídico o legal y no psiquiátrico.

"En esta materia, cobra toda vigencia el parecer del profesor Carlos Lozano y Lozano, expresado en el sentido de que saber cuáles son las graves anomalías psíquicas que permitan afirmar que una persona 'salió del amplio péndulo de la normalidad mental', es cosa que solamente los expertos en Psiquiatría y Psicopatología pueden resolver o diagnosticar en cada caso judicial concreto.

"Por lo demás, la justicia que se administra con sujeción a los dictados de un Código Penal, que, como el vigente, es de extracción positivista, no repara, como ya fue recordado, en el valor moral del acto o hecho ejecutado por el individuo, sino en el síntoma revelador de que éste, al violar la norma penal —así sea como persona normal o anormal psíquicamente— posee una personalidad más o menos peligrosa, que como tal, da lugar a la aplicación de una sanción o medida de defensa social.

"Cometido el hecho, consumada la transgresión legal, vendrá el perito como auxiliar de la justicia a examinar psicosomáticamente al justiciable, haciendo posible que se le imponga a este último, gracias a las luces aportadas por la ciencia psiquiátrica, la sanción (pena o medida de seguridad) que corresponda a los fines propios de la defensa social contra el delito".

Como conclusión de sus razonamientos, la Procuraduría Delegada "solicita de la honorable Corte Suprema de Justicia que proceda a IN-

VALIDAR el fallo recurrido y a dictar el que deba reemplazarlo (artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, numeral a)), imponiéndole al acusado Tarcisio Cabrera, como responsable que es del delito de homicidio cometido en la persona de su mujer legítima, señora Rosa Virginia García, la medida de seguridad correspondiente (artículo 29 del Código Penal)".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1ª Si bien el señor apoderado, lo mismo que el representante del Ministerio Público, al demandar de la Corte la invalidación del fallo, han estimado necesario adentrarse con alguna profundidad en los campos de la psiquiatría para interpretar el dictamen médico desechado por el *ad quem,* defender sus fundamentos científicos y acomodar sus conclusiones a los términos específicos del artículo 29 del Código Penal, la Sala, que en lo principal comparte los planteamientos de las partes, procurará ahorrarse, por no juzgarlo necesario, un análisis científico que es propio a los médicos especialistas en la materia, y estudiará, dentro del campo del derecho, si el fallador de segunda instancia incurrió en error que sea subsanable a través de la causal 2ª de casación.

2ª Como antes se anotó, la pericia médico-legal rendida el 31 de octubre de 1960 y ratificada en sus conclusiones el 18 de noviembre del mismo año (Fls. 76 a 77 y 79 del cuaderno número 3), dictamina "que el examinado al dar muerte a su esposa obró en acceso de angustia, pero angustia que no es propia de los temperamentos hiper-emotivos en individuos hipertiroidianos sino en los temperamentos ciclotímicos en lo relacionado a su ritmo psíquico" y que "la psicosis ansiosa sí constituye grave anomalía psíquica".

3ª Ahora bien: para acordar sus conclusiones los facultativos de la Oficina Central de Medicina Legal de Neiva, examinaron "por varias ocasiones al sindicado Tarcisio Cabrera T.", tuvieron en cuenta las cuestiones a ellos propuestas por la defensa y dispusieron del proceso para enterarse de los antecedentes de los hechos y en particular, de las manifestaciones observadas por varios deponentes en el acusado en un largo lapso.

Las clasificaciones adoptadas para definir el temperamento o personalidad innata del agente y la constitución asignada, conforme a la descripción de Delmas y Boll, lo mismo que la inclusión del tipo humano (corporal y psíquico), adoptando los métodos de otras orientaciones de la psiquiatría, no permiten al juzgador una crítica científica a fondo para desquiciar las conclusiones de un dictamen, que contiene los resultados directos de experiencias con el paciente cumplidas por profesionales idóneos. Los jueces, dentro del ámbito de sus delicadas funciones, cuando se trata de elucidar cuestiones técnicas ajenas a sus naturales disciplinas científicas, ocurren precisamente a la prueba pericial en busca de ilustración y de fundamento para sus decisiones dentro de la ley, y si es verdad que en materia criminal el fallador está autorizado para separarse del concepto de los expertos y adoptar conclusiones distintas en el juzgamiento, ese prudente y necesario arbitrio, debe apoyarse en una motivación tan consultada dentro de la materia a que se contrae el dictamen, que deje en evidencia el error, o al menos, la superficialidad de la exposición de los peritos.

4ª Pero si, como en el caso de autos, el error del dictamen no aparece, el método adoptado por los facultativos, sus orientaciones científicas en lo atinente a las diversas clasificaciones tipológicas, y su adhesión a ciertas denominaciones en cuanto a las psicopatías, que son variables entre los maestros de la psiquiatría, mal puede dejarse de lado una prueba pericial seria y de insospechable origen.

5ª En la conducta humana, cuando ella se concreta, frente al derecho positivo, en la transgresión de una norma penal, independientemente de "las opiniones que se tengan acerca del libre albedrío, de la libertad moral y de la responsabilidad, es evidente —dice el profesor Vibert en su Manual de Medicina Legal y Toxicología— que existen circunstancias en que la voluntad experimenta el influjo de causas *patológicas* y en que los actos están determinados por motivos que son, a su vez, expresión palmaria de un desorden *morboso* en las funciones cerebrales. Los hechos desarrollados en tales condiciones, reprochables o criminales, no pueden acarrear para su autor las consecuencias que resultan de la aplicación ordinaria de las leyes, es decir, una represión con carácter de *pena* o de *castigo,* y la sociedad debe arbitrar otros medios de defensa contra esta clase de seres peligrosos y nocivos".

Esos estados de anormalidad psíquica, que pueden comprenderse genéricamente bajo el nombre de *demencia,* por la que debe entenderse, según concepto de A. Chauveau y Faustino Hélie (citados por Vibert), "todas las enfermedades de la inteligencia, el idiotismo y la demencia propiamente dicha, la manía delirante, la ma-

nía sin delirio y asímismo parcial. Todas las variedades de enfermedades de la mente o frenopatías, cualesquiera que sean las denominaciones con que la ciencia las estudia, cualesquiera que sean las clasificaciones en que hayan sido incluídas, encierran la eficacia" son motivo de descargo para el acusado, en algunas legislaciones, o de tratamiento especial, como ocurre en la ley penal colombiana, de acuerdo con el artículo 29.

"De incumbencia del médico —agrega Vibert— es investigar y descubrir en cada caso particular, la existencia de los trastornos de la mente. Si bien es verdad que la competencia profesional, en tales cuestiones, ha sido no sólo discutida, sino rotundamente negada en tiempos anteriores, no acontece lo propio en la actualidad. En efecto, únicamente pueden negar nuestra exclusiva competencia gentes que tienen una falsa e incompleta noción de las psicopatías, de la enajenación mental y que juzgan como locos o enajenados a los maníacos, dementes, idiotas, etc. Aunque así fuera, en estos casos es patente el desorden o la incompletez de las facultades intelectuales; pero aún quedarían por estudiar las simulaciones, y el médico es el único que puede descubrirlas con certeza. Pero, en la práctica, no se dan únicamente, ni con frecuencia, casos tan sencillos y diáfanos: en ingentes ocasiones trátase de actos cometidos sin responsabilidad, de un modo totalmente inconsciente, por individuos que, al ser examinados, y aun en otras épocas, se los diputó por sanos de razón, verbigracia: un epiléptico, un alcoholizado, un paralítico general, etc. ¿Será un magistrado o un jurado cualquiera capaz de diagnosticar la epilepsia en sus formas menos evidentes, más larvadas, la parálisis general en sus comienzos, lo propio que para analizar y discernir las relaciones del hecho criminoso con la enfermedad que padece el acusado? Si cuestión semejante se plantease, contra toda razón, por un momento, los estudios en que vamos a entrar bastarían para resolverla..."

6ª Frente al sistema penal colombiano, fundado en un principio de responsabilidad legal, no moral, quienes cometen el delito en estado de grave anomalía psíquica, que es en el fondo un trastorno psicopático que inhibe al sujeto para obrar con conciencia y conocimiento, y sí bajo el impulso morboso que su propia afección determina, no son, ni podrían serlo, sometidos a penas comunes, de contenido intimidativo y represivo, pues lo que su peligrosidad demanda es el aislamiento en hospitales mentales, en los que a más de la segregación pretende el Estado la recuperación de su salud mental.

Reconocido en el caso *sub judice* el estado de grave anomalía psíquica en que obró al delinquir, con una prueba que para la Sala es idónea y digna de acatamiento por ser fundada y estar producida por médicos competentes que en su misión se ciñeron a los dictados de la práctica médico-legal más exigentes, entraña un grave error del sentenciador la decisión de imponer al homicida una *pena* común de presidio. Es decir, conforme a la causal segunda de casación, "por errada interpretación o apreciación de los hechos", negó al dictamen médico sobre las condiciones psicopáticas del agente, el valor probatorio que evidentemente tiene, para efectos de fijar la verdadera naturaleza de la responsabilidad atribuíble al acusado.

Este error incide, como es obvio, en la causal primera del recurso que se estudia porque la sentencia al imponer penas comunes, resulta ser violatoria de la ley penal por indebida aplicación.

7ª Lo expuesto significa que compete a la Corte proceder en la forma prevista en el ordinal b) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal para dar aplicación a los preceptos pertinentes del Capítulo II, Título 2º, Libro Primero del Código Penal (artículos 61, 63 y 64).

DECISION

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia recurrida, y en su lugar dispone la reclusión del acusado TARCISIO CABRERA T., como autor del delito de homicidio a que el proceso se contrae, en un manicomio criminal, que el Gobierno designará, por un término no menor de dos años, reclusión que no podrá cesar sino con los requisitos y trámites indicados en el artículo 64 del Código Penal.

Notifíquese, devuélvase y publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León, Secretario.

VIOLENCIA CARNAL. — FACULTADES DEL TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTANCIA. — OBJETO DE LA CONSULTA DE PROVIDENCIAS PENALES

No se invalida la sentencia condenatoria acusada. El recurrente pretendió que el Tribunal no estaba autorizado para revocar un sobreseimiento definitivo sustituyéndolo por un llamamiento a juicio. Infundada invocación de la causal cuarta.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Bien puede el Tribunal ad quem, en ejercicio de sus propios poderes y jurisdicción, revocar el sobreseimiento definitivo dictado por el juzgado que le está subordinado y, en cambio, llamar a juicio al sindicado, sin que esto entrañe, como infundadamente lo afirma el recurrente, violación de las normas propias del juicio, ni desconocimiento del derecho de defensa del acusado.

2. La consulta establecida en nuestro Código de Prodecimiento Penal es una institución procesal, según la cual, la ley con el fin de que la providencia sea revisada por la jerarquía jurisdiccional inmediatamente superior, suple, por razones de orden público, en forma indirecta, la omisión voluntaria o involuntaria de las partes en el proceso.

3. El superior jerárquico, al revisar en virtud del grado de jurisdicción denominado consulta, una sentencia o providencia de una autoridad que le esté subordinada, tiene poder pleno o jurisdicción completa para corregir las decisiones que no se ajusten a la ley o en las cuales se pudo haber incurrido en error.

4. Ninguna garantía o derecho del procesado se quebranta al cumplir los trámites propios de las instancias en un auto consultado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, febrero veintitrés de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

El señor defensor del procesado Resuro Nieto recurrió en casación contra la sentencia de segundo grado, de fecha veintisiete de abril de mil novecientos sesenta y uno, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, por medio de la cual condenó a dicho procesado, al confirmar en todas sus partes el fallo de primera instancia dictado por el Juzgado 1º Penal del Circuito de Chiquinquirá, a la pena principal de dos años de prisión, más las accesorias correspondientes, como responsable del delito de violencia carnal consumado en la menor Emma Bertilda González.

La Sala procede ahora a decidir sobre el mérito del recurso de casación, cuya tramitación se ha cumplido legalmente.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Los hechos que originaron este proceso, los resumió acertadamente el Tribunal, en la siguiente forma:

"En las horas de la tarde del diez y nueve de enero de mil novecientos cincuenta y seis, Emma Bertilda González se dirigía de la finca situada en la vereda de 'Guayabal' a la situada en la vereda de 'Margaritas', ambas de propie-

dad de sus padres, de la comprensión Municipal de Maripí, en compañía de su primo Avelino Casallas. En el punto denominado 'Canta-Ranas' fue interceptado su paso por Resuro Nieto quien al verla le salió al encuentro y se separó de su amigo Manuel González y de un hijo de éste, con quienes se encontraba trabajando en un aserrío. Una vez que estuvo frente a la González la agarró de los brazos, la derribó al suelo con el fin de dominarla e hizo uso carnal de su cuerpo contra su voluntad, saliendo inmediatamente en huída y la menor le fue a contar lo sucedido a sus padres".

Perfeccionada la investigación el Juez a-quo, por auto del 25 de junio de 1957, sobreseyó definitivamente en favor del sindicado Resuro Nieto, por el delito de violencia carnal que dio origen a este proceso.

Consultada esta providencia con el Tribunal Superior de Tunja, esta Corporación, después de un detenido estudio del problema, revocó el sobreseimiento definitivo y en su lugar decidió enjuiciar a Resuro Nieto como autor y responsable de violencia carnal.

El Juzgado continuó la tramitación del juicio, declarando al acusado reo ausente, pues éste solamente fue capturado cuatro años después de cometido el delito, nombrándole defensor de oficio, quien cumplió su cometido interviniendo en la audiencia, y después dictó la sentencia condenatoria que fue confirmada por el Tribunal de Tunja. El ad-quem, al confirmar la sentencia de primera instancia expresamente se negó a declarar la nulidad solicitada por el defensor y por el Fiscal de dicho Tribunal.

DEMANDA DE CASACION

Sin sujeción a los requisitos exigidos por el artículo 531 del Código Judicial, aplicable al procedimiento penal, el recurrente invoca como única causal, la cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal y el cargo lo hace consistir en lo siguiente:

Relata el demandante que en el presente caso el Juez 1º Penal del Circuito de Chiquinquirá, al calificar el mérito del sumario sobreseyó definitivamente a favor del acusado Nieto, y que el Tribunal, al revisar por consulta, dicho sobreseimiento, resolvió revocarlo, y en su lugar llamó a juicio al procesado como responsable del delito de violencia carnal de que trata el Código Penal, en el Libro II, Título XII, Capítulo I.

De esta actuación deduce el actor, que se violó el artículo 26 de la Constitución, llegando a esta conclusión mediante el razonamiento siguiente:

"Se ha violado el artículo 26 de la Constitución Nacional, puesto que a Resuro Nieto se le ha juzgado sin tener en cuenta la legislación sobre este particular y sin que hayan concurrido las formas de plenitud propias del juicio, porque el honorable Tribunal referido no ha debido dictar el auto de proceder a Resuro Nieto, puesto que este acto judicial por competencia le correspondía al Juzgado Penal del Circuito de Chiquinquirá. Lo que quiere decir que el honorable Tribunal del Distrito Judicial de Tunja en su Sala de Decisión, no era competente para dictar ese auto de proceder.

"Porque al dictar el honorable Tribunal ese auto de proceder, sin disposición expresa dejó sin instancia de defensa los intereses del procesado. Porque de esta manera se le privó a la Defensa del derecho de apelar, quedando el procedimiento viciado de nulidad para una sentencia que ha violado la ley, en los artículos (sic) 567 en su inciso 4º". (f. 3 de la demanda).

Y más adelante el mismo impugnador arguye:

" ... Siendo este negocio de competencia del Juez del Circuito, que es el Juez del conocimiento, es a este funcionario a quien corresponde dictar el auto de proceder con exclusión de otros funcionarios de la Rama Jurisdiccional.

"Si la Sala Penal del Tribunal dicta el auto de proceder en negocio que es de conocimiento del Juez del Circuito, ese auto queda sin recurso de apelación, lo cual me parece francamente violatorio de la ley .

"Del auto de proceder dictado por el Tribunal en este asunto no se puede apelar porque la Corte no sería competente para revisar dicha providencia en un asunto de conocimiento y competencia del Juez del Circuito". (Fs. 4 y 5 de la demanda).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, después de criticar la demanda por carecer de los requisitos de forma exigidos por la ley, y de efectuar un resumen de los hechos, formula al único cargo propuesto contra la sentencia acusada, la siguiente fundada réplica:

"La causal cuarta de casación invocada en la demanda que se estudia carece de respaldo en las argumentaciones ofrecidas por el impugnador. El cargo fundamental que se arguye está

llamado a fracasar dado su escaso valor probatorio de la nulidad constitucional que alega el demandante. Más aún, se ha pretendido por el recurrente convertir la casación penal en una tercera instancia, pues se pretende que la honorable Corte, a través de este recurso extraordinario, revise lo resuelto por el Tribunal *ad-quem* en el caso *sub-judice*. Lo anterior se evidencia así:

"a) Tal como aparece acreditado en autos, el defensor del procesado Resuro Nieto solicitó ante el mencionado Tribunal que se declarara nulo lo actuado a partir del auto de vocación a juicio emitido en este caso. Ello está alegado en memorial visible al folio 5 y siguientes del cuaderno 3º y allí se observa que el planteamiento consignado por el defensor es idéntico al ofrecido ahora para respaldar la causal cuarta de casación.

"Acerca de la anterior solicitud el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja se pronunció negativamente en la sentencia recurrida, con fundamento en lo considerado a folios 32 y 33 del cuaderno 4º. Aquí se examinan las razones propuestas tanto por el Fiscal de dicha honorable Corporación como por el defensor del reo Resuro Nieto, para concluír que carecen de procedencia en la demostración de la existencia de una nulidad en este proceso, por violación del artículo 26 de la Carta.

"Siendo lo anterior así, el cargo planteado resulta improcedente, toda vez que fue debatido en las instancias.

"b) Pero, si lo anterior no fuere aceptado, se debe tener presente, además, que la tesis del demandante conduciría al absurdo, toda vez que la revisión que se cumple por el *ad-quem* carecería de objeto si le estuviera impedido revocar el auto o fallo materia de la consulta o de la alzada y, en su defecto, proferir la decisión acorde a derecho. Basta pensar en la finalidad del recurso de apelación y en la naturaleza de la consulta para concluír que a través de ellas se debe llevar a cabo una labor que permita evitar el error judicial que se haya podido cometer por el Juez *a-quo* y ello, naturalmente, autoriza a revocar la decisión errónea proferida por el inferior y, como secuela lógica, emitir la resolución conforme a derecho. Que únicamente el *ad-quem* pudiera confirmar la decisión del *a-quo*, haría innecesaria la segunda instancia, y que solamente aquél pudiera revocar lo resuelto por el inferior, implicaría que tal proceder violara la economía procesal y que se hicieran interminables los procesos, pues en cada consulta o apelación habría que estar corrigiendo los errores del inferior hasta que éste produjera la decisión que, de acuerdo al criterio del *ad-quem*, se hallara conforme a derecho. Por lo absurda tal conclusión debe descartarse.

"Ni la solución que propone el Fiscal del Tribunal en su alegato de folio 19 y siguientes del cuaderno 4º, ni la que invoca el recurrente son procedentes por cuanto carecen de respaldo razonable. No puede pretenderse la violación del artículo 26 de la Constitución cuando los jueces o tribunales de segunda instancia, en ejercicio de las facultades que les corresponden por imperio de la ley, desarrollan la competencia asignada en claras disposiciones legales. Y ello fue precisamente lo ocurrido en el caso *sub-judice*. En efecto: el artículo 44 del Código de Procedimiento Penal, 3º, da competencia a los Tribunales Superiores del Distrito Judicial para conocer de las apelaciones y consultas que se surtan en los procesos criminales de que conozcan los jueces del circuito. Tal función fue desarrollada por el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, cuando, por razón de la consulta legal, resolvió revocar el auto del juez *a quo*, y, en su defecto, profirió el que estimó conforme a derecho. Y si se entendió que esta decisión del *ad quem* era ilegal, pues de ella se ha debido recurrir por medio de la reposición que permite la ley, dentro de la oportunidad legal. Entender que el proceder del Tribunal ad-quem entraña una violación del artículo 26 de la Constitución es negar claramente el ejercicio de la función asignada a los tribunales cuando actúan en segunda instancia.

"Pero, más aún: ningún precepto impone la obligación de que sólo el juez *a quo* pueda emitir el auto de proceder y ello por razón clara de que con tal medida se estaría restringiendo la función de los jueces o tribunales de segunda instancia, ya que a éstos les estaría vedado corregir los errores del juez *a-quo* cuando quiera que ellos emitieran autos de sobreseimiento definitivo o temporal, de los cuales se tuviera conocimiento por razón de apelación o consulta.

"Y que el auto de proceder es apelable sólo tiene ocurrencia cuando sea el juez *a-quo* quien emita tal providencia, no así cuando ella haya sido proferida por el *ad-quem*, pues aquí no habría lugar a la concesión de tal recurso ya que no existe tercera instancia en los procesos penales. Con tal trámite no se lesiona el derecho de defensa del reo, pues si éste o su representante estiman que el auto enjuiciatorio no se ajusta a derecho les queda expedito el camino de solicitar reposición ante el *ad-quem* de tal

medida. Por este medio tienen la oportunidad de controvertir el razonamiento que determinó dictar el auto de llamamiento a juicio. Ninguna violación del derecho de defensa se hace evidente, cuando el *ad-quem* revoca el auto de sobreseimiento definitivo o temporal emitido por el *a-quo* y en su lugar emite auto de vocación a juicio contra el reo''.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Muy poco es lo que a la Corte le queda por añadir a los claros y fundados argumentos expuestos por su colaborador Fiscal, en orden a demostrar la completa futilidad del único cargo propuesto por el recurrente contra la sentencia impugnada en casación.

Basta añadir que el inciso segundo del artículo 5º del Decreto extraordinario 3347 de 1950 dispone que: ''En todo caso los autos de sobreseimiento definitivo serán consultados con el respectivo superior''.

Ahora, el superior del Juez a-quo es el Tribunal Superior de Tunja, entidad esta, que al revisar el sobreseimiento definitivo proferido por aquel funcionario, y después de hacer un estudio de las pruebas del proceso, decidió revocar dicho sobreseimiento, y en su lugar llamar a juicio al sindicado por el delito de violencia carnal, cosa que el ad-quem perfectamente podía hacer en ejercicio de sus propios poderes y jurisdicción, sin que esto entrañara, como infundadamente lo afirma el recurrente, una violación de las formas propias del juicio ni un desconocimiento del derecho de defensa del acusado.

La consulta establecida en nuestro Código de Procedimiento Penal es una institución procesal, según la cual la ley, con el fin de que la providencia sea revisada por la jerarquía jurisdiccional inmediatamente superior, suple, por razones de orden público, en forma indirecta, la omisión voluntaria o involuntaria de las partes en el proceso. La ley quiere, en consecuencia, que ciertas providencias judiciales, al someterse obligatoriamente al análisis de la doble jurisdicción, sean revisadas en todo su contenido, para que se las ratifique si se acomodan a las normas positivas del derecho, o sean enmendadas y revocadas si en ellas se incurrió en errores, que en garantía de la justicia, deban corregirse. Por lo tanto, el superior jerárquico, al revisar, en virtud del grado de jurisdicción denominado consulta, una sentencia o providencia de una autoridad que le esté subordinada, tiene poder pleno o jurisdicción completa para corregir las decisiones que no se ajusten a la ley o en las cuales se pudo haber incurrido en un error. Lo contrario significaría que una vez adquirida por el superior la jurisdicción y competencia para revisar una providencia, no pudiera tomar ninguna determinación diferente a la de sugerir al inferior el camino que deberá seguir, dando lugar a que así nuevamente se produjera ulterior recurso para revisarla una vez más, con lo cual, no sólo se iría contra la economía procesal, sino contra elementales principios de procedimiento que señalan el objeto de los recursos y de la forma de tramitarlos con los consiguientes resultados.

Por otro aspecto, ninguna garantía o derecho del procesado se quebranta al cumplir los trámites propios de las instancias en un auto consultado, pues el proceso se desarrolla por las vías estrictamente legales y técnicas y esto de por sí mismo es una salvaguardia de las garantías constitucionales y procesales.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, previa audiencia de la Procuraduría General de la Nación, NO INVALIDA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja a que se ha hecho referencia en esta providencia.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

CONTRABANDO. — PRESCRIPCION DE LA ACCION EN ESTA MATERIA. — NATURALEZA DE LA SENTENCIA DE QUE TRATA EL ARTICULO 153 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

La Corte estima bien denegado el recurso de casación interpuesto contra una sentencia que declaró prescrita la acción penal en un proceso por contrabando y que ordenó devolver una nave retenida. Examen, conforme a la jurisprudencia y la doctrina, de la naturaleza sui generis de las sentencias dictadas en cumplimiento del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. La misma Corte ha designado como "mal llamadas" las sentencias a que da lugar la aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, y ha dicho de manera perentoria que no son susceptibles del recurso de casación.

2. Puesto que la pérdida de la nave en que se transporta mercancía de contrabando apenas se autoriza como pena accesoria (artículo 18 del Decreto 188 de 1958), es notorio que tal sanción no puede imponerse una vez que lo principal, que es el propio delito de contrabando, ha sido objeto de la prescripción de la acción penal.

3. La imprescriptibilidad de la acción de decomiso o pérdida de la mercancía de que habla el artículo 26 del Decreto 188 de 1958, que es una pena accesoria, está condicionada a que la acción principal, por el delito de contrabando, no haya prescrito.

4. Si bien el Código de Procedimiento Penal (de manera impropia) llama sentencias a las que se dictan con sujeción al artículo 153 de la misma obra, lo cierto es que ni jurídicamente ni por su contenido y forma, pueden equipararse a aquéllas en que sí se decide definitivamente sobre lo principal del juicio.

5. Es notorio que los tribunales de segunda instancia están facultados para dictar la providencia de que trata el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, ya que ella puede pronunciarse "en cualquier estado del proceso", y aun podría llegar a ser abuso de autoridad el hecho de no dictarla habiendo lugar a ello.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, febrero veintiséis de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Angel Martín Vásquez A.).

VISTOS:

Contra la sentencia de 16 de agosto de 1961, proferida por el Tribunal Superior de Aduanas, el señor Fiscal Primero de dicha Corporación interpuso el recurso extraordinario de casación. Como éste le fuera negado, recurrió de hecho ante la Corte.

La parte resolutiva de dicho fallo dice así:

"Primero. REVOCAR la sentencia consultada.

"Segundo. DECLARASE prescrita la acción penal adelantada por medio de las presentes diligencias y ordénase la cesación de todo procedimiento en contra de los sindicados Carlos Rogers, Julio Naranjo, Ramón Crespo y Eugenio Mal-

donado de las condiciones civiles conocidas de autos.

"Tercero. ORDENASE la devolución de la nave 'Mireya' relacionada en autos, en favor de su legítimo propietario.

"Cuarto. NO HAY lugar al reconocimiento de participaciones para denunciantes y aprehensores".

Afirma el recurrente que en virtud del artículo 3º del Decreto extraordinario número 1554 de 1954, está autorizado para interponer el recurso. Para tal efecto sostiene, entre otros, los siguientes argumentos:

"La sentencia proferida por el honorable Tribunal con fecha 16 de agosto del año en curso, y por medio de la cual revocó la de fondo dictada por el Juzgado Superior de Aduanas de Cartagena el 2 de abril de 1960, aunque decreta la prescripción de la acción penal no es simplemente la providencia que autoriza el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, sino la sentencia de segunda instancia, en negocio cuya cuantía excede de cien mil pesos ($ 100.000.00), cuya casación es procedente al tenor de lo dispuesto por el artículo 556 del Código de Procedimiento Penal y 19 del Decreto 0188 de 1958. Si se tratara únicamente de la sentencia especial proferida en uno de los eventos previstos en el artículo 153 de la ley rituaria penal, ella no estaría sujeta al recurso extraordinario, y al interponerlo la Fiscalía sólo daría cuenta de una crasa ignorancia de la ley procedimental. Pero la situación es muy otra".

Luégo de un detallado recuento de la forma como fue tramitado el negocio de autos en las instancias y de la manera como el Tribunal ordenó el cese de todo procedimiento contra los sindicados, por prescripción de la acción penal, así como también lo relacionado con la devolución de la nave en que se transportaba el contrabando, concluye el recurrente:

"4º El artículo del Decreto 0188 de 1958 (sic) dispuso que 'la acción referente al decomiso o pérdida de la mercancía es imprescriptible'. Consecuencialmente la sentencia proferida por el Tribunal, y contra la cual he interpuesto el recurso de casación, que aspiro a que me sea concedido por la honorable Corte, ha violentado las normas legales al disponer otra cosa en el fallo que, en su concepto, no es susceptible del recurso de casación. Entonces nos encontraríamos ante el absurdo de que, por ejemplo, bastaría al fallador de segunda instancia al proferir su fallo absolutorio por falta de pruebas sobre la responsabilidad decir que el sindicado no ha cometido el delito, y citar al efecto el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, para ordenar devolución de mercancías que objetivamente aparecen como de contrabando, sin que tal medida pudiera ser revisada por la Corte, en casos en que la cuantía hace procedente el recurso extraordinario.

"Con todo comedimiento insisto en que la providencia de 16 de agosto del año en curso, proferida por el honorable Tribunal Superior de Aduanas, es formal y materialmente la sentencia de segunda instancia, culminación del proceso penal aduanero en asunto cuya cuantía pasa de cien mil pesos ($ 100.000.00), y no simplemente la sentencia especial que autoriza el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal..."

ANTECEDENTES:

Los fundamentos que han dado origen al recurso de hecho propuesto por el señor Fiscal Primero del Tribunal Superior de Aduanas, pueden sintetizarse así:

a) Como ya se dijo, el Tribunal revocó la sentencia consultada de primera instancia, al mismo tiempo que declaró prescrita la acción penal adelantada contra los incriminados por el delito de contrabando y la devolución de la nave "Mireya", declarando que por lo dispuesto no hay lugar a reconocimiento de participaciones a denunciantes y aprehensores.

b) Contra esta decisión interpuso el señor Agente del Ministerio Público ya nombrado, el recurso extraordinario de casación, por medio de memorial fechado el 17 de agosto de 1961, fundamentando el recurso en la siguiente principal consideración:

"Por la cuantía que de acuerdo con los dictámenes que obran a folios 95 y 173 del último cuaderno pasa de cien mil pesos ($ 100.000.00) es procedente el recurso".

c) Por auto interlocutorio de 27 de septiembre del año próximo pasado el Tribunal Superior de Aduanas, con ponencia del Magistrado doctor Francisco González Torres, resolvió negar el recurso interpuesto alegando las siguientes razones:

"Considerandos:

"1º La providencia del Tribunal, ni absuelve ni condena a los sindicados. Se limita a reconocer el hecho extintivo de la prescripción consumada, y en su virtud, obedeciendo al precepto legal pertinente, y mediante los términos del ar-

tículo 153 del Código de Procedimiento Penal, dictó los ordenamientos de cesación de todo procedimiento contra los procesados.

"2º El proveído en referencia, según puede constatarse de su simple lectura, se redujo, en su esencia, a evidenciar la competencia del Tribunal para el conocimiento del negocio, manifestada la cual, evidenciando la prescripción de la acción, se concretó a reconocerla y señalar los ordenamientos consiguientes del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal. No se ajusta esta providencia dictada por el Tribunal a las reglas señaladas en el artículo 159 del Código de Procedimiento Penal, ni en su contenido ni en su redacción ni en su forma ni en su decisión. No es, por lo tanto, sentencia principal de juicio contra la cual quepa el recurso de casación por ante la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal...

"3º Siendo la providencia dictada por el Tribunal, y contra la cual pretende recurrir en casación el señor Fiscal Primero doctor Iragorri, proveído regulado por el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, en el cual no se define la relación jurídico-procesal frente a cargos y pruebas, no procede contra ella el recurso interpuesto, ya que, como lo ha repetido la Corte: 'la providencia que declara extinguida por prescripción la acción penal, no tiene la forma ni el contenido de una sentencia, como no la tiene el auto que califica el mérito del sumario, que bien puede ordenar el sobreseimiento temporal o definitivo, sin que éste último sea una sentencia, y en consecuencia pueda ser sometida a casación'.

"4º El hecho de que esta providencia que reconoce la prescripción haya sido dictada en segunda instancia, por el Tribunal, en manera alguna da a tal proveído el carácter y calidad de sentencia principal, ya que, esta Superioridad puede dictar la providencia de que trata tal disposición, como quiera que ella puede pronunciarse en cualquier estado del proceso...

"Lo expuesto es suficiente para que el Tribunal Superior de Aduanas, DENIEGUE el recurso de casación que el señor Agente del Ministerio Público interpone, de fecha diez y siete (17) de agosto del año en curso..."

d) Al serle notificada al Fiscal Primero del Tribunal Superior de Aduanas la anterior providencia, interpuso el recurso de reposición, el cual fue sustanciado como es de rigor legal y en proveído de fecha 13 de noviembre de 1961, luégo de abundar en algunas de las mismas consideraciones expuestas en el auto que negó la concesión del recurso de casación, no accedió a reponer el auto de 27 de septiembre y en lugar de las copias solicitadas por la Fiscalía, que creyó el Tribunal improcedentes, por no ser necesarias para interponer el recurso de hecho, dispuso que fueran producidas las que juzgó indispensables para dar curso a la petición solicitada, que son las mismas que han venido a la Corte para la decisión que ha de tomarse sobre el recurso de que se trata.

e) Al notificársele personalmente la decisión anterior al señor Fiscal recurrente, éste dejó constancia expresa de su inconformidad por la forma como fue resuelta, haciendo además algunas alusiones desobligantes para los Magistrados del Tribunal Superior de Aduanas, que tal vez no se compadecen con la serenidad que deben guardar los funcionarios públicos entre sí, circunstancia ésta que obligó al Tribunal a consignar su extrañeza por la forma como tomaba los hechos el señor Agente del Ministerio Público en el caso particular que era objeto de estudio.

f) Las razones fundamentales en que apoya el recurso de hecho el funcionario aludido ya han sido antes transcritas en lo pertinente y no es necesario para conocer su pensamiento hacer alusión más detenida a ellas.

SE CONSIDERA:

Hábilmente presenta el señor Fiscal recurrente de hecho el problema cuando afirma que no interpone el recurso de casación por haberse aplicado al caso el artículo 153 de la ley rituaria penal, pues tal decisión no está sujeta al recurso extraordinario y que si procediera de otra manera apenas revelaría con ello crasa ignorancia de la ley, para fundar entonces su pedimento en que porque la cuantía del delito fiscal de que se trata pasó de cien mil pesos ($ 100.000.00) y ser la decisión del Tribunal de Aduanas "formal y materialmente la sentencia de segunda instancia, culminación del proceso penal aduanero y no simplemente la sentencia especial que autoriza el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal", el recurso debe ser concedido.

Pero si se examina bien el problema, se comprende que tal argumento no pasa de ser un sofisma de distracción, puesto que fue el mismo Fiscal recurrente quien en su vista de fecha 18 de septiembre de 1961 (fl. 4 de las copias), conceptuó que debía revocarse la sentencia proferida por el Juzgado Superior de Aduanas de Cartagena el 2 de abril de 1960 para que se dispusiera en su lugar el cese de todo procedimiento por razón de la prescripción de la acción en el ne-

gocio, y si bien, agrega que en relación con la nave "Mireya", deberá decretarse su decomiso en favor del Estado, por razón de lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto 0188 de 1958, la realidad es que dicho decomiso en nada incide sobre el valor de la mercancía de contrabando, toda vez que es ésta la que se retiene en favor del Estado y lo que constituye propiamente el delito de contrabando es el tráfico de dicha mercancía en las circunstancias que implican tal ilícito, mientras que la nave, como lo advierte el Tribunal, apenas fue retenida por la tripulación del "Capitán Tono", y que "dicha medida se llevó a cabo y se mantuvo en el curso del proceso para garantizar la pena accesoria, en caso de condenación, de la pérdida de la nave transportadora del contrabando, por cuanto que la relacionada en autos está determinada como de servicio privado, y comprobada como se advierte la prescripción de la acción principal, es lógico y de orden natural que la accesoria corra igual suerte de aquélla y que proceda en consecuencia la orden de devolución de la nave en referencia, en favor de su legítimo propietario". (Fl. 10 de las copias).

La pretensión del recurrente en el sentido de que se desplace la cuestión de la aplicación que en el proceso se hizo del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, para que el recurso prospere en gracia de la cuantía del ilícito, conduce o lleva a consecuencias inusitadas y hasta absurdas, porque de admitirse aquél por concepto de la cuantía, necesariamente este hecho obligaría a que el recurso extraordinario de casación se vinculase estrictamente, no al ilícito mismo del contrabando, cuya cuantía asciende a más de cien mil pesos, sino al valor de la nave decomisada y retenida, la que según el avalúo de los peritos nombrados al efecto, tiene un valor comercial de $ 80.000.00. Luego como la acción por el contrabando prescribió por el transcurso del tiempo y por no poder proseguirse la acción penal, es obvio que lo concerniente a la mercancía de contrabando pasó ya en autoridad de cosa juzgada y no es materia *sub-judice* ni puede serlo, mientras que en lo atinente a la nave y no teniendo ésta un valor superior a cien mil pesos, el recurso extraordinario interpuesto mal podría conducir a que por un camino equivocado se intentara que la Corte, en casación, resolviera una situación procesal sobre un ilícito cuya cuantía no da fundamento al recurso extraordinario que se pretende.

Ahora bien: si la misma Corte ha designado como *"mal llamadas"* las sentencias a que da lugar la aplicación del artículo 153 y ha dicho de manera perentoria que no son susceptibles del recurso de casación, por ser esta medida extraordinaria que presume la terminación de un juicio, previo un debate formal, cuyas más salientes actuaciones están subordinadas a ser objeto de crítica, no es concebible que el recurso pueda admitirse bien sea porque en el proceso se dio aplicabilidad al artículo 153, como porque al prescindir de la mercancía que no fue decomisada y cuya acción penal prescribió, no quedaría para el recurso extraordinario sino lo concerniente al decomiso de la nave en favor del Estado, cosa ésta que por cierto no está contemplada en ninguna de las causales que de conformidad con el artículo 20 del Decreto legislativo número 0188 de 1958 regulan la casación en el delito de contrabando.

Los fines prácticos de una acción procesal como es un recurso, tanto más cuanto es el extraordinario de casación, no se pueden desestimar. En este orden de ideas ¿qué objetivos podrían lograrse con la admisibilidad en el caso de que se desconozcan todas las demás razones expuestas para negar el recurso de hecho interpuesto?

Si se examinan las dos causales únicas que autorizan la casación en esta clase de delitos, se advierte de manera inmediata que el recurso no podría operar en nada que incidiera sobre el decomiso de la nave, lo único que podría quedar por decidir.

Con efecto: en la primera causal, es decir, ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea, para que operara el recurso tendría que partirse del supuesto de que la entrega de la nave ordenada por el Tribunal de Aduanas constituye uno de esos casos, lo que es notoriamente improcedente, porque el mismo Decreto 0188 de 1958 apenas autoriza tal decomiso como pena accesoria al tenor de lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 18 de dicho estatuto y es manifiesto que por lo mismo de ser accesoria tiene que seguir las aguas de lo principal y si lo principal en el caso, que era el propio delito de contrabando, fue objeto de prescripción, lógicamente se concluye en la imposibilidad de la admisión del recurso.

La cita que hace el recurrente de hecho, del artículo 26 del tantas veces mencionado Decreto 0188, tampoco da valor alguno a su argumentación para obtener la concesión del recurso, porque esa cita está trunca, ya que apenas se hace referencia al decomiso o pérdida de la mercancía que es imprescriptible y se deja de lado lo que agrega la misma disposición, es decir que la extinción de la acción y de la condena respecto de las demás penas por razón de los delitos de contrabando o fraude a la renta nacional de

aduanas, se regirán por las normas generales del Código Penal.

Si la cita se hubiere hecho completa, habría advertido inmediatamente el recurrente de hecho que su pretensión no puede ser admitida, desde luego que si en lo concerniente a la extinción de la acción se aplican las normas generales del Código Penal, mal puede intentarse un recurso sobre la base de una pena accesoria, que por seguir a la principal, no tiene ni puede tener relación jurídica con un recurso extraordinario de la categoría del de casación.

Luego la misma cita incompleta del artículo 26 que hace el señor Fiscal recurrente se convierte al ser complementada por el texto mismo del artículo en un eficaz argumento contra su pretensión.

Nada hay que agregar sobre si en la causal segunda podría operar el recurso extraordinario propuesto, porque refiriéndose ésta a nulidad por incompetencia de jurisdicción, nada tendría que hacer en este caso particular de autos, toda vez que en ninguna parte ha pretendido el señor funcionario del Ministerio Público recurrente sostener que en el juicio exista dicha nulidad, que por cierto, fue objeto de examen exhaustivo en las instancias, hasta el punto de dar lugar al salvamento de voto del señor Magistrado doctor Miguel J. Durán (folio 11 de las copias).

Por último, basta considerar que como lo ha dicho la Corte en muy distintas oportunidades, las sentencias deben ajustarse en su forma, contenido y redacción a las reglas estrictamente señaladas en el artículo 159 del Código de Procedimiento Penal, y que si bien el Código de manera impropia, como lo ha sostenido la Sala, llama sentencia la que se dicta con sujeción al artículo 153 de la misma obra, lo cierto es que jurídicamente ni por su contenido y forma pueden equipararse a las sentencias en que sí se decide definitivamente sobre lo principal del juicio.

"Resulta impropio —dice la Corte— llamar sentencia a una decisión que se puede tomar en la etapa sumaria, muchas veces sin haberse agotado la investigación y aun sin haberla hecho, porque el caso así lo exigía. Y de ahí que en la jurisprudencia, con un sentido más de respeto que de acatamiento a esa denominación que el legislador le dio a la providencia dictada en virtud del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, se haya convenido en llamarla 'sentencia sui generis'."

Es que, como la misma Corte lo indica, el proveído que se produce con fundamento en el artículo en cita "no es una sentencia en el sentido estricto del vocablo. Ella, enseñan los autores, es la definición de la relación jurídico-procesal y está en íntima relación de dependencia con el contenido de los cargos y del debate, de suerte que no puede hablarse de sentencia sin que se presupongan de modo necesario cargos y pruebas".

Con el epígrafe de "Providencias declarativas de improcedibilidad", el doctor Bernardo Gaitán Mahecha, en su obra "Esquema de Derecho Procesal Penal Colombiano", hace una serie de planteamientos con la finalidad de señalar cuáles causas de improcedibilidad caben en la norma del artículo 153, entre las que determina de manera precisa la prescripción de la acción penal, ya que "por tratarse de un fenómeno de tiempo que se regula conforme a la naturaleza de cada una de las infracciones, supone la confrontación del trascurso del tiempo, con la naturaleza del delito". Y agrega, para fijar nítidamente su pensamiento:

"Nos encontramos así ante procesos completamente válidos respecto de las investigaciones realizadas, lo cual supone una declaración jurisdiccional de certeza sobre tales objetos; tal providencia tiene la virtualidad de precluír el proceso, atípicamente. Decimos atípicamente, porque el proceso en realidad se entiende culminado en sentencia condenatoria o absolutoria. Por la providencia del artículo 153, ni se condena ni se absuelve: simplemente se declara la existencia de un fenómeno que impide el ejercicio posterior de la acción". (Obra citada, pág. 202).

En fallo de 10 de octubre de 1954, el Tribunal Superior de Bogotá, del cual fuera ponente el Magistrado doctor Vicente Laverde Aponte, se hacen razonadas apreciaciones alrededor del artículo 153, que no sobra tener en cuenta porque contribuyen a fijar con más propiedad la verdadera naturaleza jurídica de ésta llevada y traída innovación de los reformadores penales del año de 1938. Dice al efecto:

"En el año de mil novecientos treinta y ocho los reformadores confirmaron la vieja terminología (se refiere a autos y sentencias), mas introdujeron en nuestro procedimiento penal una innovación de origen italiano, según se ha demostrado, que no pugna con la esencia de nuestro proceso, pero no se cuidaron de modificar los términos en que está concebida en la legislación de origen.

"La Comisión redactora del nuevo Código de Procedimiento Penal no cayó en la cuenta de que si se iba a continuar llamando sentencia a 'las resoluciones que deciden definitivamente sobre lo principal del *juicio*', no debía haberle dado

tal nombre a la resolución de que trata el artículo 153, puesto que como se ha repetido varias veces, éste fue trasplantado de un sistema jurídico procesal en el que 'según noción doctrinal comúnmente aceptada, son sentencias las decisiones que definen la instrucción o el juicio'."

Para abonar su tesis el Tribunal en cita, hace referencia a los artículos correspondientes del Código italiano y transcribe en seguida los textos pertinentes, que no son otros que las disposiciones 374, denominada *"sentencia de reenvío a juicio"* y 378, *"sentencia de sobreseimiento"*, para concluír de esta suerte:

"Los brevísimos cotejos que acabamos de hacer sirven para demostrarnos que la providencia de que trata el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal es, de acuerdo con nuestra tradición y léxicos jurídicos, un auto interlocutorio de aquellos que le ponen término a la instancia y hacen imposible toda actuación posterior (art. 467 C. J.), y conforme al vocabulario jurídico italiano, una sentencia.

"Ocurrió en esta ocasión —agrega— como en muchas otras ha ocurrido, que copiamos del extranjero y que copiamos mal, puesto que hemos debido incorporar el artículo italiano a nuestra ley poniendo la palabra auto precisamente en el sitio en que el estatuto europeo habla de sentencia". (Tomado de la obra citada, págs. 212, 213 y 214).

Por lo demás, nada implica que tal decisión se haya tomado en la segunda instancia, porque como muy bien lo dice el Tribunal *ad-quem,* ello, "en manera alguna da a tal proveído el carácter y calidad de sentencia principal, ya que esta Superioridad puede dictar la providencia de que trata tal disposición, comoquiera que ella puede pronunciarse 'en cualquier estado del proceso'."

Tan evidente es lo anterior que bien podría considerarse como un posible delito de abuso de autoridad, con base en el artículo 172 del Código Penal, el hecho o circunstancia de no dictarse ese proveído cuando hay lugar a ello, toda vez que podría constituír tal eventualidad o bien en *omitir* o bien en *rehusar* la ejecución de algún acto a que legalmente esté obligado el funcionario o empleado público, y esto mismo es lo que está previsto como delito de abuso de autoridad cuandoquiera que la conducta del funcionario se confronte con una realidad de esta índole, no imposible en el caso de que existiendo la prescripción ella no se declare porque se rehuse u omita hacerla operar en un caso determinado.

Las anteriores consideraciones son bastantes para que la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, ESTIME BIEN DENEGADO el recurso extraordinario de casación interpuesto por el señor Fiscal Primero del Tribunal Superior de Aduanas, en el caso a que se refiere el recurso de hecho que aquí se decide.

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

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO

No prospera la impugnación tendiente a demostrar error de hecho en la sentencia condenatoria. Según el recurrente, el procesado habría obrado, al ocasionar la muerte de la víctima, en circunstancias de legítima defensa subjetiva.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

La causal segunda de casación, en negocios como éste, sin intervención de jurado, es cierto que la Corte la ha aceptado en otras oportunidades, extremando su alcance con amplitud tendiente más que todo a subsanar errores dimanados de un juzgamiento procesalmente precario, pero su amplitud y largueza al respecto no han llegado hasta desconocer á las instancias su natural y necesario arbitrio en la estimación del recaudo probatorio. Ha admitido ese motivo de impugnación —error de hecho— ante la evidente deformación de los elementos de juicio, indebida o equivocadamente apreciados en grado tal que se hace ostensible la inconformidad del fallo con la prueba arrimada al proceso.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, febrero veintisiete de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS:

Tanto el acusado Jesús Antonio Zuleta Marín, como su defensor, interpusieron ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga —Sala Penal— recurso extraordinario de casación contra la sentencia de 12 de junio de 1961, mediante la cual esa Corporación condenó a aquél, como responsable del delito de homicidio común, a la pena principal de 8 años de presidio, aparte de las correspondientes sanciones accesorias.

Dicho recurso ha sido sustentado ante la Corte por el doctor Julio Romero Soto, designado apoderado especial para el efecto, y surtidos como están los trámites de rigor, la Sala procede *a decidir* de fondo.

HECHOS:

Aparecen relatados en la sentencia de primer grado, en estos términos:

"El día diez de septiembre del año en curso, el Inspector Primero Municipal de Policía de Caicedonia, hallándose en turno de permanencia, tuvo conocimiento del fallecimiento del señor Luis Eduardo Ospina, a consecuencia de lesiones ocasionadas con arma de fuego por el señor Jesús Antonio Zuleta, y dio comienzo a la respectiva investigación penal, procediendo de inmediato a realizar la diligencia de levantamiento del cadáver, la cual se efectuó en el Hospital Santander, de aquella localidad, como se ve, a folios 2 del informativo.

"Dicen los autos que en la fecha atrás mencionada, poco más o menos a las seis o seis y media de la tarde, en la cantina de propiedad de Elvira Flórez, ubicada en la carrera catorce con calle diez y siete, hacia la salida para Sevilla, se encontraban haciendo libaciones de cerveza los señores Jesús Antonio Zuleta Marín, Evelio Yusti Herrera y José Marín Holguín, por una parte, y por la otra Luis Eduardo Ospina Castaño y Luis Arcadio Valencia Gallego. Los dos grupos, así conformados, ocupaban sitios distintos dentro del establecimiento, hallándose Ospina y Valencia en mesa más cercana hacia una de las puertas de salida hacia la calle. Dentro del establecimiento, en momento cualquiera, cuando el grupo formado por Zuleta y amigos se dis-

ponía a abandonar la preanotada cantina de la Flórez, el señor Evelio Yusti se detuvo junto a Ospina Castaño y conversó con él, en tono amigable. Fue en este lapso cuando el ameritado Zuleta Marín también se acercó hacia Ospina, una vez que Yusti se había acercado junto al asiento ocupado por Valencia, y entabló conversación con aquél. El diálogo que debió desarrollarse entre los dos contertulios no aparece claramente establecido en el proceso; pero lo cierto es que mientras Yusti y Valencia conversaban de cuestiones intrascendentes, Zuleta y Ospina hacían lo mismo, encontrándose todos dentro del mismo establecimiento, en torno a la misma mesa que desde un comienzo ocupaban Valencia y Ospina. Sin que se hubiera presentado lucha cuerpo a cuerpo o agresiones visibles entre los dos protagonistas, el señor Zuleta Marín desenfundó un revólver que portaba dentro de un guarniel y disparó contra su ocasional circunstante, infiriéndole una herida de carácter mortal sobre el lóbulo superior de la oreja izquierda, a consecuencia de la cual falleció momentos después. El agresor, una vez cometido el acto sangriento, huyó precipitadamente hacia la calle, y fue capturado más tarde en una cañada, desprovisto ya del arma homicida, y sin que esté precisada la hora y las modalidades en que se operó dicha captura".

DEMANDA DE CASACION

Está contenida en el escrito que obra de folios 10 a 34 del cuaderno de la Corte y en su confección se ajusta a las prescripciones formales y técnicas del recurso.

Ciñéndose a la naturaleza del proceso —cuyo trámite se cumplió bajo los ordenamientos del Decreto legislativo 0012 de 1959— el demandante invoca "como causales únicas de casación las establecidas en los numerales segundo y primero del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto en la sentencia recurrida por errada interpretación o apreciación de los hechos, se les ha atribuído un valor probatorio que no tienen, se les ha desconocido el que sí tienen, no se les ha tomado en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso y resultar manifiesta contradicción entre ellos, considerándolos como elementos constitutivos del delito de 'homicidio' sin tener dicha categoría, ni estructurar por otra parte delito alguno, todo lo cual condujo a una violación de la ley penal por errónea interpretación de la misma".

Luégo de algunas críticas al fallo del *ad quem*, que el impugnador estima no ceñido a los requisitos del artículo 159 del Código de Procedimiento Penal —cuestión extraña a los motivos de casación reglados en los ordinales primero y segundo del artículo 567 ibídem, anota la Sala— funda la *causal segunda* en que por mala valoración de la prueba testimonial y desconocimiento de la confesión cualificada del procesado, se afirmó por el sentenciador "la existencia de los elementos constitutivos del delito de homicidio de carácter voluntario, elementos que aparecen previstos en el artículo 362 del Código Penal" descartando así "la existencia de una legítima defensa subjetiva de la vida, por el procesado planteada en su confesión durante la diligencia de indagatoria con dicho procesado llevada a cabo".

Las mejores razones están enderezadas a demostrar que los principales testimonios tomados en cuenta para afirmar la responsabilidad del encausado no contradicen su confesión, a la que debe darse entero crédito por no estar desvirtuada, y cita el distinguido apoderado, para mejor sustentar los cargos contra la sentencia, una reciente providencia de la Sala sobre el mérito de la confesión.

Dice, en sus apartes principales, el demandante:

"En primer lugar se dice que tanto Evelio Yusti como Arcadio Valencia afirman que entre occiso y procesado tuvo solamente ocurrencia una conversación normal y que se produjo la muerte de Ospina, causada por Zuleta, sin que hubiera existido de parte de Ospina provocación alguna.

"Sin embargo, en la diligencia de reconstrucción de los hechos llevada a cabo solamente a un mes de haber ocurrido los hechos, el testigo Evelio Yusti manifiesta que él no se dio cuenta de los incidentes que ocurrieran entre occiso y procesado, pues como él mismo lo manifiesta, tenía la cabeza 'gacha (sic) escuchando únicamente la conversación de Arcadio Valencia'. Al ser preguntado el testigo sobre el hecho de si dentro del local y momentos antes de la tragedia se oyó un 'viva', grito del cual dan cuenta otros testigos, Yusti manifiesta que nada oyó, negativa que tiene su explicación ya que en esos momentos el altoparlante de la cantina sonaba a todo volumen, hecho éste al cual se refieren unánimemente los testigos en el texto de sus deposiciones.

"Si un testigo que se dice presencial de los hechos como lo es Yusti refiere no haberse dado cuenta de los hechos por circunstancias que el mismo testigo explica en su declaración, su dicho no puede considerarse como una infirmación del dicho del procesado, ya que puede decirse que

prácticamente y con mayor lealtad al proceso el que el testigo ni niega ni afirma los dichos del procesado. Al afirmar un testigo que no se dio cuenta de los incidentes que entre dos personas que en un mismo sitio con él se encontraban, su declaración en este sentido no puede en manera alguna tomarse o concluírse de ella que el testigo ha negado la existencia de tales incidentes. No. Lo que el testigo niega es el haberlos presenciado dada la posición que tenía con respecto a las personas entre las cuales se dice ocurrieran incidentes, que es cosa muy distinta a aquella de negar la existencia misma u ocurrencia de dichos incidentes.

"Por otra parte el testigo Yusti aclara la aparente contradicción que pudiera existir entre lo que dicho testigo hubo de manifestar ante el señor Inspector al ser interrogado el mismo día en que tuviera ocurrencia la tragedia y lo que en ese momento declaraba sobre el teatro mismo de los acontecimientos.

"Veamos ahora en seguida si como lo dice el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga en la sentencia recurrida es de estimar que los dichos del testigo Arcadio Valencia de la misma manera que los del testigo Yusti, infirman la confesión del sindicado o procesado en su indagatoria de haber dado muerte a Eduardo Ospina en legítima defensa de su vida y en la creencia razonable de que por Ospina y dados los antecedentes de animadversión de Ospina para con Zuleta un movimiento hecho por el primero idéntico a aquel que hace el que va a esgrimir un arma le hizo creer, se repite, que su vida corría un peligro inminente y por tanto actuó en la forma en que lo hizo.

"El testigo Valencia en diligencia de reconstrucción de los hechos que obra a folios 30 y siguientes del proceso, declaró nuevamente.

"En primer lugar el testigo Valencia como lo hace el testigo Yusti y los demás testigos que en la citada diligencia intervinieron están acordes en manifestar el que por el hecho de sonar a todo volumen el altoparlante de la pequeña cantina le era a cada testigo imposible darse cuenta de las palabras que otras personas que sostuvieran una conversación o discusión se dijeran entre sí, ya que sólo era posible hacerlo con respecto al interlocutor del momento. Tanto es así que el grito de 'viva' dado por Zuleta tan sólo fue escuchado por Elvira Flórez y por Arcadio Valencia, grito que es de suponer por su naturaleza misma no fue pronunciado en voz baja.

"En su declaración dice en lo pertinente Valencia así: '...Estábamos charlando Evelio y yo y también vi que el señor Zuleta estuvo conversando con el señor Luis Eduardo Ospina, pero no me di cuenta sobre qué asuntos tratarían *por la cuestión de que teníamos el parlante a la espalda, parlante que queda sobre el piso mismo de la cantina'*.

"Y posteriormente en el texto mismo de su declaración agrega lo siguiente:

'Yo no oí ni la una ni la otra cosa debido a que la música estaba a alto volumen y porque Evelio me tenía abrazado y yo estaba más bien agachado y estaba dando la espalda hacia donde estaban ellos...'

"Sin embargo este testigo en su primera declaración es más explícito al manifestar que 'momentos después se me ocurrió mirar hacia donde ellos (procesado y occiso) y en ese instante vi que mi ayudante Eduardo Ospina se levantó un poco del asiento donde se hallaba como a componer la ruana que tenía sobre las piernas para sentarse sobre ella y en el momento que les voltié la espalda para seguir prestándole atención a Evelio Yusti, sonó la detonación de un disparo como de revólver...'

"Así las cosas se pregunta el suscrito y con relación al testigo Valencia en dónde reside la contradicción existente entre el dicho del procesado y el dicho del testigo Valencia; a este testigo y con respecto a la existencia de incidente alguno o su ocurrencia entre occiso y procesado cabe hacerle las mismas observaciones que se le hicieron al analizar la declaración del testigo Yusti. En lo que respecta a las palabras que se pudieron cruzar de insulto o de saludo entre occiso y procesado, nadie da cuenta ni pudo dar cuenta de ellas por una razón física de acústica digna de credibilidad cual era ella la de existir en esos momentos un sonido más fuerte que el sonido de las palabras que se pronunciaban, cual era el sonido del disco que en esos momentos sonaba con música que es de suponer no era clásica o ni siquiera brillante sino una estentórea 'ranchera' o cosa semejante, a base de 'jalisazos'.

"Si por el honorable Tribunal y en la sentencia recurrida se dio credibilidad a los dichos de los testigos Valencia y Yusti, en el sentido de que dichos testigos infirman lo declarado por el procesado a través de las diligencias con dicho procesado practicadas, se hizo con violación del artículo 224 del Código de Procedimiento Penal una valoración o interpretación de los hechos errada, atribuyéndoles en consecuencia un valor probatorio que no tenían como demostrativos que se dicen de la existencia de los elementos

que constituyen el delito de homicidio previsto en el artículo 362 del Código Penal, errada apreciación o interpretación de los hechos que lleva a concluír que en la sentencia recurrida se incurrió en la causal 2ª de casación de que trata el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

"Si ello es así, es decir, si la confesión libre y espontánea del procesado no aparece infirmada por la declaración de los testigos Valencia y Yusti sino que antes bien el testigo Valencia acorde con el procesado dice que vio al occiso ejecutar un movimiento que el testigo interpretó como que iba 'a componer la ruana que tenía sobre las piernas para sentarse sobre ella...' pero que el procesado interpretó como un ademán del occiso para sacar un arma pues 'en el bolsillo lateral izquierdo del pantalón tenía una navaja' (Diligencia de levantamiento de un cadáver, fls. 2), todo ello lleva a concluír que esta confesión debe presumirse verídica e indivisible, es decir, debe ser aceptado el que el procesado dice la verdad no sólo cuando confiesa el haber dado muerte a Ospina sino también cuando manifiesta haber ejecutado este hecho en legítima defensa de su vida que creyó razonablemente en inminente peligro.

"En sentencia de fecha abril veinte de mil novecientos sesenta y uno (1961) es decir, del presente año, de la que fuera ponente el honorable Magistrado doctor Angel Martín Vásquez A., al referirse a la confesión calificada y en un caso similar al de autos, dijo la honorable Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

'En efecto, la declaración indagatoria de Giraldo Osorio constituye una clásica confesión calificada, como que introduce a la simple y escueta aceptación de la ejecución del hecho material del homicidio una circunstancia excusante o justificante, en el sentido de admitir el hecho material, pero con una disculpa que modifica el elemento material, hasta el punto de que de ser admitida libera de responsabilidad al acusado.

'Se dice lo anterior porque la confesión simple y escueta en materia criminal no viene a ser otra cosa que el reconocimiento de una determinada responsabilidad del que la hace, aceptando ser el autor de un delito. Es, pues, la aceptación de un hecho personal y propio del confesante que puede dar lugar a un reproche de carácter penal a éste. Puede acontecer y acontece con frecuencia, que a la aceptación de los hechos que perjudican a quien confiesa, al propio tiempo se agregue una modalidad favorable que constituye una excusa. Esta es la confesión que toma la denominación antes dicha, que en último término no es sino la disculpa de una acción imputada, pero no punible, porque a eso tiende dicha disculpa.

'Esta especie de confesión, cuyo esquema general se deja esbozado trae como consecuencia de su planteamiento en un proceso que se discuta sobre su divisibilidad o indivisibilidad, o lo que es lo mismo, si se acepta tanto en lo que perjudica y favorece al confesante o por el contrario sólo en lo perjudicial, desechando lo que puede favorecerlo. Aquel primer aspecto es el que prevalece en materia criminal cuando aparte de un sentido de indudable equidad, a que psicológicamente nadie conoce mejor un hecho que quien lo ha ejecutado. Si, pues, lo acepta y ratifica su ejecución pero agrega algo que modifica sus consecuencias debe aceptársele, siempre que por lo menos sea verosímil y esta verosimilitud encuentre amplio respaldo en el proceso.

'Se dice lo anterior, porque puede suceder que la prueba íntegra de la responsabilidad esté tan concretamente establecida que la confesión calificada de nada sirva para modificar la responsabilidad, porque pesa de tal manera sobre el delincuente que impide pueda creérsele en la versión favorable a sus intereses personales, pero en total desacuerdo con los demás elementos recogidos durante la investigación que comprometen su conducta.

'De ello resulta que una confesión de esa índole carece de importancia cuando el acervo probatorio gravita íntegro contra el procesado, sin medios ningunos para eludir la fuerza de convicción que surge del proceso. Pero cuando no ocurre así, cuando la prueba da margen a la duda, cuando surgen oscilaciones o vacíos en la prueba de cargo que permitan discrepancia en materias fundamentales que se rozan con la responsabilidad o no responsabilidad, entonces la confesión calificada puede recuperar su fundamental importancia, ya que entonces resulta cierto lo que la doctrina admite en el sentido de que tal clase de confesión actúa y sirve para los menesteres de la justicia cuandoquiera que ésta se encuentre en circunstancias dudosas y exista manifiesta deficiencia probatoria'. (Casación de Fabio Giraldo Osorio).

"Aplicadas las anteriores consideraciones a la confesión del señor Zuleta Marín, se tiene, el que dicha confesión como así se dejó demostrado no aparece infirmada por prueba alguna dentro del proceso y así en consecuencia el negársele como se le negó en la sentencia recurrida el valor probatorio que ella tiene como demos-

trativa de la existencia de la eximente de responsabilidad conocida como legítima defensa subjetiva de la vida, se violó la norma consagrada en el artículo 255 del Código de Procedimiento Penal y se incurrió por tanto en la causal 2ª de que trata el artículo 567 de la misma obra en la ameritada sentencia.

"Asímismo no tuvo en cuenta el honorable Tribunal del Distrito Judicial de Buga en la sentencia recurrida la declaración de José D. Marín Holguín, a pesar de estar acreditada en el proceso y mediante la cual aparecía demostrado el que Zuleta Marín al dar muerte a Ospina actúa en legítima defensa de su vida. Esta declaración para el señor Juez 1º Superior resulta sospechosa sin que dicho funcionario explique cuáles son los motivos que lo llevaran a dicha conclusión a menos de que ella se hubiera basado en el hecho de ser pariente del procesado, objeción esta a la cual se refiere Nicolás Framarino en su obra 'Lógica de las Pruebas' de la siguiente manera:

'El pariente está lógicamente excluído en los actos de testigos, para no colocarlo en el terrible trance de la lucha de deberes; y además, para no dar a la sociedad el posible espectáculo que eso puede suponer; pero cuando tal pariente se presenta y dice: no hay esa lucha; mi deber moral es compatible con el legal, la verdad es favorable a mi pariente, y yo siento la necesidad y el deber de proclamarla; cuando el procesado por su parte añade: estoy seguro de que la deposición de mi pariente sólo puede favorecerme, la verdad no me perjudica, no tiene aquel odio contra mí, que lo puede mover a la mentira; ante todo esto, persistir en excluír el testimonio, sería violar la lógica y la justicia...' (Op. cit. pág. 297).

"De no haber sido aceptada la declaración de José D. Marín Holguín por ser pariente del procesado se estaría ante la extraña por no decir curiosa argumentación de que al testigo se le cree cuando afirma ser pariente del procesado pero su declaración no merece ninguna credibilidad cuando depone en sentido favorable al procesado, lo que implicaría una violación del artículo 224 del Código de Procedimiento Penal y consecuencialmente el que se incurrió en la sentencia en la causal 2ª de casación que nos ocupa.

"Se dice asímismo en la sentencia recurrida lo siguiente:

'Como se ve el procesado Zuleta Marín trata de ampararse en una legítima defensa subjetiva, ficción jurídica que no tiene forma en el evento subjudice, porque muy claramente se perfila el delito intencional o de propósito cometido por el procesado. Pudo haberse producido el grito dirigido a determinada persona, sino lanzado por efecto de las libaciones alcohólicas, pero en todo caso no existió una provocación expresa del extinto para Zuleta, ni éste manifestó temor o susto alguno porque aquél estaba ahí presente, pues, por el contrario se le vio conversar con él en términos que no daban lugar a pensar que se iba a desarrollar una tragedia'.

"Se incurrió en la ameritada sentencia en la causal 2ª de casación de que trata el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal por el honorable Tribunal del Distrito Judicial de Buga en la sentencia recurrida al considerar que Zuleta Marín dio muerte a Ospina dentro de las modalidades previstas en el artículo 362 del Código Penal y no en legítima defensa subjetiva de su vida puesta en peligro ante la amenaza grave e injusta que con carácter de inminente trató de ejecutar el señor Ospina.

"Es decir, por Zuleta Marín se tuvo la creencia de ser agredido inminentemente por Ospina, habiendo sido este error la causa de su acto defensivo, o lo que es lo mismo, actuó en legítima defensa subjetiva, eximente ésta de responsabilidad que encuadra todos y cada uno de sus presupuestos dentro del error esencial de hecho previsto en el artículo 23 del Código Penal".

Aparte de lo anterior el libelo se extiende, con indiscutibles seriedad y erudición al fenómeno de la legítima defensa subjetiva, estudio éste que merecería ser examinado por la Corte con toda ponderación y cuidado como problema puramente jurídico, de surgir el *error de hecho* en la sentencia impugnada, que es lo que da viabilidad a la causal segunda. Pero como, por las consideraciones que a su debido tiempo se harán, *"la errada interpretación o apreciación de los hechos"* no es dable afirmarla en el caso presente, sobraría toda lucubración acerca de los elementos y circunstancias que pueden concurrir para configurar la legítima defensa subjetiva y su verdadera ubicación entre las causales que excluyen la responsabilidad penal.

La invocación del error de derecho —causal primera de casación— es consecuencia obligada en la demanda y es obvio que, de prosperar la segunda, tendría que admitirse la errada o indebida aplicación de la ley penal sustantiva, pues mal podría imponerse pena por homicidio a quien obra en legítima defensa, real o putativa.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

En su respuesta a la demanda el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita de la Corte que no case la sentencia, pues no encuentra en los autos fundamentos para que prosperen los motivos de impugnación, ni hay elementos de juicio para derivar el caso a una situación de legítima defensa, en los términos en que el recurrente ha planteado el debate.

A más de ocuparse el concepto del Ministerio Público de hacer una versión de los hechos ajustada a las constancias del proceso y de fijar su discrepancia con la interpretación que de ellos ofrece la demanda, enfoca de lleno el problema probatorio, en particular el de las piezas a que el señor apoderado hace especial referencia para ameritar la causal segunda de casación.

Se expresa así el distinguido colaborador:

"A continuación, el actor alega que erró el sentenciador al asignarle a las declaraciones de Evelio Yuste y Arcadio Valencia un valor probatorio del cual carecen.

"Mas sin embargo la censura que desde este aspecto hace el actor, carece de verdadera sustancia o valía, pues a la postre sólo consiste en la contraposición de un criterio a otro criterio, de un sistema crítico de apreciación a otro diferente, lo cual, conforme a repetidos pronunciamentos de la honorable Corte, no es suficiente ni válido para anular o declarar sin valor, mejor dicho, desconocer el convencimiento legal-moral del fallador, expresado razonadamente y sin que se evidencie la existencia de un error manifiesto o patente en tal apreciación.

"Mucha importancia le da el demandante al contenido de los contrainterrogatorios que durante la diligencia de reconstrucción de los hechos, el señor defensor del acusado les hizo a los dos testigos mencionados, destacando las respuestas que éstos dieron a las enrevesadas preguntas y situaciones que les fueron planteadas a su natural sencillez, a su fundado temor de retaliaciones, a su recelo de poder ser después perseguidos por los partidarios políticos del procesado, etc., etc. Pero con todo, en lo fundamental y decisivo, es lo cierto que cada uno de los testigos en cuestión se sostuvo en su dicho.

"Considera, por tanto, la Procuraduría que el recurrente carece de razón cuando sostiene que 'Se dio a las declaraciones de los testigos presenciales o que se dicen tales un valor probatorio que no tienen cual es en primer lugar el considerar dichas declaraciones como demostrativas de la existencia de los elementos constitutivos del delito de homicidio de carácter voluntario, elementos que aparecen previstos en el artículo 362 del Código Penal, y en segundo lugar como infirmantes de los dichos del procesado y consecuencialmente asímismo infirmantes o infirmatorios de la existencia de una legítima defensa subjetiva de la vida por el procesado planteada en su confesión durante la diligencia de indagatoria con dicho procesado llevada a cabo'.

"Y es que; con respecto a este tema de la legítima defensa subjetiva del procesado, tan debatido a todo lo largo del proceso, desde el auto de detención precautelativa hasta la sentencia del honorable Tribunal, y ahora revivido en la casación, puede decir este Despacho lo siguiente:

"Conforme a la Jurisprudencia de la honorable Corte, hábilmente traída a cuento en la demanda de casación, respecto a la confesión calificada, su veracidad, su indivisibilidad, su valor y su debido modo de apreciar o de interpretar, es indispensable que el dicho del autor del hecho 'por lo menos sea verosímil y esta verosimilitud encuentre amplio respaldo en los autos'.

"Pues bien: aquí sucede que tales condiciones o requisitos no los reúne la confesión o confesiones emitidas por Zuleta Marín, como pasa a demostrarse:

"Se comienza por transcribir lo pertinente de lo expuesto por Zuleta Marín.

"Este, al rendir indagatoria, dice:

'Cuando llegamos por allá a la carrera catorce entramos a una cantina cuya dueña es una señora que no le sé el nombre y allá nos sentamos y pedimos unas cervezas; en esa cantina estaba un señor que lo conocía apenas de vista y el cual según me habían contado, andaba diciendo que me iba a matar, pero yo no tenía ninguna mala intención con él, aunque sí le tenía miedo. Dicho individuo al darse cuenta de que yo entré a esa cantina, gritó que viviera el partido liberal, a lo cual yo contesté que viviera el partido conservador y entonces él se levantó y me dijo: 'godo hijo de puta'; en seguida que él se levantó del asiento como rebrujándose, a mí me dio miedo o susto; entonces yo saqué el revólver que portaba en el guarniel con salvoconducto nacional y le hice un disparo; luégo que yo lo ví que cayó salí a la calle, cuando vi que algunos vecinos se armaron de piedras y me alcanzaron a pegar una pedrada y también vi otros con cuchillo, por lo cual yo no tuve más que hacer que salir corriendo por la calle trans-

versal después de haberme echado el revólver al bolsillo del pantalón y yo creyendo que venía para el centro de la ciudad, fui a resultar por allá en un potrero donde fui capturado por dos guardianes de la cárcel y el revólver se me perdió en la carrera cuando iba de huída de los que me perseguían armados de piedras'. (Ver fls. 0 vto. y 10).

"Por lo demás, ocurre que el movimiento hecho por Ospina (el cual no lo califica el acusado como tendiente a esgrimir un arma) fue claramente presenciado y entendido por el testigo Valencia, y consistió, como acción ejecutada por el occiso, en simplemente levantarse del asiento que ocupaba, con el fin de arreglarse la ruana que llevaba puesta, lo que constituyó motivo para que su adversario le hiciera un disparo de revólver.

"Conviene, a este respecto, traer textualmente a cuento lo que afirma el mencionado testigo:

'...y en ese instante vi que mi ayudante Eduardo Ospina se levantó un poco del asiento donde se hallaba como a componer la ruana que tenía sobre las piernas para sentarse sobre ella y en el momento que les voltié la espalda para seguir prestando atención a Evelio Yusti sonó la detonación de un disparo como de revólver y al voltear a mirar vi que Eduardo Ospina caía desplomado al suelo y ahí cerca se encontraba parado el señor Jesús Zuleta todavía con el revólver en la mano, pero en seguida salió por una de las puertas que dan hacia la carrera 14 y por el andén llegó hasta la esquina donde dobla y cogió por la calle 17 y al llegar a la carrera 15 siguió por ésta de para arriba'.

"Al formularle este Despacho ciertas observaciones a la relación de hechos que da el recurrente en su demanda, quedó claramente evidenciado que el hecho imputado a Jesús Antonio Zuleta Marín, antes que nada tuvo origen en la pendenciera costumbre practicada por el mismo Zuleta de lanzar vivas a su partido político, en lugares concurridos y propios de una población afectada por la violencia y en que los ánimos viven caldeados por motivos de naturaleza política. Y quedó también probado que esa 'costumbre' descarta toda posibilidad de creer en que el victimario le tuvo miedo a su víctima. A ésta no se lo tuvo nunca, y tan cierto es ello que se acercó a la mesa donde estaba Ospina, para trabar conversación con él y darle rienda suelta a su natural agresividad. Esa conversación no le dio a entender a Valencia ni a Yusti, ni a persona alguna distinta del mentiroso testigo Marín (quien después de declarar que por estar perfectamente borracho, de nada se dio cuenta, ni siquiera de quién disparó y a quién, viene a decir, postreramente, que hubo vivas y discusiones entre los protagonistas) que pudiera sobrevenir un grave altercado o una grave pendencia entre Zuleta y Ospina. Mas sin embargo, ocurrió que el procesado, sin más le disparó su revólver a Ospina, causándole injustamente la muerte. El miedo no fue, por consiguiente, factor determinante de esta acción homicida, y la legítima defensa subjetiva, que no puede tener apoyo en el testimonio inverosímil, mendaz y tardíamente rendido por Mariela Peñalosa, en manera alguna la acreditan las explicaciones que de su proceder da el homicida Zuleta Marín.

"Una vez expuesto lo anterior, no cree la Procuraduría que sea indispensable referirse a las disquisiciones académicas que el señor demandante hace en torno a la legítima defensa subjetiva, trayendo y llevando a cuento los pareceres que sobre dicha institución exponen uno y otro tratadista nacional y extranjero.

"Por lo mismo, concluye considerando que la realidad procesal no da base para que prospere la causal segunda de casación que ha sido invocada".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1ª Si, como ya se ha advertido, el fallo proferido por el Tribunal Superior de Buga es formalmente defectuoso y poco aporta en el estudio de los medios probatorios que el proceso contiene para afirmar la responsabilidad penal del acusado por el delito de homicidio, no de esa ausencia de técnica o de profundidad en la decisión, cabría deducirse el concreto motivo de casación a que se contrae la causal invocada, pues de su esencia y de su naturaleza es, para que prospere, que la sentencia contenga, con sus consecuencias de antijuridicidad, una errada o indebida interpretación de los hechos.

2ª Las relaciones que de lo ocurrido suministraron en el curso de la investigación los testigos presenciales, principalmente Evelio Yusti Herrera (fls. 4 y vto.) y Arcadio Valencia (fls 6 y 7), no dan a entender en parte alguna que el occiso hubiera hecho algún movimiento indicativo de posible agresión contra su matador, o que en la conversación sostenida, sus ademanes o gestos fueran propios a una disputa o altercado. Muy por el contrario, de esos testimonios se desprende que la acción homicida la cumplió el agente cuando no corría riesgo alguno ni sobre su integridad física se cernía peligro inminente.

3ª El no dar las instancias credibilidad a las declaraciones de José María Holguín y Mariela Peñalosa, es apenas, dentro del arbitrio de los jueces para la crítica de la prueba, en especial del testimonio, una función valorativa racionalmente ejercida, dadas las contradicciones de los deponentes y las incongruencias de sus dichos.

4ª Si los principales testigos de cargo no dan base para afianzar la hipótesis de que el acusado obró por miedo, por temor, más o menos fundado, de una inminente agresión, ni hay tampoco antecedentes para presumir que el occiso pretendía el ataque a su victimario, las circunstancias en que el hecho tuvo cumplimiento, en cuanto a modo y lugar, e incluso, la propia personalidad del acusado, políticamente beligerante y agresiva, resulta imposible aceptar los planteamientos de la demanda.

5ª La causal segunda de casación, en negocios como éste, sin intervención del jurado, es cierto que la Corte la ha aceptado en otras oportunidades, extremando su alcance con amplitud tendiente más que todo a subsanar errores dimanados de un juzgamiento procesalmente precario, pero su amplitud y largueza al respecto no han llegado hasta el desconocimiento a las instancias de su natural y necesario arbitrio en la estimación del recaudo probatorio. Ha admitido ese motivo de impugnación —error de hecho— ante la evidente deformación de los elementos de juicio, indebida o equivocadamente apreciados en grado tal que se hace ostensible la inconformidad del fallo con la prueba arrimada al proceso.

En el caso *sub judice* el demandante, no empece sus esfuerzos para demostrar el error, sólo enfrentó un criterio valorativo y crítico de la prueba, todo lo respetable que se quiera, a otro criterio, el de los jueces, no opuesto a la realidad procesal, que la Corte no podría, sin exceder sus atribuciones en la casación, entrar a desconocer sustituyendo el fallo del *ad quem*.

6ª No prospera, en ese orden de ideas, la causal segunda y, consecuentemente, tampoco prospera la primera, cuya suerte está, por los fundamentos en que descansa, ligada a aquélla.

DECISION:

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso extraordinario de casación a que se ha hecho mérito.

Notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León, Secretario.

ROBO DE VEHICULOS. — TECNICA DEL RECURSO DE REVISION. — SU OBJETO ESPECIFICO

Niégase la revisión de un proceso que culminó con sentencia de relegación a colonia agrícola. Versó la investigación sobre el robo de un automóvil. Precisa la Sala cuál es la finalidad propia y por consiguiente la técnica especial del recurso de revisión.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. El escrito en que se pretende fundar el recurso extraordinario de revisión, debe, en primer término, citar cuál o cuáles de las causales taxativamente autorizadas van a servir para fundamentarlo.

2. Uno de los rasgos característicos del recurso de revisión es que los vicios que en él pueden dar lugar a la anulación de la sentencia y la revisión del proceso, han de manifestarse en relación con situaciones o hechos producidos o conocidos con posterioridad a la decisión que se pretende anular, mientras que jamás puede fundarse en vicios o errores de tipo jurídico, o errores in judicando, propios de otros medios de impugnación.

3. El recurso de revisión se funda principalmente en situaciones o hechos taxativamente autorizados por la ley, aunque distintos de los que se tuvieron en cuenta en los debates, y que deben, por lo tanto, probarse debida y oportunamente durante la tramitación del recurso.

4. Para la prosperidad del recurso de revisión resulta completamente inepto e inapropiado acudir a simples argumentaciones o alegaciones propias de las instancias.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, febrero veintisiete de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

El abogado doctor Alejandro Fernández Yáñez, en memorial presentado el trece de septiembre del año pasado, y en representación de Jaime Angel, propuso ante la Corte, recurso extraordinario de revisión contra la sentencia de fecha veinticinco de abril de mil novecientos sesenta, por medio de la cual el Juzgado Segundo Superior de Policía de Bogotá, al revisar, por consulta, la de primer grado proferida por el Juzgado Ciento Cincuenta y Ocho de Instrucción Criminal, condenó a su representado a la medida de seguridad de dos a seis años de relegación a colonia agrícola, como infractor del numeral 28 del artículo 7º del Decreto 14 de 1955.

ANTECEDENTES

El proceso cuya revisión se solicita tuvo origen en la denuncia formulada por el señor Simón Brueckel, el 5 de mayo de 1959, ante el Juez Permanente Central, en averiguación del delito de robo de su automóvil "Ford", modelo 1953, color verde, distinguido con las placas D-31593 de Bogotá, vehículo que fue posteriormente recuperado en la calle 63-A con carrera 37 de esta ciudad, completamente desvalijado, habiendo sido capturados en ese mismo sector, como presuntos responsables del ilícito, Manuel Rivera Rico, José Rafael Núñiga y Jaime Angel.

El Juez de primera instancia, en fallo de doce de agosto de mil novecientos cincuenta y nueve,

después de cumplido el trámite previsto en el Decreto extraordinario 14 de 1955, se limitó a absolver al sindicado Manuel Rivera Rico, pero sin decidir nada en relación con los otros sindicados, pero el Juzgado Segundo Superior de Policía de Bogotá, en virtud de consulta, revocó la sentencia de primer grado y en su lugar condenó a Jaime Angel y a los otros procesados a la medida de seguridad de dos a seis años de relegación a Colonia Agrícola.

DEMANDA

El recurrente en su demanda, después de hacer un breve recuento de los hechos y de la actuación procesal, trata de fundamentar el recurso propuesto comenzando por afirmar que el fallo recurrido "es a todas luces ilegal, injurídico, absurdo y arbitrario", para demostrar lo cual y para establecer que en el proceso se ha incurrido en una nulidad constitucional por violación del artículo 26 de la Carta, se limita a hacer un alegato de instancia sin indicar siquiera en cuál de las tres causales de revisión previstas por el artículo 76 del Decreto 14 de 1955, o sea las contempladas en los numerales 3º, 4º y 5º del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, fundamenta su impugnación al fallo cuya revocatoria solicita, impetrando al mismo tiempo la libertad de su poderdante Jaime Angel.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, al descorrer el traslado legal, solicita que se deseche de plano la demanda, fundándose para ello en el siguiente breve, pero acertado razonamiento:

"Es lo cierto que el representante legal del acusado Jaime Angel, con el memorial que dirige a la honorable Corte proponiendo el recurso de revisión, no ha sabido fundar éste, precisamente porque no aduce causal alguna de las enumeradas por el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal.

"Olvidándose lamentablemente de la técnica propia del recurso a que acude en interés de su cliente, vanamente pretende darle asidero en razones impertinentes, puesto que no corresponden a las previstas por el texto legal últimamente citado.

"En efecto, su escrito consiste en denunciar un quebrantamiento de forma, esto es, en alegar que se ha incurrido con ocasión del proceso adelantado al acusado Jaime Angel, en una nulidad de carácter supra-legal que como tal implica que el derecho de defensa del mismo acusado fue seriamente vulnerado.

"Y consiste, además, el mismo memorial en argüir que también fue violado el artículo 255 del Código citado, ya que siendo el caso de presumir verídica la confesión emitida por el acusado, contra toda lógica y justicia se rechazaron las explicaciones dadas por éste.

"Bien se ve que las aludidas situaciones planteadas por el actor, en manera alguna corresponden a los *casos* de que trata el prenombrado artículo 571.

"Por lo mismo, la Procuraduría considera que la demanda de revisión de que se habla, ha sido propuesta por motivos que no figuran entre las causales de tal recurso reconocidas por la ley, y, en consecuencia, solicita atentamente de la honorable Corte que deseche de plano la misma demanda".

SE CONSIDERA

Razón de sobra le asiste al señor colaborador Fiscal al hacer al escrito con que se pretendió fundar el recurso de revisión, el grave y fundamental reparo que se deja transcrito, ya que el recurrente en dicho escrito se limita a afirmar que el fallo acusado "es a todas luces ilegal, injurídico, absurdo y arbitrario", pero sin citar siquiera cuál o cuáles de las causales de revisión autorizadas taxativamente por el Decreto 14 de 1955, van a servirle para fundar el recurso propuesto, y en el que ni siquiera intenta hacer una demostración del error en que incurrió el Juez de segunda instancia, ni cuáles fueron las pruebas, de los varios indicios y testimonios que tuvo en cuenta, que equivocadamente apreció este funcionario para condenar al sindicado Jaime Angel.

Como ya ha tenido oportunidad de expresarlo esta Sala, en otra ocasión: "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. El recurso tiene como fin primordial la revisión de la investigación y la sentencia que tiene autoridad de cosa juzgada en los casos en que se demuestre que alguno está cumpliendo una condena producida por un testimonio falso, peritazgo, documento o prueba de cualquiera otra clase, o cuando la sentencia —a juicio de la Cor-

te— se haya obtenido con base en documento o prueba secreta que no existía en el proceso, o cuando después de la condena aparecen hechos nuevos o se presentan pruebas no conocidas al tiempo de los debates que demuestren la inocencia o irresponsabilidad del condenado, o que constituyan indicios de la inocencia o irresponsabilidad de quien injustamente sufre una condena.

"Así pues, los elementos probatorios que se aduzcan para obtener la revisión, deben ser distintos de aquellos que sirvieron de fundamento para edificar la sentencia de primera y segunda instancia. La fuerza probatoria de ellos debe ser de tal naturaleza que tenga la virtud suficiente para formar, por lo menos, un criterio de presunción, si no de evidencia, acerca de la irresponsabilidad o inocencia del acusado, pues lo que se trata de modificar no es simplemente la sentencia sino todo el proceso que se dice edificado sobre bases falsas, pruebas secretas o por hechos nuevos no conocidos en los debates.

"De donde se concluye —ha dicho la Corte— que siendo la cosa juzgada la que se ataca con este recurso extraordinario, 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 aun la injusticia del fallo, por notoria que sea para el reclamante, nada de ello configura las causales de revisión, limitadas a los objetivos que ya se puntualizaron" (sentencia de 2 de septiembre de 1957. G. J. LXXXVI).

De acuerdo con esta jurisprudencia, uno de los rasgos característicos del recurso de revisión, que lo diferencia de otros medios de impugnación, como la apelación de ciertas providencias, la reposición y el de casación, es que los vicios que pueden dar lugar a la anulación de la sentencia y a la revisión del proceso en aquel recurso, han de manifestarse en relación con situaciones o hechos producidos o conocidos con posterioridad a la decisión que se pretende anular, mientras que jamás puede fundarse en vicios o errores de tipo jurídico, o errores in-judicando, los cuales son propios de otros medios de impugnación.

Por eso, mientras el recurso de casación es un medio legal extraordinario de impugnación fundado en motivos primordialmente jurídicos, en que trata de establecerse la violación directa o indirecta de la ley penal en que se incurrió en la sentencia acusada, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la norma; en cambio, el recurso de revisión es medio también extraordinario y excepcional pero fundado principalmente en situaciones o hechos taxativamente autorizados por la ley, aunque distintos de los que se tuvieron en cuenta en los debates, y que deben, por lo tanto, probarse debida y oportunamente durante la tramitación del recurso.

En consecuencia, para la prosperidad del recurso extraordinario de revisión resulta completamente inepto e inapropiado acudir a simples argumentaciones o alegaciones propias de las instancias, como las que propone el recurrente en su demanda, con el fin de pretender demostrar, por este solo medio, la indebida aplicación de la ley penal o el error de apreciación de las pruebas en que se incurrió en el fallo impugnado, sin invocar ni tener en cuenta para nada ninguna de las causales o situaciones taxativamente previstas y autorizadas por el Decreto 14 de 1955, o sea las contempladas en los numerales 3º, 4º y 5º del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto de la Procuraduría, y de acuerdo con él, NIEGA la revisión del proceso seguido contra Jaime Angel en el Juzgado Segundo Superior de Policía de Bogotá, por infracciones al Decreto 14 de 1955, por el cual fue sancionado en sentencia del veinticinco de abril de mil novecientos sesenta.

Cópiese, notifíquese, publíquese y envíese al Juzgado Segundo Superior de Policía de Bogotá.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

SALA DE CASACION LABORAL

ENFERMEDAD PROFESIONAL. — PRESTACIONES MEDICAS, QUIRURGICAS Y HOSPITALARIAS

Inadecuada e incompleta impugnación contra la sentencia que condenó al I. C. S. S. a pagar al actor el valor de los gastos hechos por éste en razón de servicios médicos, hospitalarios y quirúrgicos. No se casa la sentencia acusada.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Para que exista infracción directa es necesario que el fallo recurrido en casación contenga ordenaciones contrarias a la disposición legal que se dice violada, independientemente de toda cuestión de hecho.

2. Acusar por violación directa de la ley y al mismo tiempo plantear una cuestión probatoria, que no tiene cabida dentro de la modalidad de infracción indicada, implica evidente error de técnica en la formulación del recurso de casación.

3. Es sabido que cuando el juzgador se basa en un conjunto de medios probatorios, no basta, por vía de error de hecho, atacar algunos de ellos, dejando de lado los otros. Si ello ocurre, el cargo resulta incompleto y por lo tanto inadecuado para demostrar la violación legal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veintidós de enero de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Luis Alberto Bravo).

Guillermo Acosta Amador, por conducto de apoderado judicial, demandó ante el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, para que en contra de esta entidad se profirieran las siguientes declaraciones y condenas: Que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales está obligado a reconocer a Guillermo Acosta Amador todos los gastos que éste hizo, desde el 17 de marzo de 1958, por concepto de la enfermedad profesional que padeció, "obligación que nace a título de prestación social a su favor como afiliado al Instituto": que como consecuencia de tal obligación, el Instituto Colombiano de Seguros Sociales deberá pagar al demandante, estas cantidades: a) Por honorarios médicos, pagados al doctor José I. Barraquer, por servicios quirúrgicos, la suma de $ 2.000.00 moneda corriente, más sus intereses legales; b) Por gastos hospitalarios pagados a la Clínica de Marly, de esta ciudad, la suma de $ 3.058.88, o la que se determine dentro del juicio, más los intereses legales de dicha cantidad hasta la fecha en que se produzca el pago; c) Por gastos de drogas, $ 122.25, o lo que se determine dentro del juicio, más sus intereses legales hasta la fecha en que se efectúe su pago; y que en caso de oposición se condene en costas a la entidad demandada.

El señor Acosta Amador dijo en su demanda que como empleado de la Flota Grancolombiana, en sus oficinas principales de Bogotá, está afiliado al I.C.S.S.; que el día 17 de marzo de 1958, solicitó de esta entidad la prestación de asistencia médica, en el ramo de la Oftalmolo-

gía, por sentirse afectado de una repentina pérdida de visión, en su único ojo sano; que fue atendido por el doctor Obando, oculista al servicio del Instituto, quien diagnosticó una uveítis y ordenó con carácter urgente la práctica de toda una serie de exámenes de laboratorio, radiografías, hemograma, etc; que en ese mismo día y por cuanto el actor tiene perdida en forma irreparable la visión en el otro ojo, solicitó del doctor Barraquer un examen para obtener su concepto y diagnóstico de la enfermedad que padecía; que el diagnóstico de éste contradijo el del médico del I.C.S.S., ya que consideró que se trataba de un desprendimiento de la retina que hacía necesaria la intervención quirúrgica y la inmediata hospitalización del enfermo; que como consecuencia de ello el demandante se hospitalizó en la Clínica de Marly; que al día siguiente o sea el 18 de marzo, los hechos anteriores se pusieron en conocimiento del señor Jefe del Servicio Médico, doctor Vergara y éste, a petición de los familiares del demandante, solicitó por escrito, del doctor Alejandro Posada visitara al enfermo en Marly y diera su concepto, sobre la enfermedad; que el doctor Posada recibió la petición de visita y consulta médica, pero sin embargo se excusó de practicarlas; que el I.C.S.S. abandonó al enfermo, pues se abstuvo de diagnosticar la enfermedad y proceder a su hospitalización y tratamiento adecuados, por lo cual el demandante, de su propio peculio hubo de satisfacer todos los gastos ocasionados por la enfermedad; que el doctor Barraquer practicó la operación de cirugía el 21 de marzo de 1958, luégo una segunda y, por último, una punción para extirpar unas bolsas de agua o líquidos, habiendo recuperado la visión y vuelto a trabajar el 17 de junio; que como honorarios profesionales el doctor Barraquer recibió la suma de $ 2.000.00; que a la Clínica de Marly, pagó asímismo el demandante la cantidad de $ 3.058.88 moneda corriente; que, también, por concepto de drogas, pagó la suma de $ 122.25 moneda corriente; que con fecha 7 de mayo de 1958 el demandante solicitó del Instituto le reconociera los gastos de la enfermedad, solicitud que fue denegada, según carta de 30 de mayo.

Al contestar la demanda el I.C.S.S. aceptó como ciertos algunos de los hechos y negó otros. Propuso las excepciones perentorias de inexistencia de la obligación y carencia de acción.

El fallo de primera instancia fue totalmente desfavorable a las pretensiones del actor y en él se le condena en costas.

El de segunda instancia, decisorio del recurso de alzada interpuesto por el apoderado del actor, revocó en todas sus partes la sentencia apelada y en su lugar condenó al I.C.S.S. a pagar al actor la suma de $ 2.000.00, valor de los honorarios médicos que éste cubrió al doctor Juan José Barraquer; y $ 3.058.88, valor de los gastos efectuados por concepto de hospitalización en la Clínica de Marly. A su vez este fallo absuelve a la entidad demandada de pagar la suma a que se contrae el ordinal c) del numeral segundo de la demanda y la condena a pagar las costas de primera instancia.

De la sentencia del Tribunal recurrió en casación la parte demandada. Admitido el recurso y tramitado en legal forma, esta Sala va a decidirlo.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Pretende que se revoque la sentencia de segundo grado en lo desfavorable a la entidad demandada, y que, convertida la Sala en Tribunal de instancia, absuelva al I.C.S.S. de los cargos y peticiones del libelo inicial.

Formula dos cargos así:

Primer cargo.

Ser la sentencia acusada violatoria, por infracción directa, de los artículos 19 y 51 del Decreto número 721 de 1949, en relación con los artículos 61 y 62 de la Resolución número 730 de 1950, y 1º y 2º del Acuerdo número 77 de 1957, disposiciones estas últimas de la Resolución y del Acuerdo que se dejaron de aplicar, siendo obligatoria su observancia.

Para demostrar el cargo, dice el recurrente que las citadas normas del Decreto 721 de 1949 condicionan el suministro de las prestaciones que otorgan las Cajas del Seguro a los límites que establezcan los reglamentos médicos respectivos, y según el parágrafo del artículo 51 sólo se permite la conducción de un asegurado a una Clínica distinta a la contratada por las Cajas en los casos de extrema urgencia y dentro de las condiciones que fijan los reglamentos de servicios; que de conformidad con el artículo 61 de la Resolución número 730 de 1950 (fl. 42) "Cuando un asegurado decida ser atendido por un médico particular o cuando contravenga órdenes de los médicos al servicio del Instituto, éste se releva de toda responsabilidad". Solamente, "en casos especiales", agrega el mismo artículo 61, que no pueden ser otros que los de extrema urgencia o de emergencia a que se refiere el parágrafo del artículo 51 del Decreto número 721 de 1949 citado "en que se demuestra que el asegurado

se vio obligado a solicitar servicios particulares por cuenta propia o atención hospitalaria en clínicas no contratadas por el Seguro, el Instituto concederá autorización para gozar del subsidio reglamentario por la incapacidad correspondiente y pagará las cuentas hospitalarias respectivas''; que el artículo 62 añade perentoriamente que ''todo paciente que va a ser sometido a un tratamiento médico, quirúrgico u obstétrico, debe someterse, con excepción de los casos de urgencia y otros especiales, a los exámenes previos y los médicos o cirujanos deben de abstenerse de cualquier intervención hasta cuando se cumplan esos requisitos''; que a su vez, el Acuerdo número 77 de 1957, reglamentario del artículo 61 atrás mencionado, indica en su artículo 2º taxativamente lo que debe entenderse por servicios de emergencia así: A) Afección médico-quirúrgica súbita, grave e imprevisible que por su naturaleza signifique pérdida de la conciencia y por tanto incapacidad de señalar su condición de afiliado a las personas que lo trasladan. B) Afección médico-quirúrgica súbita, grave e imprevisible para quien haya solicitado los servicios hospitalarios del Seguro y éste no haya tenido disponibilidad inmediata, ya hospitalaria o médica. Esta causal debe ser certificada por el Director de la clínica respectiva o en su defecto, por el médico residente o quien haga sus veces; y que el parágrafo 1º de dicho artículo agrega que ''el carácter de gravedad e imprevisibilidad será juzgado por la Jefatura del Departamento Médico del Instituto, de acuerdo con el informativo levantado al respecto, del cual se trata en el artículo 5º de este Acuerdo y este concepto es inapelable''.

Termina así el recurrente:

''En el caso de autos no están demostradas estas circunstancias de extrema urgencia para que procedieran los reembolsos a favor del demandante, por los gastos efectuados por servicios extraseguro, sino que el doctor José Ignacio Barraquer, en cuyo testimonio se basó principalmente la sentencia del Tribunal dijo claramente como aparece al folio 107 que, 'en el caso preciso del señor Acosta Amador considero que convenía operarlo lo antes posible pero *sin una urgencia extrema* (se subraya), como lo demuestra incluso el hecho de que lo operé a los cuatro días'.

Se estudia el cargo.

En primer lugar se observa que el recurrente se limitó a citar determinados Decretos y Resoluciones, que contienen reglamentos del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, omitiendo mencionar la ley orgánica de los mismos, fuente material y necesaria de aquellos.

Por otra parte se considera:

Ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia de casación que para que exista infracción directa es necesario que el fallo recurrido contenga ordenaciones contrarias a la disposición legal que se dice violada, independientemente de toda cuestión de hecho. Tal especie de infracción, como ha sido explicado muchas veces por la Corte, se da cuando a un hecho que no se discute se deja de aplicar la norma pertinente, o se aplica el precepto legal a un hecho inexistente, o cuando a un hecho debidamente comprobado no se aplica la disposición que lo regula.

En el caso que se examina, el recurrente afirma que las circunstancias de extrema urgencia para que procedieran los reembolsos a favor del demandante y a cargo del I.C.S.S. no están demostradas dentro del expediente, ya que el Tribunal se basó para ello en el testimonio del doctor Barraquer, a pesar de que éste dijo en su declaración que en el caso del demandante Acosta Amador no había ''urgencia extrema''. Plantea, pues, una cuestión probatoria que no tiene cabida dentro de la modalidad de la infracción directa, lo que evidentemente implica un error de técnica en la formulación del recurso.

Por lo expuesto, no prospera el cargo.

Segundo cargo.

Ser la sentencia violatoria, por aplicación indebida de los artículos 19 y 51 del Decreto 721 de 1949 a consecuencia de error manifiesto de hecho en la apreciación de las pruebas singularizadas, a saber:

Los documentos que obran a los folios 2 a 6 del informativo; el documento del folio 42 que contiene la transcripción de los artículos 61 y 62 de la Resolución número 730 de 1951, el documento que obra a los folios 43 a 46 que contiene el texto del Acuerdo número 77 de 1957, cuyos artículos 1º y 2º no se tuvieron en cuenta, y la declaración del doctor José Ignacio Barraquer. (F. 107).

Los errores de hecho consisten para el recurrente en estimar que el I.C.S.S. estaba obligado a reembolsar al demandante determinada suma en dinero por gastos de servicios obtenidos extraseguro sin haberse llenado las condiciones de extrema urgencia que exigen los reglamentos para que procedan tales reembolsos, no obstante la declaración del doctor José Ignacio Barraquer de que no existía tal urgencia y de la ausencia

de toda otra prueba que demostrara lo contrario; y, también, en estimar que el I.C.S.S. estaba obligado a hacer los reembolsos a que se refiere el punto anterior no estando acreditadas las circunstancias de extrema urgencia exigidas por los reglamentos, y en no dar por demostrado, por otra parte, que el mismo Instituto sí cumplió y estuvo dispuesto a cumplir, con respecto al demandante, las obligaciones que como asegurador le imponen la ley y los reglamentos, al prescribir los exámenes de laboratorio y las medicinas de que dan cuenta los documentos que obran en el expediente a folios 2 a 6.

Para demostrar el cargo dice el recurrente que, según el artículo 51 del Reglamento General del Seguro de Enfermedad-Maternidad, por regla general los asegurados sólo podrán hacer uso de los hospitales y servicios afines de las Cajas del Seguro que éste administre directamente o de aquellos en los cuales tienen servicios contratados; que únicamente en los casos de extrema urgencia, y cuando se demuestre que el asegurado se ve obligado a solicitar servicios particulares extra seguro por cuenta propia o atención hospitalaria en clínicas no dependientes del seguro, el Instituto concederá autorización para gozar del subsidio reglamentario por la incapacidad correspondiente y pagará las cuentas hospitalarias respectivas; que la extrema urgencia, como la expresión misma lo indica, equivale a casos de emergencia, es decir a accidentes, a enfermedades súbitas graves e imprevisibles, o sea, verdaderos casos fortuitos; que precisamente el artículo 2º del Acuerdo número 77 de 1947 señala taxativamente los servicios de emergencia; que en el caso de autos al no apreciarse o apreciarse indebidamente los reglamentos del seguro, como la declaración del doctor Barraquer, en la que afirma que el caso del demandante no era de extrema gravedad, y al no apreciarse los documentos contentivos de la orden para exámenes de laboratorio y prescripción de medicinas que demuestran que el Instituto cumplió y estuvo dispuesto a seguir cumpliendo sus obligaciones como asegurador, cometió un verdadero error de hecho el Tribunal, que lo llevó a condenar al Instituto a reembolsar al demandante los gastos que éste hizo por servicios asistenciales fuera del seguro, violando los artículos enunciados en el cargo.

Se considera:

El Tribunal fallador, para hacer las respectivas condenas tuvo en cuenta las documentales que puntualiza el cargo, como también la declaración testimonial del doctor José Ignacio Barraquer. Pero además de tales pruebas, se fundó en otras no relacionadas por el recurrente, como lo son las documentales de los folios 9, 10, 11 y 16 y principalmente las de folios 23 y 24 y la declaración del doctor Alejandro Posada Fonseca (fls. 108 y ss.) que, referidas al artículo 3º del Acuerdo 77 de 1957, sirvieron de soporte a su decisión. En efecto éste expresa lo siguiente:

"De la documental que obra a folios 23 y 24 que contiene la transcripción del concepto emitido por el doctor Jorge Vergara Delgado, Médico Jefe de los Seguros Sociales y que aparece firmado por el doctor Germán Rodríguez Espinosa en su carácter de Secretario General y Secretario del Consejo Directivo del Instituto demandado, quien la reconoció en diligencia ante esta Superioridad, se lee lo siguiente:

'El suscrito tuvo conocimiento, efectivamente por parte de los familiares, de la consulta y hospitalización en Marly, ignorante en ese momento de los antecedentes y detalles de su consulta al doctor Obando. Pedí al doctor Alejandro Posada una visita al enfermo para obtener su concepto, la cual no se practicó, seguramente por los motivos profesionales entre el doctor Barraquer y el resto de los especialistas en esta rama'.

"Por su parte el doctor Alejandro Posada Fonseca al rendir declaración ante esta Superioridad, manifestó que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales le solicitó, en fecha que no recuerda, practicar una visita a un enfermo que se encontraba en la Clínica de Marly, aunque dijo que no podía asegurar si se trataba de Acosta Amador o de otra persona distinta. Relata que fue a la clínica citada pero que se abstuvo de examinar al paciente porque los familiares y enfermeras le dijeron que éste estaba en manos del doctor Barraquer y que además había sufrido un desprendimiento de la retina. Agregó que él informó verbalmente al Instituto la razón que tuvo para no practicar el examen.

"Como puede verse de lo expuesto hasta ahora el Instituto Colombiano de Seguros Sociales no dio cumplimiento a lo dispuesto por el Acuerdo número 77 de 1957 en el artículo 3º para saber si era el caso, previa autorización del médico que en principio examinó al demandante, ordenar la movilización de éste a una clínica u hospital del Seguro. Así las cosas, necesario es concluír que en atención a que el demandante logró demostrar dentro del presente juicio que tuvo que acudir a servicios de particulares de emergencia de carácter médico quirúrgico, en cuyo caso la entidad demandada, según lo disponen

los reglamentos de la misma, está obligada a pagar el valor de tales servicios, deberá condenársele a pagar a Guillermo Acosta Amador las siguientes sumas de dinero:...''

Ahora bien, es sabido que cuando el Juzgador se basa en un conjunto de medios probatorios, no basta, por vía de error de hecho, atacar algunos de ellos, dejando de lado los otros. Si ello ocurre, como en el caso que se examina, el cargo resulta incompleto y por tanto inadecuado para demostrar la violación legal.

Finalmente se advierte que el recurrente, como en el cargo anterior, omitió citar la ley orgánica del I.C.S.S.

Tampoco prospera este cargo.

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes, José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RECLAMACION DE CESANTIA Y DE INDEMNIZACIONES COMPENSATORIAS Y MORATORIAS. — VIOLACION DIRECTA. — INTERPRETACION ERRONEA

No se casa el fallo absolutorio acusado. El actor no logró demostrar que la sentencia, que negó la vinculación laboral entre los litigantes, hubiera violado directa o indirectamente la ley.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Para que un cargo prospere en casación se requiere, entre otras cosas, que resulten violados los preceptos legales que inciden en la decisión de derecho contenida en la sentencia recurrida.

2. Cuando se aduce violación directa de la ley como motivo de casación, no es permitido entrar a realizar examen probatorio de ninguna naturaleza.

3. Para que se pueda hablar de interpretación errónea de un texto legal es preciso que la sentencia lo aplique dándole una inteligencia distinta a la que emana de sus términos y del genuino pensamiento que lo inspira, lo que mal puede ocurrir cuando la sentencia no le da aplicación a esa norma legal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veinticuatro de enero de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez).

Ante el Juez del Trabajo de Bogotá y por medio de apoderado, Guillermo Peña promovió juicio ordinario, por la vía laboral, contra Tito Forero. El libelo de demanda pide que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre actor y demandado, y, a la vez, que la relación laboral terminó por ruptura ilegal del patrono. Como consecuencia de tales declaraciones solicita el actor que Forero sea condenado al pago de perjuicios compensatorios, la cesantía, indemnización por mora y costas del juicio.

Afirma la demanda en sus hechos fundamentales que Guillermo Peña celebró con Forero, en forma verbal, un contrato de trabajo, según el cual aquél se obligó a conducir el bus número 4, en la línea entre Bogotá y Funza, afiliado a la Empresa de Transportes Bermúdez, de acuerdo con los itinerarios señalados por la misma; que el salario convenido para retribuír los servicios del trabajador fue el de $ 120.00 mensuales y el 8% del producido del vehículo, alcanzando la remuneración mensual un promedio de $ 280.00; que el 30 de abril de 1957 Peña fue despedido ilegalmente por su patrono, quien quedó a deberle las prestaciones sociales.

Como fundamentos de derecho invoca la demanda los artículos 22, 37 y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo.

La respuesta a la demanda se opone a que se hagan las declaraciones y condenas que solicita y niega los hechos en que se basa. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación e inepta demanda sustantiva.

Tramitada la relación de primer grado, terminó por sentencia de fecha 26 de mayo de 1959. Su parte resolutiva declara que entre las partes existió un contrato de trabajo, y condena a Tito Forero a pagar a Guillermo Peña la suma de $ 26.96 por auxilio de cesantía y a la de $ 4.10 diarios, desde el 1º de mayo de 1957 hasta que se verifique el pago de la anterior condena, a título de indemnización moratoria, absuelve al demandado de los demás cargos, declara no probadas las excepciones perentorias

propuestas por éste, y lo condena a pagar el 30% de las costas.

Apeló la parte demandada. Resolvió el recurso de alzada la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá por sentencia de fecha 6 de agosto de 1959. La providencia revoca en todas sus partes el fallo apelado y, en su lugar, absuelve a Tito Forero de todos los cargos formulados en la demanda, sin costas en las dos instancias.

El demandante interpuso el recurso de casación, que le fue concedido. Admitido por la Sala y tramitado en legal forma, se decide a continuación.

EL RECURSO

Aspira a que la Corte case el fallo del *ad-quem* y, en su lugar, condene a Forero a pagar a Peña lo siguiente: la cesantía por el tiempo trabajado, los salarios caídos con base en el sueldo fijo y el porcentaje correspondiente, los perjuicios compensatorios y las costas. Solicita en subsidio que la condena comprenda la cesantía y salarios caídos como lo dispuso la sentencia de primer grado.

Invoca la causal primera de casación. Formula tres cargos contra la sentencia recurrida.

Primer cargo.

Violación indirecta y por aplicación indebida de los artículos 22, 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo, 669, 740, 754 y 762 del Código Civil, como consecuencia de errores de hecho evidentes en que incurrió la sentencia por falta de apreciación de unas pruebas y errada apreciación de otras.

Relaciona el cargo las pruebas que el Tribunal desatendió y las que estimó con desacierto, y concreta los errores de hecho así: no dar por demostrado, estándolo, el contrato de trabajo entre las partes, aun en el evento de que Forero no hubiera sido propietario del vehículo que manejó durante el tiempo de servicios, y dar por demostrado, no estándolo, que Forero no era dueño del automotor bajo su mando mientras estuvieron vigentes sus relaciones jurídicas con Guillermo Peña.

Según el recurrente, prueban los hechos de la demanda inicial las declaraciones de Héctor Horacio Herrera (f. 17), Israel Martínez Pinzón (f. 19), José A. Rodríguez (f. 23) y Guillermo Lesmes Ovalle (f. 32), que el Tribunal no apreció. Conforme a esa prueba, Tito Forero era dueño del vehículo que manejó el demandante.

El Tribunal —dice el acusador— le dio pleno valor al certificado del folio 36, expedido por José Ernesto Bermúdez como Gerente de la Empresa "Transportes Bermúdez y Cía. Ltda.", según el cual, del 11 de febrero al 30 de abril de 1957 (tiempo del contrato afirmado en la demanda), el vehículo que conducía el trabajador fue afiliado a la empresa a nombre de Rosa Elena Calderón, deduciendo del documento, que su autor no ratificó, el hecho de que Forero no era el propietario del automotor. Que contradice la certificación el documento del folio 37 (matrícula del bus, expedida por la Secretaría de Tránsito y Transporte), según el cual, el vehículo aparece matriculado a nombre de la citada señora Rosa E. Calderón, pero con fecha 11 de diciembre de 1958, posterior a la de expiración del contrato. Los referidos documentos fueron estimados erróneamente por el fallador, asevera el cargo.

La acusación da a conocer en seguida el texto de los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo, y luégo agrega: el contrato de trabajo no depende de la circunstancia de que los elementos para la prestación del servicio no sean de propiedad de quien lo recibe. Por tanto, si Forero no era dueño del vehículo, de allí no se concluye, como lo entiende el Tribunal, la inexistencia del contrato de trabajo con Peña. Concluye el cargo así: "debida a la errada apreciación de las pruebas se han violado los artículos 669, 740 y 754 del Código Civil, pues la propiedad o dominio recae sobre el bien que se detenta y quien tiene en su poder un mueble se presume dueño, sin que para su tradición se requiera solemnidad alguna.

Segundo cargo.

Violación directa de los artículos 22, 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo y 669, 740, 754 y 762 del Código Civil.

Sostiene el recurrente que la sentencia viola el artículo 22, porque Peña prestó servicios personales a Forero, bajo su continuada dependencia. Que infringió el 23, porque esta norma exige, según el Tribunal, que el empleador sea dueño de las herramientas de trabajo, circunstancia que ella no contempla. Y violó el 24, porque en el juicio está demostrado el hecho de que Peña prestó un servicio personal a Forero. Con el quebranto del artículo 23 —concluye el cargo— se violaron los artículos 669, 740, 754 y 762 del Código Civil que regulan la propiedad, su exteriorización y la posesión como elemento del dominio. Agrega que, encontrándose el vehículo

en poder de Forero, debe presumirse que era su dueño, hecho que no desvirtúa la matrícula de la Oficina de Circulación.

Tercer cargo.

Violación directa de los artículos 127, 249, 253 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por errónea interpretación.

Dice el recurrente en sustentación del cargo:

De acuerdo con el artículo 127 debe casarse la sentencia, teniendo en cuenta el sueldo fijo y el 8% del producido del vehículo, o sea, una remuneración promedio mensual de $ 280.00. También debe ser casado el fallo y condenar a Forero al pago de la cesantía y salarios caídos, conforme a los artículos 253 y 65.

Termina la acusación así: partiendo de la existencia del contrato de trabajo, sueldo y tiempo servido, no cabe duda "de que sólo por interpretación errónea de la intención y espíritu" de las citadas normas legales, pudo el Tribunal omitir su aplicación al caso de autos.

La parte opositora sostiene que ninguno de los cargos debe prosperar, porque todos son defectuosos en su presentación. Refiriéndose al primero dice que confunde conceptos de violación de la ley incompatibles, porque su infracción por vía indirecta es distinta de su quebranto por aplicación indebida, según lo tiene establecido la jurisprudencia. Sin embargo, el apoderado del opositor examina el cargo en el fondo y al efecto analiza la prueba testimonial y documental aportada al juicio, llegando a la conclusión de que el contrato de trabajo que afirma la demanda inicial existió entre el actor y la Empresa de Transportes Bermúdez y no entre aquél y el demandado Forero, como lo sostiene el Tribunal.

En cuanto al segundo cargo, anota el opositor que la ley no contempla violaciones de "género directo", por lo que no se sabe a cuál de los conceptos de violación legal ha querido referirse la acusación.

Con respecto al tercer cargo afirma que es infundado, porque si en el juicio no se demostró el contrato de trabajo y por tal motivo la sentencia no aplicó las normas legales que aquél cita, no ha podido violarlas por errónea interpretación.

SE CONSIDERA:

1. Con base en la confesión del actor, rendida en posiciones, y en la prueba testimonial y documental obrante en el proceso, la sentencia llegó a la conclusión de que el demandado no fue patrono del actor. En consecuencia, se abstuvo de dar aplicación a los artículos 22, 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo. Si tales normas no recibieron aplicación, siendo el caso, su violación se habría producido por falta de aplicación y no por aplicación indebida.

2. Aun en el supuesto de que el fallador hubiera incurrido en infracción de las disposiciones legales citadas, no por ello habría lugar al quebranto de la sentencia, pues no consagran derechos en favor del trabajador. En efecto, el 22 define el contrato de trabajo, el 23 señala los elementos que lo integran, y el 24 establece una regla probatoria. Ahora bien: el derecho a la cesantía y el relativo a perjuicios compensatorios y moratorios, que según el alcance de la impugnación deben reconocerse en favor del actor, los instituyen los artículos 249, 253, 64 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, cuya violación no acusa el recurrente. Y para que un cargo prospere en casación se requiere, entre otros requisitos, que resulten violados los preceptos legales con incidencia en la decisión de derecho contenida en la sentencia recurrida.

Lo expuesto hace innecesaria toda consideración relativa a la violación de los preceptos pertenecientes al Código Civil que el cargo cita, ya que no podrían tomarse en cuenta sino en armonía con los de la ley laboral sustantiva. En consecuencia, carece de fundamento el primer cargo y, por tanto, se desecha.

3. El segundo cargo es tan deleznable como el anterior. La sentencia viola directamente la ley cuando decide en contra de ella, la desatiende, esto es, deja de aplicarla al caso que regula, para lo cual se requiere que el supuesto de hecho aparezca demostrado en el proceso. Y ocurre que, para el Tribunal, las pruebas aportadas al juicio demuestran que Peña no fue trabajador dependiente de Forero, es decir, que entre ellos no existió contrato de trabajo. Para desquiciar la sentencia era, pues, necesario, destruír sus fundamentos, demostrando que en el juicio sí están probados los hechos que configuran la relación laboral, lo cual llevaría al examen de las pruebas correspondientes, actividad que no es permitido realizar cuando se aduce violación directa de la ley como motivo de casación.

No prospera, pues, el cargo en examen.

4. Para que se pueda hablar de interpretación errónea de un texto legal es preciso que la sentencia lo aplique dándole una inteligencia distinta a la que emana de sus términos y del genuino pensamiento que lo inspira.

Ahora bien: la sentencia consideró que el caso de autos no lo rigen las normas que gobiernan el contrato de trabajo y por esa razón dejó de aplicar las que establecen los derechos reclamados en el pleito. La simple razón natural indica que si la sentencia no aplica una norma legal, mal ha podido violarla por errónea interpretación.

No prospera el tercer 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 la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDEMNIZACION MORATORIA

No se casa una sentencia que condenó al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones. La impugnación se orientó a lograr la casación del fallo en lo relativo a la condena de indemnización moratoria. Buena fe patronal e indemnización por mora. La compensación en materia laboral. Cuándo ocurre la aplicación indebida de la ley.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Supuesto que desde antes de la promoción del juicio el patrono admitió la existencia de la relación laboral, de nada le vale invocar su buena fe en orden a lograr la exoneración de la pena que la ley impone a quien, a la terminación del contrato, no pagó o consignó lo debido al trabajador.

2. Saber si hubo o no compensación, es cuestión de hecho, cuyo examen impone el de las pruebas que la acrediten, actividad extraña, según la mecánica del recurso de casación, a la modalidad de infracción directa de la ley.

3. La violación de la ley por el concepto de aplicación indebida se presenta cuando a la situación de hecho establecida en el juicio no se aplica la norma que la regula sino una distinta, o se aplica la pertinente sin hacerla producir todos los efectos requeridos por ella.

4. A términos de lo establecido en el artículo 1715 del Código Civil, aplicable al proceso laboral, la compensación requiere que se trate de deudas de la misma especie, líquidas y actualmente exigibles.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veinticinco de enero de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez).

Pablo Naizaque Alba promovió juicio ordinario contra Gerardo Contreras ante el Juez 4º del Trabajo de Bogotá. La demanda pide que se declare resuelto el contrato de trabajo que vinculó a las partes y, en consecuencia, se condene a Contreras a pagar al actor: cesantía, vacaciones, primas de servicio, salarios insolutos y perjuicios compensatorios e indemnizatorios.

Afirma el libelo que, según contrato verbal, celebrado el 4 de junio de 1956, Naizaque Alba le prestó servicios personales a Contreras, como Conductor de una volqueta, habiéndose convenido un salario de $ 9.00 diarios; que el empleado fue despedido por el patrono el 5 de junio de 1957, sin justa causa; que al terminar el contrato el empleador dejó de pagarle al empleado el salario de los últimos días y las prestaciones sociales causadas.

En derecho la demanda se apoya en los artículos 23, 24 y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo.

La respuesta a la demanda acepta el contrato de trabajo, diciendo que empezó a regir el 16 de septiembre y no el 4 de junio de 1956. Afirma que el salario devengado por el actor fue el de $ 7.00 diarios y $ 2.00 también al día, "como anticipo a prestaciones sociales"; que no disfrutó de vacaciones porque no adquirió el derecho a ellas. Admite que quedaron salarios insolutos y que no se cubrieron al empleado sus prestaciones sociales porque aquél tenía deudas pendientes con el demandado, respecto de las cuales había lugar a su compensación.

El demandado formuló a su vez demanda de reconvención contra el actor, en la cual solicita se le condene al pago de varias sumas de dinero, por diversos conceptos. No fue admitido el

libelo reconvencional por no hallarse ajustado a la ley (f. 18).

Tramitada la relación de primer grado, terminó por sentencia del 23 de junio de 1959. El numeral primero de su parte resolutiva condena al demandado a pagar al actor: a) $ 192.75 por cesantía; b) $ 192.75 por primas de servicio, y c) $ 13.50 por salarios insolutos. El numeral segundo acoge la petición sobre condena al pago de la indemnización por mora ($ 9.00 diarios) desde el 3 de junio de 1957 hasta el pago de los salarios y prestaciones debidos. El numeral tercero declara no probada la excepción de compensación, el cuarto condena al demandado en las costas del juicio, y el quinto lo absuelve de los demás cargos.

Apeló la parte vencida. El recurso de alzada fue resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá mediante sentencia de fecha 15 de julio de 1959, por la cual confirma la de primer grado, con costas a cargo del apelante.

El demandado interpuso el recurso de casación, que le fue concedido. Admitido por la Sala y debidamente preparado, se decide a continuación.

EL RECURSO

Aspira a que la Corte case parcialmente la sentencia del *ad-quem* en cuanto a la condena al pago de la indemnización moratoria y, en consecuencia, revoque la del Juzgado *a-quo* sobre el mismo punto.

El último párrafo de la demanda de casación, bajo el epígrafe "petición subsidiaria", dice:

"En caso de no ser casada la sentencia aludida en lo tocante a la condena que conlleva el numeral 2º de la sentencia proferida el 23 de junio de 1959, por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá y confirmada por el Tribunal, Sala Laboral, solicito que se case parcialmente en el sentido de que los citados salarios caídos sean hasta el día 4 de julio del presente año, fecha en la cual se consignó a órdenes del trabajador la suma que representa el título a-52082, expedido por el Banco de la República y con destino al Juzgado Cuarto del Trabajo de Bogotá, para cancelarle condenas parciales, excepción hecha de la equivalente a los salarios caídos, por seguir mi mandante creyendo 'de buena fe' que no había incurrido en la sanción que los genera".

En relación con la petición subsidiaria, la Sala debe examinarla antes de estudiar el recurso en el fondo, y, al respecto observa: en el juicio no hay prueba que demuestre la consignación de que habla el recurrente, por lo cual de ella no se ocupó el fallo del *ad-quem*, y como sobre éste versa el debate en casación, la solicitud de que se trata queda fuera de sus términos. En consecuencia, nada tiene que decidir la Sala sobre la súplica en referencia.

Invoca el recurso la causal primera de casación. Formula tres cargos contra la sentencia recurrida, el primero como principal, y los otros dos como subsidiarios.

Primer cargo.

Violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por errónea interpretación, y quebranto de los artículos 19, 55, 56, 58, 3º ibídem, en armonía con los artículos 2º del Código de Procedimiento Laboral y 1714 a 1717 del Código Civil, por falta de aplicación.

Dice el recurrente en sustentación del cargo:

Violó el Tribunal, por errónea interpretación, el artículo 65, porque para darle aplicación no tuvo en cuenta la buena fe patronal, como lo exige la jurisprudencia. Quebrantó las demás normas que el cargo cita, por falta de aplicación, y motiva el ataque así: el artículo 19, porque no regulando la compensación el derecho común, dicha norma ordena que se apliquen las correspondientes del Código Civil; el artículo 55, porque, disponiendo éste que las obligaciones se ejecuten de buena fe, sanciona al patrono con una multa por haber alegado que cumplió las de su cargo en la forma que indica el citado precepto; el artículo 56, porque al invocar el patrono la compensación, exigía del trabajador el cumplimiento de sus obligaciones de obediencia y fidelidad; el artículo 58, numeral 3º, porque el fallador dejó de lado la obligación allí establecida a cargo del trabajador sobre conservación y restitución de los útiles recibidos del patrono, y en el juicio está demostrado, por confesión del actor, que recibió en buen estado la volqueta bajo su dirección, devolviéndola con los vidrios rotos; que alegada la compensación por los daños, no era el caso de condenar al patrono por salarios caídos; y el artículo 2º del Código de Procedimiento Laboral, porque teniendo competencia para decidir sobre la compensación planteada por el demandado, no la admitió como causal para exonerarlo de la sanción por salarios caídos.

Segundo cargo.

Violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo por aplicación indebida, y de las normas que cita el cargo anterior, por falta de aplicación.

Sostiene el acusador que el *ad-quem* aplicó indebidamente el artículo 65, porque, según la jurisprudencia, no opera la sanción allí instituída cuando de buena fe se discute la existencia del contrato de trabajo o de obligaciones emanadas del mismo, como ha ocurrido en el caso de autos, pues el demandado ha sostenido la existencia de créditos por diferentes conceptos a cargo del actor para excusarse de consignar las deudas en favor de éste. "Las demás normas fueron violadas por las mismas razones expresadas en el cargo anterior".

Tercer cargo.

Violación indirecta del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y, por falta de aplicación, las normas que relaciona el primer cargo. A la infracción indirecta llegó el Tribunal como consecuencia de error de hecho en la estimación excesiva de unas pruebas y por falta de apreciación de otras.

Consiste el error en que la sentencia no dio por demostrado, estándolo, que los daños al vehículo manejado por el trabajador, fueron causados por éste.

Pruebas no apreciadas.—La excepción de compensación, propuesta en la primera audiencia de trámite (f. 21); las confesiones del actor y del demandado (fs. 24 a 28 y 33 a 36); y las declaraciones de los testigos José Gómez (f. 41) y Osías Gómez (f. 51.

Pruebas mal apreciadas.—La declaración de Israel Tobar (f. 55).

Las pruebas que la sentencia no estimó demuestran —dice el recurrente— que el trabajador le ocasionó daños al vehículo de cuya conducción estaba encargado. En la confesión rendida por aquél en el juicio admitió el hecho de haber recibido la máquina con los vidrios en buen estado y el de haberla devuelto con los vidrios rotos, lo cual significa que su conducta fue culposa.

Con referencia a las pruebas mal estimadas, el acusador afirma que el Tribunal le atribuyó a la declaración del testigo Tobar valor superior al que ofrece para eximir de toda culpa al demandante. Según el testimonio, al actor no le cabe ninguna responsabilidad en la rotura de los vidrios de la volqueta, pues tuvo por causa un hecho extraño a su voluntad. Carece de todo mérito probatorio la declaración —agrega el recurrente— porque según los testimonios de Pablo E. Niño (f. 62) y José Gómez (f. 41), la rotura de los vidrios de la volqueta no ocurrió en la fecha que señala el testigo Israel Tobar, lo cual significa que éste no dijo la verdad, y el Juez "al darle el valor de plena prueba a su dicho, hizo una apreciación errónea".

El apoderado de la parte opositora, en su escrito de réplica, sostiene que no es procedente el primer cargo, porque aparece vinculado a cuestiones de hecho, extrañas al concepto de violación de la ley por interpretación errónea; que el segundo cargo debe desestimarse porque apenas se enuncia y no contiene las razones que lo sustenten. Respecto del tercer cargo dice que debe desecharse porque no puntualiza el error de hecho alegado ni su incidencia en la parte resolutiva de la sentencia acusada. Observa, además, que el demandado aceptó el contrato de trabajo en la respueta a la demanda y en las posiciones que absolvió en el juicio, por lo que su negativa al pago de los salarios y prestaciones al terminar el contrato, resulta injustificada; que el hecho de haber alegado una compensación no pasó de ser una hipótesis sin demostración en el juicio, que, por lo mismo, no lo exonera de la sanción prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

SE ESTUDIAN LOS CARGOS

El acto conciliatorio ante la Inspección del Trabajo, recogido en el documento del 28 de abril de 1958, suscrito por el actor, el demandado y el funcionario que intervino en la diligencia (f. 10), la respuesta a la demanda (fs. 14 y 15) y la confesión provocada del actor (fs. 24 a 28), demuestran estos hechos:

a) El contrato de trabajo entre las partes; b) El tiempo de servicio (16 de septiembre de 1956 a 2 de junio de 1957); c) El salario devengado por el empleado ($ 9.00 diarios), y e) La falta de pago de la remuneración (día y medio) y la de cancelación de la cesantía y prima de servicio correspondientes al tiempo trabajado.

A esos hechos probados en el juicio aplicó el Tribunal el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Prescribe esta norma que si a la terminación del contrato, el patrono no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos que ella contempla, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo. Si se confronta la previsión legal con la situación de hecho establecida en el proceso, se halla perfecta conformidad entre una y otra. No cabe, pues, censura contra el fallo acusado por haber cumplido lo que la ley le ordena. El Tribunal

ad quem le dio al artículo 65 en cita el significado que ofrece su texto, por lo cual la afirmación de que lo violó por errónea interpretación, carece de fundamento.

Se halla fuera de lugar el reparo consistente en que la sentencia no tuvo en cuenta, para aplicar el artículo 65, la buena fe patronal. De ella se ha valido la jurisprudencia para exonerar al patrono de la sanción establecida en dicha norma, cuando aquél niega el vínculo laboral con razones valederas, debidamente acreditadas en el juicio, y, por tal motivo se abstiene de cubrir las deudas a su cargo al terminar el contrato, e igualmente deja de consignar su valor. Habiendo admitido el patrono la existencia de la relación laboral desde fecha anterior a la promoción del juicio, como resulta del acto conciliatorio, no era del caso hacer consideración alguna sobre el fenómeno relativo a su buena fe.

Las demás normas legales cuya violación acusa el primer cargo, por falta de aplicación, sitúan el ataque dentro del concepto de infracción directa. Las razones que sustentan la acusación giran en torno a la compensación de créditos en favor del demandado y a cargo del actor, provenientes de los daños causados por éste al vehículo que manejaba. Saber si hubo o no compensación, es cuestión de hecho, cuyo examen impone el de las pruebas que la acrediten, actividad extraña, según la mecánica del recurso de casación, a la modalidad de infracción de la ley por el expresado concepto.

No prospera el primer cargo.

El segundo cargo, por aplicación indebida del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, se funda en las mismas razones del primero, por lo que, para su rechazo, basta lo dicho por la Sala en el estudio que de él hizo. A lo expuesto conviene agregar lo siguiente: la violación de la ley por el concepto expresado se presenta cuando a la situación de hecho establecida en el juicio no se aplica la norma que la regula sino una distinta, o se aplica la pertinente sin hacerla producir todos los efectos queridos por ella. Y ocurre que en el caso de la litis el *ad quem* aplicó a los hechos probados en el juicio el precepto legal que los rige. Resalta, pues, la inconsistencia de la acusación.

El argumento de que el demandado se abstuvo de pagar por consignación las deudas laborales por haber alegado la compensación de créditos a cargo del actor, demostrando así su buena fe, es completamente ineficaz. Afirmar la existencia de una obligación, no es demostrarla. Y fue esta la razón en que se basó el Tribunal —la ausencia de pruebas sobre la existencia de deudas a cargo del actor— lo que motivó el rechazo de la excepción de compensación.

Dice el cargo en examen que demuestran la violación de las demás normas allí relacionadas, las mismas razones aducidas al sustentar el primero. Se acusan tales normas por infracción directa, como resulta de su desarrollo. Así debe estimarse porque respecto de ellas se habla de falta de aplicación, sin alegar errores de hecho o de derecho. Por consiguiente, sobre el punto la Sala se remite a las consideraciones hechas al examinar este aspecto de la acusación en el primer cargo.

Lo que el recurrente se propone demostrar en el tercer cargo es el hecho de que las pruebas de que hace mérito demuestran que el trabajador le causó daños al vehículo que manejaba, a cuya reparación está obligado.

En el supuesto de que en el juicio estén demostrados los daños (rotura de vidrios de la volqueta) y que, por no haberlo reconocido así el Tribunal incida en error de hecho, no por ello resultarían violadas las normas legales que cita la acusación, ni sería el caso de declarar probada la excepción de compensación, que parece ser la aspiración del autor del recurso.

La declaración judicial relativa a la responsabilidad del actor por daños al vehículo, entrañaría una obligación en abstracto, y la compensación requiere, a términos de lo establecido en el artículo 1715 del Código Civil, aplicable al proceso laboral, que se trate de deudas de la misma especie, líquidas y actualmente exigibles, condiciones que no acredita la prueba testimonial a que el cargo se refiere. Basta lo dicho para su rechazo.

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 la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RECLAMACION DE PRESTACIONES POR ACCIDENTE DE TRABAJO, AUXILIO DE CESANTIA Y PLAZO PRESUNTIVO. — REEMPLAZO DE TRABAJADORES

No se casa la sentencia absolutoria atacada. La Sala no halló configurado el ostensible error de estimación probatoria que se le atribuye a la sentencia. La absolución del tribunal se fundó en que no llegó a demostrarse la existencia del vínculo laboral entre las partes.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Resulta muy difícil estructurar un contrato de trabajo con la sola manifestación de entrega de una máquina (cilindradora) cuando se sabe, como en el caso de autos, que la labor del demandante se circunscribía a suplir la falta o ausencia de un trabajador de nómina, durante un día solamente, es decir, una tarea notoriamente eventual cuya ejecución fue solicitada por el reemplazado y no por la sociedad demandada.

2. La circunstancia de que la empresa demandada se hubiera responsabilizado de los gastos hospitalarios que exigió el accidente, no es hecho que por sí solo acredite el vínculo laboral.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., febrero primero de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Roberto de Zubiría C.).

El actor es *Humberto Segura Niño,* quien por medio de apoderado, demandó a la sociedad *Silva Mujica Hermanos Ltda.,* de esta ciudad, a fin de que por los trámites del juicio ordinario laboral fuese condenada a pagarle $ 7.200.00 por concepto de indemnización por accidente de trabajo; $ 1.800.00 por auxilio de enfermedad (art. 127 del C. S. T.); $ 1.780.00 por tiempo faltante para la expiración del período presuntivo o, subsidiariamente, el valor de los salarios correspondientes para la terminación de la obra; $ 1.66 por auxilio de cesantía, lo que corresponda por falta de pago oportuno de las prestaciones y pago del valor de los aparatos ortopédicos que requiera el demandante para su rehabilitación por el accidente sufrido.

A las anteriores peticiones sirven de apoyo los siguientes hechos:

"a) Mi poderdante Humberto Segura Niño entró a prestar sus servicios a la sociedad Silva Mujica Hermanos Limitada, como Operador de Cilindro, el día veintiséis de junio del presente año (1958) mediante contrato verbal de trabajo celebrado con esa entidad.

"b) La compañía demandada hacía personalmente los pagos a mi poderdante siendo su salario de diez pesos diarios.

"c) El día viernes veintisiete (27) de junio del presente año, siendo las cinco y media de la tarde aproximadante y estando el señor Segura Niño en el desarrollo normal de sus labores en una obra que adelantaba la firma demandada a la altura de la calle 78 con la carrera 7ª de esta ciudad, una aplanadora manejada por mi poderdante perdió el control y se volcó aparatosamente, y como consecuencia de este accidente de trabajo Segura Niño perdió el miembro superior derecho el que le fue amputado a las pocas horas en la Clínica de Marly por el facultativo doctor Jaime Quintero Esguerra.

"d) El señor Segura Niño fue despedido posteriormente y sin causa legal de su trabajo y hasta el día de hoy no ha recibido los sueldos y prestaciones a que está obligada la sociedad Silva Mujica Hermanos Ltda. para con el mismo".

En derecho se citaron las siguientes disposiciones: artículos 45, 47, 64, 65, 57, 199, 203, 204, 206 y 209 del Código Sustantivo del Trabajo, y el Decreto 2158 de 1948.

La sociedad demandada, al responder los hechos de la demanda, declaró que ellos no eran ciertos y afirmó que Segura Niño nunca había sido trabajador de la empresa.

El fallo de primera instancia, de fecha 17 de noviembre de 1959, dictado por el Juzgado Quinto Laboral, que fue el del conocimiento, absolvió de todos los cargos a la entidad demandada y condenó en costas al actor.

Contra la anterior providencia interpuso recurso de apelación el apoderado del demandante. Lo resolvió el Tribunal Superior de Bogotá —Sala Laboral—, el 15 de diciembre de 1959, confirmando la absolución del *a-quo* pero sin hacer condenación en costas de la instancia.

El recurso de casación fue propuesto por la parte demandante. Lo concedió el Tribunal y lo ha admitido esta Sala. Corresponde decidirlo, pues, previo el estudio de la demanda que lo sustenta y del escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Persigue conseguir la infirmación del fallo recurrido y que, "en su reemplazo, sea dictada por esa honorable Sala Laboral el correspondiente fallo, como Tribunal de Instancia, en sentido de hacer todos, o la mayor parte, de los pronunciamientos demandados en el libelo de once (11) de septiembre de 1958".

Con fundamento en la causal primera del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, el recurrente formula dos cargos que en su orden entra a examinar la Sala.

Primer cargo.

Se afirma en esta acusación que la sentencia impugnada es violatoria de la ley sustantiva a causa de "graves errores de hecho" consistentes en la apreciación errónea de ciertas pruebas y en la falta de apreciación de otras. Las disposiciones que se consideran infringidas son éstas: el artículo 604 del Código Judicial en relación con el 607 ibídem; los artículos 22, 23, 24, 27, 47, 64, 65, 127, 133, 199, 204, 209 grupo 4º y 218 del Código Sustantivo del Trabajo, artículos 610 a 624 del Código Judicial y 645 y 647 ibídem, en relación con el 597 ibídem.

Sirven de fundamento a los errores de hecho planteados por el recurrente las siguientes pruebas: falta de apreciación de la confesión hecha por el Gerente de la demandada, al absolver posiciones; y la prueba documental proveniente de la Clínica de Marly de esta ciudad.

Segundo cargo.

Sostiene que hubo violación indirecta de normas sustantivas laborales a consecuencia de errónea apreciación de la prueba testimonial. Como disposiciones infringidas se citan los artículos 22, 23, 24, 27, 47, 64, 65, 127, 133, 199, 204, 209 y 218 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los Decretos números 2214 de 1956 y 118 de 1957. Los testimonios a que se refiere el cargo son los de Héctor P. Vargas, Gonzalo Ruiz y Aristóbulo Ramírez.

Se examinan los cargos.

Por su estrecha relación y similar planteamiento, la Sala considera que las dos acusaciones pueden ser estudiadas en forma conjunta.

Ante todo, no debe perderse de vista que según se expresa en la demanda inicial el demandante entró a prestar sus servicios a la demandada el día 26 de junio de 1958 en virtud de contrato verbal y que el accidente reclamado ocurrió el 27 del mismo mes y año, es decir, al día siguiente de haber comenzado su trabajo el actor, de acuerdo con las voces de su propio libelo.

De otro lado, hay que tener presente también que la sociedad demandada, desde la contestación de la demanda de instancia, ha negado que con el promotor del juicio la hubiese ligado un contrato de trabajo.

Con vista en tales antecedentes procesales de innegable realidad, no cabe duda que sobre el demandante pesaba la carga probatoria para establecer la existencia del contrato de trabajo.

Es pertinente, pues, apreciar en toda su extensión los elementos de juicio que se refieren a la forma como pudo vincularse laboralmente el demandante con la empresa demandada y a las circunstancias atinentes con el accidente que se reclama.

La declaración del testigo Vargas reza así:

"... Manifiesta el declarante que conoce al señor Humberto Segura Niño, desde hace cuatro años. Que en la actualidad trabaja al servicio de la sociedad demandada, como jefe de mecánica, que estos servicios comenzó a prestarlos desde el 16 de julio de 1948. Que el señor Humberto Segura Niño desempeñó las funciones de cilindrador en la empresa demandada, pero que no recuerda la fecha en la cual dicho señor comen-

zó dichos servicios. Tampoco sabe cuál era el sueldo que devengaba el actor. Que tampoco recuerda la fecha en la cual dejó de prestar los servicios el demandante y que no lo sabe porque por esa época no se encontraba en Bogotá; que por esta misma circunstancia tampoco le consta si le haya sucedido al actor o no algún accidente de trabajo; que en Cúcuta el declarante tuvo noticia que el actor se había accidentado. Que no sabe el motivo por el cual el demandante dejó de prestar sus servicios a la sociedad demandada. Que le consta al declarante que el señor Humberto Segura estuvo trabajando en la sociedad demandada, porque él personalmente lo llevó a dicha sociedad para que reemplazara al cilindrador, señor Gonzalo Ruiz, quien había sufrido una incapacidad para trabajar; que el declarante previamente le informó a uno de los señores Mujica que el cilindrador no podía trabajar y que el citado señor le manifestó que estaba bien que podía conseguir un reemplazo del cilindrador. Que el señor Segura Niño entró a devengar el mismo sueldo que devengaba el cilindrador, pero que no recuerda cuál era ese sueldo. Al ser interrogado el testigo por el señor apoderado del actor, por intermedio del Juzgado, manifestó: Que las funciones del declarante como jefe de mecánicos de la sociedad demandada y en relación con el personal, examinar al trabajador para decir si puede o no desempeñar sus funciones".

El testimonio de Ruiz dice:

"Manifiesta el deponente que conoce al señor Huberto Segura Niño, desde hace un año. Que trabaja en la sociedad demandada Silva Mujica Hnos. Ltda., con el cargo de operador de cilindro, desde el 1º de junio de 1951; que el día 17 de mayo de 1958, un sábado, el declarante sufrió un accidente fuera del sitio del trabajo, lo cual le produjo la pérdida de la vista derecha; que cuando ingresó a la Clínica supo que el señor Humberto Segura Niño había entrado a reemplazarlo en el cargo; que por ahí el 20 de mayo de 1958, dicho señor entró a ejercer la función ya dicha; que esta fecha la recuerda porque el otro ayudante de cilindro, de nombre José Luis Jaramillo, le contó que había un reemplazo. Que el sueldo que devengaba el declarante, o sea $ 9.60 diarios, se lo pasaban al actor y que el demandante figuraba en la planilla. Que después de que el declarante salió de la clínica reanudó sus funciones de cilindrador. Pero que el día 27 de junio de 1958, pidió un permiso para ir a donde el oculista, ya que estaba citado por el médico, doctor Luis Carlos Pinzón, quien presta sus servicios en la Clínica Central y que el señor Humberto Segura Niño nuevamente lo reemplazó en el cargo de cilindrador. Aclara el deponente que el señor Segura Niño le recibió la máquina el día 26 de junio de 1958, por la tarde, un día jueves. Que ese mismo día jueves por la tarde, estando trabajando en la carrera 5ª con calle 78 a la Diagonal 77, llegó primero el señor Aristúbulo Ramírez y que posteriormente llegó en una volqueta el señor Humberto Segura y que el señor Ramírez le manifestó al declarante que como había llegado Segura que le pasara la máquina a él, que aclara que el señor Ramírez es Jefe de Personal en la empresa demandada. Al ser interrogado el declarante por el apoderado del demandante, por intermedio del Juzgado, manifestó: que no sabe nada respecto del accidente y que la causa del mismo tampoco puede determinarla, por cuanto pudo haber sido. Que se le hubiera salteado un cambio a la máquina y que esos son percances muy frecuentes en esa clase de máquinas".

La declaración de Ramírez es de este tenor:

"Manifiesta el declarante que conoce al señor Humberto Segura Niño, desde hace más o menos un año. Que en la actualidad presta sus servicios a la sociedad demandada, en su calidad de Topógrafo y Jefe de Personal. Que estos servicios en Bogotá comenzó a prestarlos desde el mes de noviembre de 1955. Que con anterioridad trabajaba en forma intermitente con la sociedad. En cuanto a las relaciones que pudieron existir entre el actor y la sociedad demandada dice el declarante que en cierta ocasión, no recuerda la fecha, estando pavimentando en la carrera 5ª con calle 77 de esta ciudad, el operador de la máquina cilindradora, señor Gonzalo Vargas Ruiz, en presencia del declarante, pidió al señor Segura Niño que lo reemplazara al siguiente día, para hacerse una curación en un ojo, quedando comprometido Vargas a regresar en las horas de la tarde a trasladar la cilindradora hacia el Sur. Que el señor Vargas no cumplió lo prometido y fue así como Segura Niño, después de terminar la pavimentación, procedió al traslado de la máquina; que al salir de la carrera 5ª y empezar a bajar por la calle 77 la que tiene una pendiente de un 30%, más o menos, la máquina se le desbocó, lo cual produjo el accidente, consistente en que el señor Segura Niño perdió el brazo derecho. Que lo referente al accidente le consta al declarante porque diez minutos después de sucedido el accidente, o sea a las seis de la tarde, más o menos, fue llamado por el ayudante de la máquina, señor Mardoqueo Aponte, quien le informó del accidente, in-

mediatamente el declarante se movilizó al sitio, encontrando al llegar, que el señor Segura Niño había sido trasladado por la Policía de Tránsito a la Clínica de Marly. Que al llegar a la Clínica de Marly para hacer las diligencias de hospitalización fue informado de que el doctor Manuel Silva, socio y gerente de la Compañía, ya había hecho las diligencias del caso. Manifiesta el deponente que en cuanto a la forma como el señor Humberto Segura Niño contrató con el señor Vargas Ruiz para el pago de su salario consistió en que el pago lo haría directamente Vargas Ruiz, con base en el salario que éste devengaba en la época y que era de $ 9.60 por día. Que este hecho le consta porque él estuvo presente én ese momento y que esta negociación se celebró entre ellos dos sin que la empresa interviniera para nada".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Una de las fuentes principales de los derechos y obligaciones de carácter laboral es el contrato de trabajo, pues es de él de donde ordinariamente aquéllos se derivan. De manera que resulta imprescindible, en la actuación procesal, precisar si existe o no ese vínculo jurídico, a menos que ello no sea materia de discusión en el juicio. En el asunto *sub-lite* se observa que la sociedad demandada negó haber tenido relaciones de tipo laboral con el demandante. Luego se impone la investigación del caso para puntualizar cuál es la situación jurídica que existió entre las partes contendientes.

En primer término, no hay que olvidar que los fallos de primera y segunda instancias son totalmente absolutorios para la entidad demandada, ya que ambos sentenciadores estuvieron de acuerdo en que no había mediado contrato de trabajo entre los litigantes.

De otro lado, como se ha visto, el impugnador sostiene que sí hubo una relación de trabajo dependiente y que, por tanto, el actor es acreedor al reconocimiento de los derechos que demanda.

Planteado así el problema, véase qué elementos de convicción suministra el informativo.

Aprecia la Sala que no hay prueba alguna en el expediente que acredite que entre las partes se convino un contrato de trabajo. No existe dato procesal que permita establecer que entre los representantes autorizados de la empresa y Segura Niño hubiese habido un acuerdo para la prestación de servicios personales de este último. De lo que da cuenta el proceso es del arreglo entre el operador de la máquina cilindradora y Segura Niño, en el sentido de que éste reemplazaría a aquél durante un día de permiso que necesitaba para atender una cita médica. Este hecho lo confirma la declaración de Aristóbulo Ramírez, tenida en cuenta tanto por el fallador como por el recurrente, cuando en su parte final dice:

"... Manifiesta el deponente que en cuanto a la forma como Humberto Segura Niño contrató con el señor Vargas Ruiz (debe entenderse con Gonzalo Ruiz, pues éste era el cilindrador a quien reemplazó Segura Niño, según se deduce de los otros testimonios) para el pago de su salario consistió en que el pago lo haría directamente Vargas Ruiz, con base en el salario que éste devengaba en la época y que era de $ 9.60 por día. Que este hecho le consta porque él estuvo presente en ese momento y que esta negociación se celebró entre ellos dos sin que la empresa interviniera para nada".

Es con base en la declaración del testigo Ramírez como el Tribunal llega a esta deducción:

"Esta prueba lleva más bien a la conclusión de que no existió vínculo laboral entre quienes son partes en este juicio, sino un arreglo particular celebrado entre Gonzalo Ruiz y el demandante para que éste lo reemplazara durante un día de trabajo, traspasándole Ruiz el jornal que le correspondía".

Destaca el recurrente como importante el testimonio de Héctor Vargas. Para la Sala no lo es, pues su simple lectura da a entender que se refiere a una época anterior al accidente sufrido por Segura Niño, el día que reemplazaba a Gonzalo Ruiz. En efecto dice el deponente en lo esencial:

"... Que el señor Humberto Segura Niño desempeñó las funciones de cilindrador en la empresa demandada, pero que no recuerda la fecha en la cual dicho señor comenzó dichos servicios. Tampoco sabe cuál era el sueldo que devengaba el actor. Que tampoco recuerda la fecha en la cual dejó de prestar servicios el demandante y que lo sabe porque por esa época no se encontraba en Bogotá; que por esta misma circunstancia tampoco le consta si le haya sucedido al actor o no algún accidente de trabajo; que en Cúcuta el declarante tuvo noticia que el actor se había accidentado..."

En el escrito de casación se insiste en una aparente contradicción entre lo expresado por Gonzalo Ruiz y lo declarado por Aristóbulo Ramírez. La falta de coincidencia parece derivarse de la circunstancia de que mientras el primero manifiesta que fue Ramírez el que dio la orden

de entregarle la cilindradora a Segura Niño, el segundo sostiene que quien contrató a éste fue Ruiz. El Tribunal tiene en cuenta tal situación pero considera más digna de crédito la declaración de Ramírez. Dentro de la amplitud de que disfruta el juzgador laboral en la valoración de las pruebas no encuentra la Sala que el *ad-quem* hubiese incurrido en un evidente error de estimación probatoria. Máxime cuando no hay en el proceso tacha valedera del testigo Aristóbulo Ramírez. Además, resulta muy difícil estructurar un contrato de trabajo con la sola manifestación de entrega de una máquina cuando se sabe, como en el caso de autos, que la labor de Segura Niño se circunscribía a suplir la falta o ausencia de Ruiz durante un día, es decir, una tarea notoriamente eventual cuya ejecución no fue solicitada por la sociedad demandada.

Por lo demás, el documento relativo a la atención prestada por la Clínica de Marly a Segura Niño y las posiciones absueltas por el gerente de la demandada, que cita el recurrente, tienen un valor secundario, ya que la circunstancia de que la empresa se hubiese responsabilizado de los gastos hospitalarios no es hecho que por sí solo acredite el vínculo laboral; tampoco de las posiciones mencionadas se deduce tal nexo jurídico, pues el representante de la compañía demandada negó en sus respuestas la existencia del contrato de trabajo con el actor.

De suerte, pues, que no estando demostrado en forma satisfactoria el contrato de trabajo, la entidad demandada no está obligada a responder por las peticiones que se le formulan.

Por las consideraciones anteriores, la Sala no halla configurado el ostensible error de estimación probatoria que el impugnador le atribuye al Tribunal. Por consiguiente, los cargos no prosperan.

En mérito de los razonamientos que preceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA el fallo recurrido.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDEMNIZACION MORATORIA

Se casa parcialmente la sentencia acusada por el empleado demandante y se efectúa una nueva liquidación de la indemnización moratoria para ajustarla a la ley. Por varios aspectos analiza la Sala el verdadero sentido y alcance del artículo 65 del Código del Trabajo.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. El artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no hace los distingos de que habla el fallo acusado. Cualquiera que sea la causa de la terminación del contrato (despido del empleado, con justa causa o sin ella, o su retiro, de hecho o mediante renuncia) la fecha en que el patrono debe pagar las deudas a su cargo, con excepción de los casos a que el precepto se refiere, es la misma, esto es, al terminar la relación laboral.

2. La oferta o promesa de pagar una deuda genera una simple obligación; la consignación de su importe la soluciona. La ley atribuye poder liberatorio al pago y no a la oferta de pagar.

3. Afirmar que el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo opera, no desde la fecha cierta y precisa que la norma señala (la expiración del contrato) sino desde una posterior indeterminada (la de la notificación de la demanda), es entender tal disposición en tal forma que resulta desfigurada y, de consiguiente, con sentido distinto del que ofrece su texto.

4. Del examen del artículo 1551 del Código Civil se deduce que si es el legislador quien ha señalado un plazo, el Juez carece de facultad para prorrogarlo y que la que allí se le otorga para interpretar el concebido en términos vagos u oscuros se refiere al plazo convencional y no al que tiene origen en la ley, como lo es el que establece el artículo 65 del Código del Trabajo.

5. Si la sanción moratoria del artículo 65 beneficia al trabajador, el plazo allí señalado para la solución de las deudas a cargo del patrono debe considerarse instituído en favor de aquél, y, por tanto, es el asalariado y no el Juez quien tiene facultad para prorrogarlo.

6. Aunque desacuerdo entre las partes y negativa a recibir, en la redacción del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, configuran hechos distintos, en el fondo la negativa no es sino consecuencia del desacuerdo.

7. Es frecuente que el patrono al terminar el contrato, haga conocer del trabajador la liquidación de las obligaciones en favor de éste y ofrezca pagar inmediatamente su importe, y que el asalariado guarde silencio o rechace la oferta, y, de consiguiente, se niegue a recibir. En tal hipótesis se hace patente el desacuerdo y ninguna significación tendría la prueba de que el patrono ha ofrecido pagar.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., febrero primero de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez).

MATERIA DEL PLEITO

Alejandro Llinás Ossio, por medio de apoderado, promovió juicio ordinario, por la vía labo-

ral, contra la sociedad anónima denominada "Manufacturas Metálicas Umco", domiciliada en Medellín, representada por su Gerente, para que por sentencia fuera condenada a pagarle las sumas de dinero que se demuestren en el proceso, por estos conceptos: cesantía, primas de servicio, vacaciones, salarios, indemnización por mora y costas.

Refiere la demanda, en sus fundamentos de hecho, que Alejandro Llinás trabajó al servicio de la compañía, como Agente Vendedor, en la ciudad de Medellín, entre el 1º de septiembre de 1953 y el 29 de febrero de 1956, con salario promedio mensual de $ 574.53; que la relación laboral terminó por vencimiento del plazo presuntivo, según aparece de la nota del Gerente de la empresa para el trabajador del 1º de marzo de 1956; que, conforme a dicha comunicación, la sociedad ofreció contratar nuevamente los servicios del actor, como Agente Vendedor, para varios departamentos y municipios del país; que aceptada la propuesta por Llinás, dio lugar a otro contrato de trabajo, iniciado el 5 de marzo y concluído el 16 de septiembre de 1956 por renuncia del empleado; que durante el segundo período de labores los salarios devengados por el demandante alcanzaron la cifra de $ 540.77, o sea un promedio de $ 2.75 al día; que el actor le reclamó a la compañía el pago de las deudas derivadas de los dos contratos y sólo el 13 de marzo de 1957 aquélla le envió a Barranquilla una carta adjuntándole la liquidación de las prestaciones, que rechazó por no hallarse ajustada a la ley; que, por tal motivo, el apoderado del actor, en carta para el Gerente de la sociedad, del 22 de julio de 1957, le solicitó el pago de las prestaciones debidas, sin ningún resultado.

La respuesta a la demanda afirma que la empresa le liquidó al actor las prestaciones que estimó deberle; que la demanda es el único aviso de que no aceptó la suma ofrecida, por lo cual la sociedad no se considera en mora; que ni la demanda ni carta alguna del empleado le han permitido saber en concreto cuáles son sus pretensiones. Como excepciones perentorias propuso las de compensación, inexistencia de las obligaciones y prescripción.

El Juzgado 4º del Trabajo de Medellín resolvió la litis por sentencia del 16 de abril de 1959. Condena en ella a la sociedad demandada a pagar a Alejandro Llinás la suma de $ 1.749.90 por cesantía y la de $ 1.314.45 por concepto de indemnización moratoria. La absuelve de los demás cargos, autorizándola para deducir de las condenas anteriores la cantidad de $ 829.92, importe de una deuda a su favor y a cargo del demandante.

Apelaron ambas partes. La relación de segundo grado terminó por sentencia de fecha 24 de junio de 1959, dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín. La providencia confirma la del Juzgado *a-quo*, con la reforma de que la cantidad que la empresa demandada debe pagarle al actor, por cesantía, es la suma de $ 1.479.90.

Recurrió en casación la parte demandante. Concedido el recurso, admitido por la Sala, y debidamente preparado, se decide a continuación.

LA DEMANDA DE CASACION

Aspira a que la Corte infirme el fallo del *ad-quem* en el sentido de que la condena al pago de la indemnización por mora se produzca desde el 29 de febrero de 1956, fecha en que expiró el primer contrato de trabajo, hasta el día en que la empresa consignó las prestaciones sociales debidas, teniendo en cuenta el sueldo de $ 574.53, y, en segundo lugar, que la misma condena se haga a partir del 17 de septiembre de 1956, fecha en que expiró la última relación laboral, con base en un salario de $ 2.75 diarios.

Invoca la primera causal de casación, y con fundamento en ella formula un solo cargo, según el cual la sentencia viola, por errónea interpretación, el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

En el cargo sostiene el recurrente, en síntesis, que para el *ad-quem* la indemnización moratoria se determina, no desde la expiración del contrato, como lo previene el artículo 65, sino desde la notificación de la demanda, lo cual conduce a la violación de su texto, por el concepto expresado. Manifiesta que ninguna razón atendible ha invocado la sociedad para no pagar las cesantías debidas al demandante, en la oportunidad correspondiente.

El apoderado de la parte opositora, en la réplica al cargo, dice que la norma es clara en el sentido de que el patrono que consigna lo que estima deber cuando el trabajador no recibe o está en desacuerdo con aquél sobre el monto de las deudas, cumple sus obligaciones y el precepto impide que se le sancione antes del desacuerdo o de la negativa. Anota que, según la sentencia, la falta de acuerdo o la renuencia del empleado a recibir no se presentó sino a la fecha de la notificación de la demanda, por lo cual era indispensable atacar esos fundamentos del fallo, que no consisten en simple interpretación

sino en una apreciación probatoria; que, siendo ello así, el ataque ha debido formularse por aplicación indebida de la norma legal en cita. Observa además que el inciso primero de la disposición legal no puede tomarse aisladamente, como lo hace el recurrente sino en armonía con su inciso segundo; que, de conformidad con éste, el patrono no puede ser sancionado sino cuando se produzca el desacuerdo entre las partes sobre el monto de las deudas o la negativa del empleado a recibir lo que el patrono le ofrece; y que, en el caso de autos, el Tribunal estimó que el patrono debía haber efectuado la consignación cuando tuvo noticia de que el actor no estuvo de acuerdo con la liquidación de prestaciones hecha por aquél, todo lo cual lleva a la conclusión de que la sentencia no violó, por errónea interpretación, el precepto legal que cita el recurrente.

Se estudia el cargo.

Con relación a la súplica de la demanda inicial relativa al pago de indemnización moratoria, el Tribunal acoge las razones expuestas en el fallo de primer grado. Sobre el punto hace éste las siguientes consideraciones:

Si el contrato termina por despido del trabajador, la sanción por mora se aplica de inmediato, porque el despido es obra del patrono. Si concluye por retiro voluntario del empleado, la sanción se aplica desde que éste presenta reclamo formal, verbal o escrito, sobre pago de las deudas a su favor. En ese momento debe cancelarlas el patrono o consignar lo que confiese deber si el empleado se niega a recibir o las partes no se ponen de acuerdo sobre la cuantía de las obligaciones.

En el caso de autos ninguno de los dos contratos entre las partes terminó por voluntad del patrono, y en el proceso no hay pruebas de que a la fecha de la desvinculación Llinás hubiera reclamado el pago de su cesantía.

Informa el testigo Antonio Giraldo que la sociedad le envió a Llinás a Barranquilla una liquidación de su cesantía, antes de marzo de 1957, estimando sus servicios regidos por un solo contrato, y que como el empleado no aceptó la liquidación en tal forma, pues en su concepto eran dos las relaciones de trabajo, la empresa hizo la rectificación del caso, accediendo a sus deseos. En tal virtud le remitió a la nombrada ciudad dos liquidaciones con la carta del 13 de marzo de 1957, manifestándole que esperaba conocer sus observaciones, o, de hallarlas correctas, autorizara al señor Enrique Sánchez para hacerle entrega del cheque correspondiente, o designara la persona encargada de recibirlo. Después de este hecho no hay prueba de que Llinás hubiera rechazado la liquidación del patrono. Su inconformidad con la primera liquidación, como lo dice el testigo, no colocó a la sociedad en mora, porque ella atendió en seguida la petición del demandante; si se hubiera negado a ello, se estaría en el evento previsto por el artículo 652 del Código Sustantivo del Trabajo "porque al ofrecer el pago, negarse el trabajador a recibir y permanecer uno y otro inmodificables en sus posiciones, habría empezado a correr la mora mientras no se hiciera la consignación de rigor. El Código reconoce un período deliberatorio mientras se ponen de acuerdo las partes o se perfila el desacuerdo entre ellas, pero este último no llegó a presentarse a raíz del suceso que se examina porque la compañía accedió a lo que pedía su antiguo colaborador".

El Juzgado estima que el patrono cumple sus obligaciones con la oferta de pagar lo que debe al asalariado; que las incumple y debe consignar el monto de las deudas en favor de éste en caso de desacuerdo o de negativa del empleado a recibir y cuando tales hechos se produzcan y demuestren. Agrega que la carta del 22 de julio de 1957 (f. 17), suscrita por el doctor Hernández Franco, en la cual pide a la empresa, a nombre del actor, el pago de las deudas a favor de éste, en el supuesto de que aquélla la hubiera recibido, no pudo constituírla en mora, porque no contiene manifestación de desacuerdo ni renuencia del empleado a recibir la suma ofrecida por el patrono, sino el deseo de llegar con él a un arreglo amigable, aparte de que, aunque fuera otro el sentido de la nota, no sería aceptable, porque no disponía la sociedad de prueba de que su autor obrara con autorización del demandante.

Los argumentos que preceden le sirven al Juzgado para concluír que la compañía no estuvo en mora en el pago de las cesantías, debidas al empleado sino al efectuarse la notificación de la demanda, hecho ocurrido el 17 de enero de 1959, fecha en que supo que el actor rechazaba la oferta de pago que antes le había hecho; que la mora se causó desde el día mencionado hasta el 18 de marzo del mismo año, que fue cuando el patrono consignó ante el Juez la suma de $ 537.89, anotando que esta cifra guarda proporción con el importe de las deudas a su cargo, previa deducción de un crédito del cual es deudor el demandante.

La Sala observa:

No es la fecha en que el contrato termina la inicial de la mora para los fines del artículo 65

del Código Sustantivo del Trabajo, en sentir del fallador, sino la que marque el desacuerdo entre las partes sobre la cuantía de las deudas a cargo del patrono o la de la renuencia del trabajador en recibir lo que el empleador le ofrece.

El apoderado de la parte opositora comparte la tesis del fallador y, en tal virtud, sostiene que no es procedente el cargo por interpretación errónea de la norma legal en cita sino por su indebida aplicación, de modo indirecto, pues el *ad-quem* se abstuvo de aplicarla con base en las pruebas de que hace mérito en su decisión.

La Sala no halla aceptable el reparo en referencia, pues la cuestión jurídica debatida en el juicio no versa sobre puntos de hecho sino acerca del momento en que debe tener operancia el artículo 65 del estatuto laboral. No se discute en el proceso la fecha en que el contrato de trabajo terminó, trátese de una o de dos relaciones laborales, como tampoco la circunstancia de que, a la fecha de la expiración, el patrono no pagó al trabajador la deuda por cesantía. La satisfizo, mediante consignación, mucho tiempo después de que cesaron las relaciones jurídicas entre las partes. Que el sentenciador se hubiera detenido en el análisis de pruebas con el propósito de examinar cuándo se produjo el desacuerdo entre los litigantes sobre la cuantía de la deuda patronal o la renuencia del trabajador en recibir la suma ofrecida, no significa que, por tal motivo, se esté frente a una situación de hecho y no estrictamente jurídica. La de hecho que analiza el Tribunal no es la que contempla el mentado texto legal. Por lo expuesto, es el caso de estudiar el cargo en el fondo.

Consideraciones de la Corte:

1. El artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no hace los distingos de que habla el fallo acusado. Cualquiera que sea la causa de terminación del contrato (despido del empleado, con justa causa o sin ella, o su retiro, de hecho o mediante renuncia) la fecha en que el patrono debe pagar las deudas a su cargo, con excepción de los casos a que el precepto se refiere, es la misma, esto es, al terminar la relación laboral. Es esa la doctrina recibida por la casación del trabajo. Basta hacer mérito de las siguientes:

"El pago de las prestaciones sociales y de los salarios no está condicionado a la forma de terminación del contrato. La fecha inicial del pago de los salarios caídos debe ser la de terminación del contrato, cuando el patrono no paga los salarios y prestaciones debidos al trabajador, ya directamente o mediante consignación judicial". (Sentencia del 15 de septiembre de 1954. Juicio de Justino Cano contra Modesto Londoño y otro).

"Si de acuerdo con el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en caso de desacuerdo entre las partes sobre el monto de la deuda, el patrono cumple con su obligación consignando ante el Juez del Trabajo el valor de lo que confiese deber, tal consignación debe llevarse a cabo inmediatamente y no cuando a bien lo tenga el deudor". (Sentencia del 29 de septiembre de 1954. Juicio de Ricardo González con la Cooperativa de Trabajadores Municipales Limitada).

2. Según la sentencia acusada, la oferta de pago hasta que sobrevenga su rechazo por el empleado, impide la sanción por mora, pues el patrono cumple sus obligaciones con la simple oferta. A todo lo cual observa la Sala: la previsión legal de que se ha venido haciendo mérito expresa en su inciso segundo que si no hay acuerdo respecto del monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir, el patrono cumple sus obligaciones consignando la suma que confiese deber ante la autoridad que indica el precepto. Es notoria la diferencia entre la oferta de pago y la prestación real y efectiva de lo que se estime deber. Ofrecer el cumplimiento de una obligación y ejecutarla son fenómenos jurídicos distintos. La oferta o promesa de pagar una deuda genera una simple obligación; la consignación de su importe la soluciona. La ley atribuye poder liberatorio al pago y no a la oferta de pagar.

3. El artículo 65 opera, conforme a la sentencia, no desde la fecha cierta y precisa que la norma señala (la de expiración del contrato) sino desde una posterior indeterminada (la de notificación de la demanda al patrono deudor en el juicio que el trabajador le promueva). Entendida así la disposición, resulta desfigurada y, de consiguiente, con sentido distinto del que ofrece su texto. El que le asigna el fallador se halla fuera de los términos de la disposición legal, la cual no contempla las circunstancias de hecho de que aquél hace mérito. No establece el precepto el plazo de gracia de que habla el Tribunal. El que instituye la previsión legal depende únicamente del hecho contemplado por ella, o sea, el constituído por la expiración del contrato.

4. Puede el Juez, autorizado por la ley, señalar el plazo en que debe cumplirse una obligación, conforme a lo previsto en el artículo 1551 inciso 2º del Código Civil, lo cual quiere decir que si el legislador ha señalado el plazo, aquél carece de facultad para prorrogarlo. También tiene el Juez poder para interpretar el plazo

concebido en términos vagos u oscuros, sobre cuya inteligencia y aplicación discuerden las partes, al tenor del precepto citado, empero esa regla es extraña al caso de autos, porque se refiere al término convencional, y el que se examina tiene origen legal, pues lo establece el artículo 65. La fecha en que el contrato expiró, la cual fija la de exigilidad de las obligaciones pendientes a cargo del patrono por salarios o prestaciones sociales, cuyo retardo da lugar a la sanción indemnizatoria, es hecho de fácil determinación, dados los términos del artículo 45 ibídem sobre duración del vínculo. Por lo demás, no ha sido extremo discutido en el juicio lo relativo a la expiración del contrato, pues sobre el punto las partes están de acuerdo.

5. Si la sanción moratoria del artículo 65 beneficia al trabajador, el plazo allí señalado para la solución de las deudas a cargo del patrono debe considerarse instituído en favor de aquél, y, por tanto, es el asalariado y no el Juez quien tiene facultad para prorrogarlo. En consecuencia, si surge desacuerdo entre las partes sobre el monto de las deudas y el trabajador consiente en discutir el punto con el patrono o en concederle plazo para su pago, purgando los efectos de la mora, ningún reparo habría que hacer al respecto. Huelga decir que la prórroga del término, como el asentimiento del acreedor a la discusión propuesta por el deudor, deben aparecer acreditadas en el proceso plenamente.

6. Dos sistemas establece el artículo 65 para la solución de las deudas por salarios y prestaciones debidos al trabajador al expirar el contrato: el pago directo al acreedor o la consignación de su importe. El segundo evento se presenta cuando no hay acuerdo entre las partes acerca de la cuantía de las obligaciones o el acreedor se niega a recibir. Aunque desacuerdo y negativa, en la redacción de la norma, configuran hechos distintos, en el fondo la negativa no es sino consecuencia del desacuerdo, pues sin éste aquélla no tendría en su apoyo ningún fundamento aceptable. La negativa, sin desacuerdo previo, es cuestión que en la práctica no suscita dificultades, pues basta la consignación para definirla. El desacuerdo, en cambio, da lugar a una cuestión de hecho. La discusión entre las partes sobre el monto de las obligaciones es lo que puede dar por resultado la prolongación del plazo que para su solución fija la norma en estudio en su inciso 1º. No es razonable suponer que el desacuerdo se haga presente el mismo día en que el contrato termina. Las propuestas y contrapropuestas entre los interesados en busca de un arreglo requieren determinado espacio de tiempo, así sea breve, para su consideración y examen. En todo caso, si no hay debate entre trabajador y patrono y pruebas que en el juicio lo demuestren de manera fehaciente, se impone la aplicación del artículo 65 en la forma y términos previstos en su inciso 1º En la vida real es frecuente el caso de que el patrono al terminar el contrato, haga conocer del trabajador la liquidación de las obligaciones en favor de éste y ofrezca pagar inmediatamente su importe, y que el asalariado guarde silencio o rechace la oferta, y, de consiguiente, se niegue a recibir. En tal hipótesis se hace patente el desacuerdo y ninguna significación tendría la prueba de que el patrono ha ofrecido pagar, pues la falta de acuerdo surge del diálogo entre acreedor y deudor y no de la simple voluntad del deudor en discutir con aquél la cuantía de los créditos. En el presente juicio, el patrono, varios meses después de terminada la relación de trabajo, hace la liquidación de la cesantía (marzo de 1957) respecto de la cual guarda silencio el trabajador, y en vez de cubrirla o de consignar su importe, permaneció inactivo, efectuando la consignación el 18 de marzo de 1959 como consecuencia del pleito que le promovió el acreedor. Careciendo de toda justificación el retardo en la satisfacción de la deuda pendiente, era el caso de dar aplicación al artículo 65.

FALLO DE INSTANCIA

La sentencia de primer grado sostiene, en su parte motiva, que la carta del 1º de marzo de 1956 y las liquidaciones de cesantía hechas por la sociedad, demuestran que entre las partes hubo dos contratos de trabajo, así: el celebrado el 1º de septiembre de 1953, con salario de $ 574.53 mensuales, y el concertado el 5 de marzo de 1956 y concluído el 16 de septiembre del mismo año, con asignación de $ 2.75 al día.

Entiende la Sala que la relación de trabajo entre la sociedad y el actor fue una sola, sin solución de continuidad, iniciada el 1º de septiembre de 1953 y terminada el 16 de septiembre de 1956. Así lo estima por las razones que pasa a exponer:

La nota del 1º de marzo de 1956 (fs. 22 y 23), dirigida por el Gerente de la sociedad, Pablo Bernal Restrepo, al demandante Llinás, la inicia este párrafo: "Con ocasión de la terminación de su contrato con Manufacturas Metálicas Umco, de la cual fue usted agente comisionista, me permito hacerle la siguiente oferta". Expresa en seguida que Llinás venderá por cuenta de

la empresa sus productos en los departamentos y municipios del país que la nota relaciona. La remuneración (comisión sobre venta) la detallan las cláusulas novena y décima de la propuesta.

Interpretada la carta literalmente, se presta para ver en la frase, "terminación de su contrato", el significado que le da la sentencia del *a-quo*. Examinada con atención, su alcance es distinto. El patrono no dice en la nota que da por terminado el contrato de trabajo existente; no contiene ella esa manifestación de voluntad. Se limita a registrar el hecho relativo a la expiración del plazo presuntivo. En efecto, habiéndose iniciado los servicios el 1º de septiembre de 1953, el último período del plazo legal, teniendo en cuenta que la relación de trabajo comenzó como resultado de un acuerdo verbal, vencía el 29 de febrero de 1956. Así se explica que la nota exprese: "con ocasión de la terminación de su contrato..."

Es obvio que si los servicios del empleado hubieran terminado el 29 de febrero de 1956, la carta del 1º de marzo no podría tener sentido distinto del que le asigna el fallo del Juzgado. Pero así no ocurrió, pues el trabajador continuó al servicio del patrono en el mes de marzo siguiente hasta el 16 de septiembre del año citado, sin solución de continuidad. Prueba de ello es que el libro de cuentas corrientes de la sociedad, examinado en la inspección ocular (fs. 28 y 30) registra la entrega al demandante, con fecha 2 de marzo de 1956, de la suma de $ 1.000.00, a buena cuenta de comisiones.

La inteligencia dada por la Sala a la nota de marzo tiene en su apoyo lo dispuesto por el artículo 49 del Código Sustantivo del Trabajo, según el cual, cuando el contrato se celebra por tiempo indefinido, se entiende prorrogado en las mismas condiciones, por períodos iguales, es decir, de seis en seis meses, por el solo hecho de continuar el trabajador prestando sus servicios al patrono con su consentimiento expreso o tácito después de la expiración del plazo presuntivo.

Si los servicios del empleado concluyen al expirar el plazo legal en los contratos sin fijación de término, la convención laboral termina por mandato del artículo 61, literal a), inciso 1º del Código Sustantivo del Trabajo; si los servicios continúan, con el asentimiento expreso o tácito del patrono, quedan ellos bajo el imperio del artículo 49 citado. La prueba de que se hizo mención demuestra que fue voluntad de ambas partes la de que del 29 de febrero de 1956 en adelante continuara rigiendo entre ellas el contrato verbal existente.

Para la Sala la intención de la nota de marzo no fue otra que la de modificar el contrato en vigor en cuanto a la sede de trabajo y la remuneración. Hasta el 29 de febrero de 1956 la sede había sido la ciudad de Medellín; en adelante sería una distinta, pues el empleado debía cumplir sus funciones en varios lugares del país. Respecto al salario, el cambio consistió en sustituír el sueldo fijo por el de salario a comisión. Así resulta de los libros examinados en la inspección ocular. No varió la función, pues continuó siendo la de Agente Vendedor.

Conviene anotar que la respuesta a la demanda no aceptó las dos relaciones de trabajo que afirman sus hechos fundamentales, sino una sola. Sobre el punto, el escrito que la contiene (f. 10), dice: "Por el contrato de trabajo que desarrolló el demandante aquí en Medellín y luégo con traslado a la ciudad de Barranquilla, la empresa le liquidó las prestaciones sociales que creyó deberle..."

Otra de las pruebas que sustentan la tesis del fallo de primer grado, son las liquidaciones de cesantía hechas por la empresa (fs. 18 y 19). Dividen los servicios en dos períodos, en la forma indicada anteriormente.

También se presta esta prueba para estimar que fueron dos los contratos de trabajo. Sobre el punto se debe anotar que la liquidación separada de la cesantía obedeció a una concesión de la empresa, según aparece de la declaración del testigo Antonio Giraldo, decretada de oficio y recibida durante la práctica de la inspección ocular (fs. 29 y 30).

Para el trabajador era más ventajosa la división del tiempo de servicios en dos períodos, ya que el salario básico para liquidar el auxilio en la primera etapa era de $ 574.53 mensuales ($ 19.15 diarios) y de sólo $ 2.75 para la segunda. Este último habría servido de base para liquidar la cesantía estimando como una sola la relación laboral.

Dice el testigo Giraldo que hizo dos liquidaciones de la cesantía: la primera comprendió todo el tiempo de servicios, pues entendió que el contrato "empezó en septiembre de 1953 hasta septiembre 16 de 1956, ininterrumpidamente". Por tanto, agrega el declarante, la liquidación primera no comprendió dos períodos distintos, que si posteriormente hizo dos liquidaciones lo entendió "como una largueza de la empresa".

Así las cosas, a un acto de concesión graciosa no se le puede hacer producir efectos distintos

de los que tuvo en cuenta el patrono al autorizarlo.

Terminado el contrato el 16 de septiembre de 1956, el pago de la cesantía, o, en su defecto, la consignación de su valor, ha debido hacerse el 17 de septiembre del año citado, como lo dispone el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Efectuada la consignación de la deuda para pagar la prestación el 18 de marzo de 1959, la mora, para los efectos de la sanción de que trata el artículo 65, comenzaba a correr desde la fecha en que el contrato expiró hasta el día de la consignación, y no como lo hizo el fallador, desde el 17 de enero de 1959 hasta el 18 de marzo del mismo año. La sentencia del Juzgado liquida la indemnización de que se trata durante el tiempo de la mora que considera procedente, con base en el último salario diario devengado por el trabajador en cada uno de los dos contratos que tal providencia reconoce. La decisión en tal sentido habrá de reformarse, ya que para la Sala el contrato entre las partes fue uno solo. La reforma se concretará a liquidar la indemnización por mora desde el 17 de septiembre de 1956, hasta el 16 de enero de 1959, tomando como salario básico el de $ 2.75 diarios.

Se abstiene la Sala de modificar la doble condena impuesta a la sociedad por los falladores de instancia durante el período de mora que estiman pertinente, porque la parte demandada se conformó con la decisión del Tribunal, ya que el recurso extraordinario ha sido utilizado por el demandante únicamente.

Descontado el tiempo computado por el fallo de primer grado, queda pendiente la liquidación del corrido desde el 17 de septiembre de 1956 hasta el 16 de enero de 1959 (839 días). Hechas las operaciones correspondientes, el valor de la indemnización es la suma de $ 2.307.25. Agregada a esta cifra la de $ 1.314.45, reconocida en el fallo del Juzgado, el importe total de la condena es la suma de $ 3.621.70.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida en cuanto a la condena por indemnización moratoria y reforma sobre el mismo punto la de primer grado en el sentido de que el valor de tal condena es la cantidad de tres mil seiscientos veintiún pesos setenta centamos ($ 3.621.70) moneda corriente.

No la casa en lo demás.

Sin costas en el recurso.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RECLAMACION DE PRESTACIONES SOCIALES

No se probó el ostensible error en la estimación de las pruebas que alegó el recurrente y por consiguiente no se casa la sentencia absolutoria acusada que declaró probada la excepción de prescripción. El actor, contabilista de una sociedad, pretendía que se le reconociera una cesantía y otras prestaciones.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., febrero doce de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Roberto de Zubiría C.).

Ante el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, por medio de procurador judicial, *Liborio Casanova* instauró juicio ordinario de mayor cuantía para que previos los trámites procedimentales de rigor la Sociedad denominada *"Ingeniería Colombiana, Ltda."*, fuese condenada a pagarle sumas diversas de dinero por los siguientes conceptos: auxilio de cesantía y salarios caídos a razón de trece pesos con treinta y tres centavos diarios ($ 13.33), por cada día de retardo, a partir del día siguiente a aquél en que finalizó el contrato de trabajo y hasta cuando se efectúe el pago de la cesantía causada y debida. Igualmente solicitó la condena por costas del juicio.

Los hechos base de la acción fueron relatados así: Que el señor *Liborio Casanova Silva,* mediante contrato escrito de trabajo y en período de prueba, ingresó a laborar al servicio de la sociedad *"Ingeniería Colombiana Limitada"*, habiendo desempeñado el cargo de contabilista desde el 14 de enero de 1957 hasta el día 26 de enero inclusive del mismo año, ininterrumpidamente, devengando un salario mensual de cuatrocientos pesos ($ 400.00); que después de la terminación del contrato de trabajo, el actor reclamó a la sociedad demandada el pago del auxilio de cesantía que se le adeudaba, sin que a la terminación de dicho contrato ni posteriormente la compañía haya pagado lo que por el mencionado auxilio legalmente le corresponde.

Como fundamentos de derecho se citaron los artículos 22, 23, 24, 47, 76, 77, 65 y demás concordantes del Código Sustantivo del Trabajo; el artículo 3º del Decreto número 0617 de 1954, el artículo 2º del Decreto número 0243 de 1951 y los artículos 593 y siguientes del Código Judicial; y los artículos 2º, 5º, 19, 20, 36, 42, 55, 74 y demás disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Laboral.

La empresa demandada, igualmente por conducto de mandatario judicial, dio respuesta a la anterior demanda oponiéndose a que se hicieran las declaraciones y condenas impetradas y negó el derecho y acción del demandante. Respecto de los hechos, manifestó atenerse a lo que se probara en el curso del juicio y negó todos aquellos en los cuales pretendía el demandante apoyar su petición. Además propuso las siguientes excepciones perentorias: prescripción, cobro de lo no debido, falta de título y de causa en el demandante, excepción de pago, inexistencia de la obligación y falta de obligación en la demandada.

En fallo de primer grado de fecha 12 de agosto de 1960, el Juzgado del conocimiento desató la controversia condenando a la sociedad demandada a pagar a favor del actor las cantidades de $ 13.32 por concepto del auxilio de cesantía y $ 13.33 diarios, a partir del 26 de enero de 1957 y hasta cuando el pago de la cesantía se verificara, a título de indemnización moratoria. Asímismo, declaró no probadas las excepciones perentorias propuestas en el escrito de contestación de la demanda y condenó en costas a la parte vencida.

El apoderado judicial de la parte demandada interpuso recurso de apelación contra el fallo del *a-quio,* y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Laboral— desató el re-

curso de alzada en sentencia de 9 de septiembre de 1960, por medio de la cual revocó el fallo apelado y en su lugar declaró probada la excepción de prescripción propuesta por la compañía demandada y absolvió a ésta de todos los cargos que le fueron formulados en el libelo inicial. Por último, impuso costas a cargo de la parte actora.

El *ad-quem* concedió el recurso extraordinario de casación interpuesto por el mandatario judicial del demandante contra la sentencia de segunda instancia. Esta Sala de la Corte lo admitió y tramitó en debida forma, y pasa a resolverlo previo estudio de la demanda sustentatoria y del escrito del réplica.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Persigue el recurrente la casación total del fallo impugnado y que, en su lugar, confirme la Corte en todas sus partes el de primer grado.

Como causal de casación se invoca la primera del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral.

Cargo único.

Un solo cargo propone el recurrente que se enuncia en esta forma:

"Acuso la sentencia impugnada por violación indirecta del artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida de la misma, y también de los artículos 489, 249 y 65 del mismo estatuto sustantivo, que dejaron de aplicarse, todo a consecuencia de error evidente de hecho por mala o errónea apreciación de algunas pruebas y falta de apreciación de otras".

El error de hecho se concreta en la defectuosa apreciación de los testimonios de Fabio Restrepo Vivas y Juan Moreno Guzmán; y en la falta de estimación de las posiciones extrajuicio absueltas por el representante de la sociedad demandada y de los documentos de folios 15, 16, 21 y 22 del primer cuaderno.

Después de referirse al contenido de los preceptos acusados, el recurrente argumenta en estos términos:

"En la sentencia que se acusa se concluye que las acciones instauradas por el actor están prescritas, sin que se hubiera demostrado su interrupción. Y se niega la ocurrencia del fenómeno de la interrupción porque el Tribunal apreció mal o erróneamente los testimonios de Fabio Restrepo Vivas y Juan Moreno Guzmán, y dejó de apreciar las documentales que obran a folios 21 y 22 del expediente. Ningún análisis le merecieron estos documentos, siendo que constituyen el reclamo escrito del trabajador a que se refiere el artículo 489 del Código Sustantivo del Trabajo. No han sido objetados, ni redargüídos de falsos, como tampoco se ha negado en ningún momento que estén suscritos por el trabajador demandante, lo mismo que sus originales. Son prueba plena del reclamo escrito del actor para interrumpir la prescripción. Hay error de hecho evidente del juzgador *ad-quem* al dejar de apreciar esas pruebas.

"En cuanto a los testimonios mencionados, el Tribunal los aprecia erróneamente obstinándose en hallarlos contradictorio el uno y vago el otro, siendo que son completamente responsivos y concordantes respecto de la entrega de la reclamación escrita del trabajador, en sus circunstancias de modo, tiempo y lugar. Basta la lectura de esos testimonios para llegar a esta conclusión, y también, a la de que el Tribunal se propuso rebuscar argumentos para en interpretándolos erróneamente, dejar de aplicar la ley, casi con absoluto desconocimiento de las normas que rigen la sana crítica de la prueba y de la imparcialidad.

"Al apreciar el testimonio del declarante Fabio Restrepo Vivas dice que éste 'incurre en contradicción la más protuberante de las cuales es la de que al principio, folio 36 dice que entregó las cartas al ingeniero Londoño el cual se las devolvió' y que 'luego me enteré del contenido de ellas por la lectura misma que de ellas hizo el Agente de Policía'. Y que más adelante, 'Dice así en contradicción con lo que antes había afirmado: '... es cierto que él, el doctor Pabón, me las leyó y me las entregó en sobre abierto...' (Sentencia, fl. 70, cuad. 1º)".

Y más adelante manifiesta:

"Creo haber demostrado plenamente el error evidente de hecho en que incurrió el sentenciador de segunda instancia por falta de apreciación de las documentales visibles a folios 22 y 21 del expediente y errónea apreciación de los testimonios de Fabio Restrepo Vivas y Juan Moreno Guzmán. Pero aun en el caso de que se admitiera hipotéticamente que sí existe la contradicción que el Tribunal anota respecto de la declaración del primer testigo y las que observa respecto del segundo —que no las hay en ninguno de los casos—, lo cierto es que los testigos guardan plena concordancia acerca de la entrega al Gerente de la Compañía de la reclamación escrita del trabajador para interrumpir la prescripción. Los testigos concuerdan en este hecho

y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar. Ambos dicen que el 22 de enero de 1960 se entregó originales de la reclamación escrita que Liborio Casanova Silva dirigió al representante legal de la sociedad demandada, que éste se enteró de su contenido y que se negó a recibirla. Quedó sí notificado —y por escrito— que el demandante reclamaba de la compañía el pago de su auxilio de cesantía y de la indemnización moratoria. Este hecho plenamente demostrado no lo tuvo en cuenta el Tribunal porque apreció mal o erróneamente esos testimonios. De ahí porque aplicara indebidamente el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, declarando la prescripción de las acciones incoadas, cuando de no haber incurrido en el error evidente de hecho anotado hubiera declarado interrumpida la prescripción, de conformidad con el artículo 489 del mismo Estatuto Sustantivo''.

SE CONSIDERA

Las razones dadas por el Tribunal para haber declarado la prescripción son las siguientes:

''Se pretende que la prescripción de la acción fue interrumpida de acuerdo con el artículo 489 del Código Sustantivo del Trabajo, porque el trabajador hizo un reclamo escrito del auxilio de cesantía correspondiente al tiempo trabajado en beneficio de Ingeniería Colombiana Ltda., y que dicho reclamo escrito fue recibido por el patrono, es decir por el doctor Fabio Londoño, Gerente de Ingeniería Colombiana Ltda., y para probar dicho hecho se aportaron al juicio las declaraciones de Fabio Restrepo Vivas y Juan Moreno Guzmán. Veamos si estos testimonios son dignos de completa credibilidad y por lo tanto suficientes para comprobar plenamente los hechos en que se pretende fundar la interrupción de la prescripción.

''El declarante Fabio Restrepo Vivas que recuerda 'todos los hechos debido a la disciplina mental que forma el estudio de las matemáticas' incurre en contradicción la más protuberante de las cuales es la de que al principio, folio 36, dice que entregó las cartas al ingeniero Londoño el cual se las devolvió y que 'luégo me enteré del contenido de ellas por la lectura misma que de ellas hizo el Agente de Policía'.

''Según este aserto no conoció el contenido de las cartas que llevó primero solo y luégo acompañado del Agente de Policía porque antes se las había devuelto, sino hasta que oyó leerlas al Agente en la Oficina del Gerente.

''Pero más adelante, folio 40, dice que conocía el contenido de las cartas desde que se las entregó el doctor Pabón, es decir, antes de ir a hacer la notificación o a entregarlas al Gerente de la demandada. Dice así en contradicción con lo que antes había afirmado: '... es cierto que él, el doctor Pabón, me las leyó y me las entregó en sobre abierto...'.

''Esta sola contradicción impide que se dé completa credibilidad a este memorioso testigo. La duda acerca de sus aseveraciones se acentúa mucho más si se considera como él mismo lo confiesa en su declaración, para obtener que el agente de policía lo acompañara a efectuar una diligencia particular, invocó abusivamente su carácter de notificador del Juzgado, hecho que motivó el que el Juez ordenara sacar copia de la declaración rendida 'por el señor Fabio Restrepo, quien es empleado de este Despacho a fin de determinar su conducta a efecto de si es el caso de aplicarle alguna sanción por indelicadeza del cargo por él desempeñado'. El testimonio de Juan Moreno Guzmán fue aportado como declaración extrajuicio tomada en el mismo Juzgado Segundo Laboral del Circuito, y luégo ratificada en bloque y rutinariamente dentro de este juicio, sin que en la diligencia de ratificación el *a-quo* hubiera interrogado al testigo en busca de una mayor claridad en sus aseveraciones''.

A lo expresado por el *ad-quem*, la Sala puede agregar lo siguiente:

a) El agente Moreno Guzmán declara que el señor que lo recibió en la oficina de la demandada ''se presentó muy atento, pero dijo que no firmaba dicha carta, que él la recibía por correo''.

En cambio, el testigo Restrepo Vivas manifiesta: ''Acto seguido el señor que acompañaba al ingeniero Londoño, de una manera casi brusca nos increpó a salir a la calle. Yo dejé las cartas en las oficinas y el señor acompañante del ingeniero Londoño las sacó a puntapiés hasta la calle, luégo las tiró por encima de la tapia y nos vinimos y el agente me dijo que no firmaba la copia como testigo pero que si necesitaban declaraciones de él podrían dirigirse a la novena estación''.

Como se ve, hay una diferencia notoria entre lo que afirma uno y otro testigo, pues mientras el primero dice que el señor que lo atendió lo recibió ''muy atento'', el segundo habla de otra persona, que no menciona Moreno Guzmán, y de quien dice Restrepo Vivas que sacó las cartas ''a puntapiés hasta la calle''. No coinciden en este punto, pues, los testimonios.

b) Otro detalle que no abona la credibilidad del testigo Restrepo Vivas es que conociendo él en sus pormenores la carta con que se pretendía interrumpir la prescripción (dice que se las oyó leer al doctor Pabón y al agente Moreno Guzmán y, de otro lado, se sabe que mantuvo en su poder algún tiempo las copias respectivas), al ser preguntado si conocía quién la firmaba, contestó: "No recuerdo" (fl. 37, C. Nº 1).

Existe, pues, una serie de factores que justifican la renuencia del Tribunal a darle completa credibilidad a los testimonios examinados. Y si realmente, como se ha visto, de tales declaraciones surgen dudas que demeritan su valor probatorio, no puede decirse entonces que el Fallador haya incurrido, al apreciarlas, en un evidente error de hecho.

En lo que respecta a la prueba documental, que el recurrente señala como dejada de apreciar, no tiene ella de por sí mérito propio, ya que la copia de la nota de reclamo que reposa en el informativo, por las circunstancias conocidas que rodearon la entrega de su original, está vinculada estrechamente con los testimonios antes analizados. Y si éstos son inconsistentes, como se dijo antes, consecuencialmente disminuyen el valor de convicción de la referida copia. En cuanto a los otros documentos, como son la comunicación en que se le hace saber a Casanova que entra en período de prueba y la copia del contrato de trabajo, no sirven para precisar la interrupción de la prescripción porque ellos no contemplan reclamo escrito ya que exclusivamente se refieren a la etapa inicial de la prestación de servicios del trabajador demandante.

Por todo lo expuesto no está comprobado el ostensible error de estimación probatoria que alega el recurrente y, por lo mismo, el cargo no prospera.

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

NO ACCEDE LA SALA A DECRETAR LA ANULACION DE LO ACTUADO EN EL PRESENTE RECURSO DE CASACION

El peticionario alegó que cierta irregularidad procesal hacía imposible, a causa de dejar jurídicamente inválida la sentencia acusada, el recurso de casación. Sentido y finalidad del artículo 571 del Código Judicial.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. No es rigurosamente exacto que los honorarios del perito que llega a actuar en un juicio de trabajo, tengan que ser pagados en todo caso por la parte que solicitó su intervención, dado que dentro del sistema probatorio laboral, la aducción y práctica de tal prueba depende exclusivamente de los poderes y del criterio del Juez y no de la voluntad de las partes.

2. Aunque el artículo 571 del Código Judicial no hace referencia expresa a término alguno, es lo cierto que del propio contenido y finalidad de la citada disposición, surge la necesidad y conveniencia de que el Juez fije un plazo para que la parte obligada efectúe el reembolso de lo abonado por la otra.

3. Si por vía de apremio dispone el artículo 571 del Código Judicial que la parte renuente no será oída en juicio mientras no efectúe a la otra el reembolso del valor de los gastos, tal medida no puede trocarse en sanción que desconozca los derechos en el juicio de aquella parte litigante, pues ello entrañaría una interpretación inaceptable del contenido de esa norma, por contraria a su letra y a su espíritu.

4. El recurso de casación laboral no contempla la oportunidad para subsanar en él deficiencias procesales.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., doce de febrero de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Luis Fernando Paredes A.).

ANTECEDENTES

José Joaquín Padilla, por medio de apoderado, demandó a Tulio Gómez para el pago de la remuneración que le adeuda por servicios personales de carácter privado, de acuerdo con lo previsto por los Decretos 456 y 931 de 1956. El Juzgado del conocimiento, que lo fue el Primero del Trabajo del Círculo Judicial de Cali, desató la litis por sentencia de fecha 19 de enero de 1961, que se notificó en estrados ese día. Por escrito de 21 del mismo mes y año, el apoderado del demandado interpuso el recurso de apelación contra la decisión del Juzgado, el que le fue concedido por auto dictado el 24 del citado mes. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali profirió su fallo de segundo grado, el día 23 de junio de 1961, confirmando el apelado. El apoderado del demandado, en tiempo oportuno, recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal. Concedido por el *ad quem*, esta Sala de la Corte lo admitió por auto de fecha 29 de agosto del año pasado. El recurso ha sido sustentado por el recurrente e impugnado por el opositor.

Así las cosas, el apoderado judicial, ante la Corte, del demandante Padilla, por escrito fechado el día 15 del mes de enero pasado, pide que esta Sala "se declare incompetente para continuar conociendo del presente recurso ex-

traordinario, ya que la sentencia de segunda instancia impugnada no es un acto jurídicamente válido, pues fue apenas el resultado de la prolongación ilegal y equivocada de un debate judicial que había quedado definitivamente clausurado en la primera instancia, al no apelarse por el demandado Gómez, dentro de los términos de la ley, el fallo de primer grado". Agrega que, como consecuencia de lo anterior, se decrete "la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio del recurso de casación, inclusive, y, en su lugar, disponga la devolución del expediente al Juzgado de origen, para que por dicho despacho se declare ejecutoriada la sentencia de fecha 19 de enero de 1961, dictada en el juicio". Finalmente, solicita se decrete celebración de audiencia en este negocio, conforme a lo previsto por el artículo 97 del Código Procesal del Trabajo.

Las razones expuestas por el apoderado del actor, para fundamentar sus peticiones, pueden resumirse así: Que dentro de la primera instancia del juicio, se practicó una diligencia de inspección ocular, con intervención de perito, cuyos honorarios fijó el Juzgado en la suma de $ 500.00; Que como el demandado pidió la práctica de tal prueba, ese gasto corría de su cuenta, no obstante lo cual, el demandante para evitar que se interfiriera el curso del juicio por el no pago oportuno del obligado, abonó su valor al perito, y, pidió al Juzgado se diera aplicación a lo previsto por el artículo 571 del Código Judicial, absteniéndose de oír al demandado mientras no efectuase el reembolso de esa suma, según consta del escrito de fecha 16 de noviembre de 1960; Que habiéndose dictado y notificado la sentencia del Juzgado el día 19 de enero de 1961, el término para recurrir en apelación contra ese fallo, corrió en los días siguientes 20, 21 y 23, descontándose el 22 que fue feriado. Que aunque el apoderado del demandado Gómez presentó el memorial en que apelaba de la sentencia, el 21 de enero de 1961, como sólo efectuó el reembolso el día 24 de ese mes, no podía considerarse interpuesto el recurso en esa fecha, porque no podía ser oído, sino que debía tenerse como presentado el 24, día en que cumplió su obligación, conforme a lo dispuesto por el artículo 571 del Código Judicial, y a la petición expresa de su poderdante. Y que, como para el día 24 de enero, ya había transcurrido el término legal para interponerlo, el recurso resultaba extemporáneo y procesalmente ineficaz la providencia del Juzgado que concedió la alzada, pues que "ya estaba ejecutoriada la sentencia que se intentó apelar". Agrega, que el hecho de que su poderdante no hubiera recurrido contra la providencia del Juzgado que concedió la apelación, ni que el Tribunal observara su incompetencia ante un fallo ya ejecutoriado, ni que esta Sala hubiese observado el mismo hecho procesal de la ejecutoria, al estudiar el negocio para admitirlo en casación, son circunstancias que no pueden alterar ni anular los efectos de la preclusión que se produjo "al dejarse transcurrir por el demandado Gómez el término hábil para interponer el recurso sin efectuar el reembolso a que estaba obligado por reclamo expreso de mi mandante, fenómeno que dejó en firme la sentencia de primer grado que no alcanzó a ser apelada en su oportunidad legal".

LA SALA CONSIDERA:

Como se dejó consignado al narrar los antecedentes de este negocio, el Juzgado del conocimiento profirió sentencia el día jueves 19 de enero de 1961, la que se notificó en estrados ese día. Las partes podían apelar del fallo, por escrito presentado dentro de los tres días hábiles siguientes, o sea, hasta el día lunes 23 de enero. Dentro del término, el apoderado del demandado, por escrito presentado el día 21, interpuso el recurso de apelación. El Juzgado resolvió favorablemente esta solicitud, el día 24 de enero, después de que, en esa fecha, el mismo apoderado había presentado el comprobante de haber consignado en el Banco de la República, a la orden del Juzgado, la suma de $ 500.00, "destinada a cancelar los honorarios del perito" (folios 52 y 52 vto. del primer cuaderno). Por tanto, sólo el 24 de enero en que el Juzgado resolvió la solicitud de apelación, fue cuando se oyó en juicio al demandado, pues se atendió a su pedimento.

En el caso de autos, no puede afirmarse, categóricamente, como lo hace el señor apoderado del demandante, que los honorarios del perito a que se ha hecho referencia, correspondía pagarlos exclusivamente a la parte demandada, con aplicación del artículo 570 del Código Judicial y con olvido de la regla general consagrada por el artículo 562 ibídem. En efecto, precisa tener en cuenta que dentro del sistema probatorio laboral, la prueba pericial sólo tiene lugar en aquellos casos en que el Juez estime conveniente la asesoría de expertos en los asuntos que requieran conocimientos especiales. Su aducción y práctica, depende exclusivamente de los poderes y del criterio del Juez, y no de la voluntad de las partes; éstas pueden o no pedir esa prueba, pero su decreto y producción dependen exclusivamente del poder discrecional del Juez, si lo estima

conveniente, en busca de la verdad real. Así las cosas, se aprecia que el Juez del conocimiento nada dispuso para determinar a cuál de las partes correspondía realizar el pago de los honorarios del perito, o si, por el contrario, ese gasto debía efectuarse por ambas partes, a prorrata.

Se observa, también, que sobre la petición formulada por el apoderado del demandante Padilla en el escrito de fecha 17 de noviembre de 1960, para que el Juzgado se abstuviese de oír en el juicio la parte contraria hasta que ésta efectuase el reembolso de los $ 500.00 pagados al perito por aquélla (folio 45 del cuaderno principal), el Juzgado nada resolvió al efecto.

Además, estima la Sala que en estos eventos el Juez debe fijar un término prudencial a la parte que ha omitido o está renuente en sufragar un gasto judicial que le corresponde, a efecto de que si no lo hace dentro del plazo que se le señale, asuma las consecuencias que conlleva el apremio que establece el artículo 571 del Código Judicial, de no ser oída en juicio. Es verdad que esta norma, aplicable por analogía a los juicios del trabajo, no hace referencia expresa al término en que la parte obligada al pago de gastos del juicio, debe efectuar el reembolso de lo abonado por la otra. Sin embargo, es lo cierto que del propio contenido y finalidad de esta disposición, surge la necesidad y conveniencia de que el Juez fije un plazo para que la parte a quien corresponda cumpla con esa obligación para lo cual encuentra fundamento en lo establecido por los artículos 366 y 367 del mismo Código. En efecto, si la parte que ha abonado un gasto del juicio que la otra debe pagar, para obtener su reembolso debe pedirlo de quien corresponda, ejercitando así una actividad procesal de acuerdo con la facultad que le otorga el artículo 571 ya citado y, si, a su vez, este precepto contiene un apremio para compeler al pago, en cuanto dispone que el litigante no sea oído en el juicio mientras no reembolse los gastos que ha abonado el otro, no se ve cómo pueda el Juez prescindir de fijarle un término para que cumpla prontamente su obligación. El artículo 571 del Código Judicial, en lo fundamental, consagra el derecho de reembolso a favor de la parte que ha abonado los gastos del juicio que corresponden a la otra. Sólo en forma secundaria, para que el deudor cumpla con esa obligación, dispone, por vía de apremio, que no será oído en el juicio mientras no efectúe el reembolso a la otra. Esta medida dirigida a compeler al renuente, no tiene otro efecto que el de quedar expuesto a no poder ejercitar los derechos procesales, sin que puedan trocarse en sanción que desconozca sus derechos en el juicio, pues ello entrañaría una interpretación inaceptable del contenido de esa norma, por contraria a su letra y a su espíritu.

Precisa advertir, finalmente, que el negocio debatido en este juicio, por lo que hace al lugar, a la cuantía y a la naturaleza de la causa, es de competencia de los juzgadores de instancia que en él han intervenido, y lo es también de la Corte que conoce de él, en sede de casación. La falta de competencia que se alega para que esta Sala conozca del asunto, se plantea como consecuencia de errores *in procedendo,* que el peticionario atribuye, en su origen, a una equivocada actuación del Juzgado, en cuanto concedió el recurso de apelación interpuesto por el demandado contra la sentencia de primera instancia, cuando no podía oírsele en el juicio. En el supuesto de que la actividad del Juzgado estuviese afectada de los vicios de forma que le achaca el señor apoderado del demandante, ellos no están constituídos en motivos de nulidad por la ley. Y, aun en el caso de tratarse de una posible nulidad, ella debió proponerse en las instancias, pues el recurso de casación laboral no contempla la oportunidad para subsanar en él deficiencias procesales como las apuntadas, por exclusión expresa del Código Procesal del Trabajo.

Por lo expuesto, la Sala de Casación Laboral, niega las peticiones contenidas en el escrito de fecha 15 de enero del presente año, excepto la referente a la celebración de audiencia, para lo cual se señalará fecha, oportunamente.

Cópiese, notifíquese e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONTRATO DE TRABAJO Y CONTRATO DE OBRA

Se casa la sentencia que condenó a pagar al actor —asentador de baldosas— auxilio de cesantía y otras prestaciones. Aplicación indebida de la ley a causa de errores de hecho. Ausencia de los elementos constitutivos del contrato de trabajo.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. No es aceptable el procedimiento de valerse de otras pruebas para dejar sin efecto la confesión judicial, puesto que, aunque se refiere al proceso civil, no es desatendible en el laboral la norma de que hace plena prueba la confesión judicial y que no es admisible prueba en contrario a menos que el confesante demuestre haber incurrido en error de hecho excusable o inculpable.

2. La tesis de que la labor cumplida por el trabajador con colaboración de ayudantes no es bastante para desnaturalizar el contrato de trabajo no puede aceptarse sin reservas, sino a condición de que el patrono acepte la prestación del servicio en tal forma y siempre que no falte la actividad personal de quien contrajo la obligación de realizarlo.

3. Exige la ley que el trabajador ejecute la labor por sí mismo. Por tanto, si el patrono conviene en que el asalariado realice el trabajo con ayuda de otros, éstos asumen el carácter de dependientes del patrono.

4. La libertad contractual, en el derecho del trabajo, se halla sometida a numerosas restricciones por consideraciones de interés general, pero la intervención estatal no va hasta desconocerle valor a las convenciones libremente concertadas, sin vicios del consentimiento, con objeto y causa lícitos y exentas de reparos en cuanto hace al orden público y las buenas costumbres.

5. Si falta la actividad personal del trabajador, tal circunstancia basta para situar el trabajo realizado fuera de las normas legales que gobiernan el contrato laboral.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., doce de febrero de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez).

Por medio de escrito repartido al Juzgado 1º del Trabajo de Medellín, Gabriel Casas Hernández promovió juicio ordinario, por medio de apoderado, contra la sociedad denominada "Industrias Roca Limitada", representa por su Gerente, para que por sentencia fuera condenada al pago de cesantía, vacaciones, primas de servicio, remuneración por descansos en domingos, festivos nacionales y religiosos, indemnización moratoria y costas del juicio.

Refiere la demanda, en sus afirmaciones, que Casas Hernández le prestó servicios personales dependientes a Industrias Roca, como Baldosero, por espacio de seis años menos un mes, habiéndose convenido el salario por unidad de obra (determinada suma por cada metro cuadrado); que ejecutaba las labores con materiales suministrados por la empresa, bajo las órdenes de su empleado Gustavo Escobar, quien se encargaba de medir la obra y pagarle el salario; que el valor de éste fluctuaba entre $ 100.00 y $ 200.00 a la semana; que la empresa le hacía avances a cuenta del salario, en proporción al trabajo ejecutado, semanalmente, haciéndole la liquidación definitiva al terminar la obra respectiva; que en su trabajo lo asesoraba un ayudante, a quien le

pagaba, de su salario, la suma de $ 30.00 semanales; que laboró durante todos los días hábiles de la semana y, de ordinario, por más de 48 horas, sin que le hubiera sido remunerado el descanso en domingos y demás días festivos; que al terminar el contrato la empresa no le pagó las deudas a su cargo, derivadas del vínculo laboral.

Funda las peticiones del libelo en las normas del Código del Trabajo que tutelan los derechos reclamados.

La respuesta a la demanda niega el contrato de trabajo, diciendo que el actor fue contratista independiente. Propuso la excepción de prescripción y la que denomina genérica, según la definición legal.

En primera instancia terminó el juicio por sentencia de fecha 14 de mayo de 1959. La providencia condena a "Industrias Roca Limitada" a pagar a Gabriel Casas Hernández, lo siguiente: a) $ 3.297.66 por cesantía; b) $ 849.70 por vacaciones; c) $ 1.399.50 por primas de servicio; d) $ 3.097.56 por descanso dominical remunerado, y e) $ 951.66 por festivos nacionales y religiosos. La condena también al pago de $ 18.16 diarios, desde el 12 de octubre de 1958 hasta el pago de las sumas relacionadas, a título de indemnización moratoria, y a las costas del juicio.

Apelaron ambas partes. La relación de segundo grado terminó por sentencia de fecha 18 de junio de 1959, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín. En su parte resolutiva condena a la sociedad a pagar al demandante: $ 1.531.25 por descanso en domingos, festivos nacionales y religiosos; $ 525.00 por vacaciones; $ 853.13 por primas de servicio; y $ 1.509.38 por cesantía, y la absuelve de los demás cargos, sin costas. En los términos anteriores reforma el fallo de primer grado.

Interpuso el recurso de casación la parte demandada, que le fue concedido. Admitido por la Sala y debidamente preparado, se decide a continuación.

EL RECURSO

Suplica el *petitum* que la Corte case el fallo del Tribunal *ad-quem* y, en su lugar, absuelva a la sociedad de todas las peticiones de la demanda inicial.

Formula tres cargos con base en la causal primera de casación. La Sala encuentra fundado el segundo, por lo cual se abstendrá de examinar el primero y el tercero.

Segundo cargo.

Violación de los artículos 22, 23, 24, 172, 173, 174, 177, 186, 189, 249, 253 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida a causa de errores de hecho en la estimación de pruebas.

Dice el recurrente en apoyo del cargo que la sentencia interpretó erradamente unas pruebas y dejó de apreciar otras, lo cual la condujo a declarar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, condenando a "Industrias Roca Ltda.", al pago de salarios y prestaciones sociales, siendo otra la realidad procesal, pues está demostrado que no se encuentran presentes los elementos esenciales de la relación laboral; que entre el demandante y la compañía se celebraron contratos de obra, los cuales no dan lugar a las obligaciones que decreta la sentencia.

Las pruebas mal apreciadas o dejadas de apreciar son éstas: los contratos y liquidaciones de folios 4 a 46; certificado del representante de la sociedad; declaraciones de Diego Fajardo, Luis B. Rojas, Gabriel Arteaga, Luis Enrique Vásquez, Darío Patiño y Fernando Antonio Rúa (fs. 57 a 61); posiciones absueltas por el demandante (f. 62); diligencia de inspección ocular (f. 67); y peritazgo de Juan Manuel Galeano (fs. 69 a 82).

El acusador examina cada uno de los elementos del contrato de trabajo frente a las pruebas relacionadas, cuyo texto, en lo pertinente, da a conocer. Con relación al primer elemento —actividad personal del trabajador— dice el recurrente: las pruebas demuestran que no está presente en el asunto litigioso el primer elemento del contrato de trabajo; que, al interpretar esas pruebas, el fallador incurrió en error ostensible, pues aunque acepta en principio que Casas tenía siempre un compañero o consocio que fue Arroyave en la mayoría del tiempo, y ayudantes libremente conseguidos por aquél, a quienes fijaba la tarea y la remuneración, tiene esta circunstancia como de poca monta y cae en el equivocado concepto de decir que el actor era simple intermediario entre esos trabajadores y la compañía. "Así, por ejemplo, en la parte motiva presenta el siguiente razonamiento que está en contradicción con los hechos: 'La ejecución de lo que se le había encomendado, secundado por ayudantes y compañeros, no desfigura el contrato de trabajo, puesto que un trabajador puede necesitar ayudantes, que laboren a su lado, sin que esto implique la formación de un contrato de obra'. Continúa el recurrente: "Desconoce aquí el fallador que esos compañeros y ayudan-

tes se vincularon al trabajo por propia iniciativa del actor, quien les daba participación en las utilidades o les señalaba salario, según el caso, sin que Industrias Roca tuviera intervención en esto. También es errónea la conclusión del fallador de que la empresa autorizaba expresamente al actor para conseguir, a nombre de aquélla, esos colaboradores o ayudantes, pues era una simple facultad que el segundo podía utilizar o no según sus conveniencias. Ninguna relación ni control tuvo la empresa sobre esos terceros ligados a Casas y puede decirse que ni siquiera conoció los nombres de ellos —con excepción de Arroyave— hasta ahora que ha tenido necesidad de investigar ese punto con motivo del juicio.

"De lo anterior se concluye que este primer elemento del contrato de trabajo, que se dio por establecido en la sentencia, no existe en el asunto litigioso, puesto que Casas no desarrollaba sino una parte del trabajo y está probado de manera clara y sin equívocos que tenía otras personas a su servicio, que lo sustituían y trabajaban exclusivamente por su cuenta".

Examina el cargo, en capítulos separados, los otros dos elementos del contrato de trabajo (subordinación o dependencia del trabajador al patrono y el salario) y llega a la conclusión, con base en la prueba testimonial ya citada, de que la sentencia incurrió en error de hecho en su estimación, pues no demuestra dicha prueba la existencia de esos dos elementos, porque el actor actuó con libertad en la ejecución del trabajo, recibiendo un precio determinado como remuneración de sus servicios y no un salario.

SE ESTUDIA EL CARGO

Examen de las pruebas:

Lo limita la Sala a la de confesión del actor, a la testimonial y a la documental que recoge los contratos escritos suscritos por las partes, y sólo en cuanto se refieren a la actividad personal del trabajador. Prescinde de los demás medios probatorios, por estas razones: del certificado de la Empresa, porque dado su interés en el pleito no es prueba atendible; de la inspección ocular, porque de ella no resulta hecho alguno sobre el punto en referencia, y del dictamen pericial, porque la prueba no alcanzó a perfeccionarse, ya que de aquél no se dio traslado a las partes, requisito sin el cual no puede ser estimado.

I.—Confesión provocada del demandante (f. 62).

En las respuestas a las preguntas 2ª, 3ª, 4ª, 5ª, 6ª, 7ª, 8ª, 11, 12 y 19 del pliego de posiciones (fs. 63 a 65), el demandante admite como ciertos los siguientes hechos, afirmados por la contraparte:

Que para la colocación de baldosas en diversos locales y edificios y durante el período comprendido entre los últimos meses del año de 1952 a octubre de 1958, celebró varios contratos de obra con "Industrias Roca Ltda."; que las bases de los acuerdos eran convenidas entre el actor y Enrique Arroyave por una parte, y la sociedad demandada por la otra; que, para los trabajos, el demandante, en varias ocasiones, contrató los servicios de uno o varios ayudantes, a quienes pagaba por su cuenta los salarios estipulados; que los contratos fueron ejecutados por Casas en asocio de Enrique Arroyave y algunos de ellos por éste únicamente, repartiéndose las ganancias entre los dos; que no tenía obligación de prestar personalmente el servicio de embaldosador, pues podía hacerlo Arroyave; que la sociedad no tuvo intervención en la escogencia del personal de ayudantes y no le exigió a éstos, al actor ni a Arroyave, horario de trabajo, ni les impuso reglamentos; y que las herramientas para los trabajos eran de su propiedad o de sus ayudantes.

II.—Los testimonios.

Diego Fajardo (f. 58). Informa el testigo, ingeniero de profesión, que la firma de que es miembro celebraba contratos con Industrias Roca para la colocación de baldosas en edificios, bajo la dirección del declarante; que dicha sociedad, a su vez, confiaba la ejecución del trabajo a contratistas independientes, entre los cuales conoció a Gabriel Casas; que éste se repartía el trabajo con otras personas, sin sujeción a horarios; que cuando la obra ofrecía defectos la repetía perdiendo el tiempo empleado en la refacción.

Gabriel Arteaga (f. 58 v.). Afirma el testigo que Gabriel Casas celebró con Industrias Roca varios contratos para la colocación de baldosas, los cuales ejecutó en asocio de Enrique Arroyave; que éste y el actor "trabajaban juntos o separadamente", pues tenían contratos en compañía, "con la colaboración de ayudantes", a quienes cubrían sus salarios sin que en el asunto nada tuviera que ver la empresa; que ésta no

les exigía trabajo personal; y "que los contratistas no tenían horario ni reglamento de trabajo, pudiendo faltar cuando ellos a bien lo tuvieran y la empresa nunca les impuso sanción alguna".

Luis Bernardo Rojas (f. 59). Dice el testigo que la mayoría de los trabajos los ejecutaba Casas con su ayudante, a quien nombraba y despedía sin intervención de la empresa; que el actor trabajaba en compañía de Enrique Arroyave, con quien se repartía los dineros que ganaba en los contratos celebrados con la sociedad, los cuales ejecutaba unas veces Casas y otras Arroyave "o trabajaban juntos".

Luis Enrique Vásquez (fs. 59 v. y 60). Dice el declarante que como Contador de la empresa liquidaba los contratos celebrados por ella con el demandante; que a éste le deducía los valores de los materiales (baldosas, arenas, cemento), directa o indirectamente; que la empresa no le pagaba salario sino que le hacía anticipos de $ 100.00 a $ 400.00 por semana por cuenta de los contratos; que éstos los celebraba la empresa por conducto de su empleado Gustavo Escobar, a quien correspondía medir la obra realizada y hacer la liquidación de su valor.

Darío Patiño Pérez (f. 60). El testigo informa que Casas colocaba la baldosa a la empresa por metros a distintos precios, con la colaboración de un ayudante a quien cubría su salario; que hace más o menos dos años "Casas venía haciendo los contratos en compañía de Enrique Arroyave, quien con aquél pagaba los ayudantes, distribuyéndose las ganancias obtenidas; que los trabajos podía realizarlos Casas o Arroyave, suministrando ellos las herramientas.

Fernando Antonio Rúa (fs. 61 y 62). Dice el testigo que Casas tenía un ayudante a quien cubría la remuneración y que en el desempeño de su labor no estaba sometido a horario. Tuvo un compañero, Avelino Vásquez, y después otro, Enrique Arroyave, y varios compañeros para la realización de los trabajos, con quienes repartía las ganancias. Expone además el declarante: "Casas dejaba al compañero trabajando en un contrato y se iba a ejecutar otro en compañía; no tenía necesidad de vigilar al compañero que dejaba en la obra; semanalmente Gustavo Escobar vigilaba el trabajo de Casas; las herramientas eran de propiedad de Gabriel Casas, el ayudante era nombrado y despedido por él; a éste no lo podía dejar encargado de la obra sino lechando y haciendo fajas, pero pegando baldosas no se quedaba el ayudante".

III.—Los contratos entre las partes (fs. 23 a 46).

En todos son iguales sus estipulaciones. Se determina su objeto diciendo que consistirá en la colocación de determinado número de metros de baldosas, señalando el valor de cada metro, la forma de pago y plazo para la entrega de la obra, "la cual se obliga a ejecutar el contratista bajo su absoluta responsabilidad y dirección" (cláusula 3ª). Reza la cláusula cuarta: "El contratista tendrá a su cargo la dirección técnica de su trabajo pudiendo realizarlo por sí mismo o con la ayuda de otros trabajadores conseguidos libremente por él y que estarán bajo su absoluta dirección y dependencia".

Acerca de la actividad personal del trabajador, el fallo del *ad-quem* trae las siguientes consideraciones:

"En el caso de autos, la Sala considera que existió un contrato de trabajo entre las partes, por la labor personal que Casas desarrolló para la entidad demandada en la colocación de baldosas, ya que están presentes los requisitos exigidos por el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

"Es innegable que la colocación de la baldosa la ejecutaba Casas personalmente. Para comprobarlo basta examinar lo que narraron los distintos testigos traídos al debate. La parte demandada ha argumentado que precisamente el demandante no llevaba a cabo la labor en forma personal, o que esto no era obligatorio, y que así lo confesó en las posiciones absueltas, lo que significaría la falta del requisito estructural del contrato de trabajo que se examina. Se dice, por ejemplo, que según el testimonio de Gabriel Arteaga y Luis Bernardo Rojas, muchos de esos contratos fueron hechos en asocio de Enrique Arroyave, y a veces ejecutados sólo por éste. La ejecución de lo que se le había encomendado, secundado por ayudantes y compañeros, no desfigura el contrato de trabajo, puesto que un trabajador puede necesitar ayudantes que laboren a su lado, sin que esto implique la formación de un contrato de obra. Y si esto ocurre utilizando medios y dinero que proporciona el beneficiario, quien a su vez está enterado del trabajo de aquellos ayudantes y colaboradores, hay ya un consentimiento tácito y un contrato de trabajo con todos ellos, actuando quien los consiguió como un intermediario. Pero, aun apelando a los contratos escritos presentados por la parte demandada, cláusula cuarta, se observa que se había autorizado al demandante para ejecutarlos personalmente, o también, con la ayuda de esos

trabajadores conseguidos libremente por él. Se le autorizaba, pues, expresamente para buscar la colaboración de compañeros que cooperaran con él en la ejecución del trabajo, lo que sitúa claramente a Casas como un intermediario entre la empresa y esos compañeros y ayudantes, caso previsto en el artículo 35, inciso primero del Código Sustantivo del Trabajo.

"Por otra parte, como Casas y su compañero Arroyave a veces tenían varios contratos simultáneos, como lo expone el testigo Gabriel Arteaga, ocurría que en ocasiones el demandante realizaba uno de ellos y su compañero el otro, pero siempre había el trabajo personal del demandante, en forma continua, como que él pasaba de una obra a otra, según lo expone el testigo Darío Patiño. Si permanentemente estaba ocupado en otras para la sociedad demandada, y si al terminar una de ellas pasaba inmediatamente a la siguiente, es claro que hubo siempre la actividad personal del señor Casas para la empresa. Y en esta forma se explica la afirmación hecha por el testigo Luis Bernardo Rojas de que los contratos unas veces los llevaba a cabo Arroyave y otras Casas, citado por la parte demandada en su alegación de segunda instancia.

"Y nunca dejó Casas que el ayudante hiciera el trabajo propiamente encomendado a él, o sea la colocación de la baldosa, pues examinando el dicho del testigo Fernando Antonio Rúa puede apreciarse que cuando el demandante dejaba al ayudante en una obra era porque se iba a ejecutar otra para la compañía, personalmente, y en estos casos el ayudante quedaba encargado, no de ejecutar la tarea asignada a Casas, sino aquellas labores propias del ayudante, como 'lechando' y haciendo fajas.

"No ocurrió, pues, que Casas dejara de ejecutar personalmente el trabajo que se le encomendó por la empresa, de acuerdo con las circunstancias que se acaban de consignar. De aquí que resulte contraria a la realidad de los hechos la afirmación hecha por el demandado de que no tenía que prestar personalmente el servicio para la ejecución de los contratos, pues esta afirmación debe entenderse con las modalidades que ya se expresaron, de que Casas, en los trabajos simultáneos que se se le daban podía ejecutar una obra y dejar otra a su compañero de contrato, pero laborando siempre personalmente en la que le tocaba".

La Corte considera:

El demandante confesó en posiciones: que no se obligó a prestar personalmente el servicio; que trabajó en asocio de Enrique Arroyave, con quien dividía las ganancias obtenidas; que las obras (colocación de baldosas) las ejecutó, unas personalmente, otras con Arroyave y muchas de ellas éste únicamente, colaborando en las labores ayudantes bajo su dependencia, a quienes pagaba sus salarios, sin que al respecto hubiera tenido la empresa intervención alguna, y, además, que no estaba sujeto a horarios ni reglamentos de trabajo.

La sentencia recurrida se limita a hacer mención de la prueba en referencia y a decir que, según ella, el actor no se obligó a prestar personalmente la labor. Acepta, en principio, que Casas no asumió tal obligación, sin hacer análisis alguno de los demás hechos admitidos por aquél, por una parte, y, por la otra, opone a la confesión las declaraciones de los testigos Arteaga, Rojas, Patiño y Rúa y el contenido de la cláusula cuarta de los contratos consignados por escrito, pruebas de que se vale para dejar sin efecto la de confesión.

No es aceptable el procedimiento aceptado por el fallador. La confesión judicial es plena prueba, conforme a lo previsto en el artículo 606 del Código Judicial, y no es admisible prueba en contrario, a menos que el confesante demuestre haber incurrido en error de hecho excusable o inculpable. Si bien tal precepto se refiere al proceso civil, no es desatendible en el de trabajo, pues aun cuando para el Juez Laboral no sea obligatoria la tarifa de la ley, en la formación de su convencimiento debe atenerse a las reglas de la sana crítica, como lo dispone el artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral, y son ellas las que han conducido al legislador a darle el valor de plena prueba a la confesión judicial simple, mientras no sea revocada con observancia de los requisitos impuestos en el citado artículo 606.

Entre los medios probatorios que sanciona el derecho, la confesión produce mayor fuerza de convicción que los restantes, pues es la propia parte la que acepta la verdad del hecho afirmado por la contraria, circunstancia que no concurre en las demás pruebas, a menos que se trate de verdades axiomáticas reveladas por la evidencia interna.

Por lo demás, no es exacto que desvirtúe la confesión del actor la prueba de que hace mérito el Tribunal. Los argumentos que expone no tienen la fuerza de convicción que les atribuye. Un somero análisis de ellos bastará para demostrar su inconsistencia. En resumen, son los siguientes:

a) La labor cumplida por un trabajador, secundado por ayudantes y compañeros, no desfi-

gura el contrato de trabajo ni por tal motivo se convierte en contrato de obra, pues aquél puede necesitar auxiliares que colaboren a su lado.

Observa la Sala que la situación de hecho descrita por los testigos no es la de que el demandante Gabriel Casas hubiera ejecutado las obras con la colaboración de ayudantes. Presenta dos modalidades concurrentes, así: la ayuda de auxiliares, por una parte, y la realización de algunas obras por asociados del actor, conjunta o separadamente, por otra. Las relaciones jurídicas eran distintas en uno y otro caso: con los ayudantes, de trabajo dependiente; con los demás colaboradores, de asociación, en pie de igualdad. Los asociados, deducidos los salarios de los ayudantes, se distribuían las ganancias, o soportaban las pérdidas, en su caso, asumiendo los riesgos.

Por lo demás, aun situando los hechos dentro del marco de las relaciones de la primera clase —labor cumplida por el trabajador con la colaboración de ayudantes— si bien es aceptable el razonamiento de que no por ello se desnaturaliza el contrato de trabajo, la tesis no puede aceptarse sin reservas, sino a condición de que el patrono acepte la prestación del servicio en tal forma y siempre que no falte la actividad personal de quien contrajo la obligación de realizarlo.

b) La sociedad se enteró de que el actor ejecutó el trabajo con la colaboración de ayudantes, por lo cual entre aquélla y Gabriel Casas existió contrato de trabajo, autorizado tácitamente por el patrono.

La Sala observa que los testigos Arteaga, Rojas, Patiño y Rúa, afirman que los ayudantes eran empleados de Casas, siendo de su cargo el pago de los salarios.

Según la tesis del Tribunal, patrono de los ayudantes no sería el demandante Casas sino la sociedad. Los testimonios aseveran lo contrario.

Exige la ley (art. 23, inciso 1º, literal a. del CST) que el trabajador ejecute la labor por sí mismo. Tal exigencia la convierte en obligación a cargo del trabajador el artículo 58, numeral 1º, del mismo Código. Por tanto, si el patrono conviene en que el trabajo lo realice el asalariado con la ayuda de otros, éstos asumen el carácter de dependientes de aquél. Cuando tal cosa ocurra —dice Mario de la Cueva— "el trabajador sustituto o el auxiliar quedan ligados al patrono, lo que quiere decir que éste y no el trabajador será el responsable ante aquéllos y las razones son obvias". (Derecho Mexicano del Trabajo. Tomo 1º p. 600).

Según la prueba testimonial, los ayudantes de Casas entraron en relaciones de trabajo dependiente con éste. Luego el hecho no puede dar base a la presunción del fallador para deducir que entre las partes alcanzó a configurarse un contrato laboral.

c) Al tenor de la cláusula cuarta de los contratos suscritos por las partes, el actor quedó autorizado para buscar la ayuda de compañeros que cooperaran en la ejecución del trabajo, por lo cual Casas fue un intermediario entre la empresa y sus compañeros o ayudantes, según el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo.

La Sala no halla acertada la interpretación que le da el sentenciador a la estipulación contractual. De conformidad con ella Casas se obligó a ejecutar el trabajo bajo su dirección técnica, pudiendo realizarlo por sí mismo o con la ayuda de trabajadores conseguidos libremente por él, quedando sometidos a su dirección y dependencia.

La prueba testimonial, según se ha visto, acredita que los trabajos, en su desarrollo, se ejecutaron en la forma prevista en la cláusula que se examina. Esta llama a Casas contratista —no trabajador— y lo autoriza para que ejecute la labor por sí mismo o por medio de trabajadores a su servicio y bajo su responsabilidad, esto es, no le exige que sea personal su actividad, motivo suficiente para excluírla del ámbito del contrato de trabajo.

Es doctrina sentada por la jurisprudencia la de que sobre los contratos escritos, prevalece la realidad, si los hechos del proceso demuestran que el trabajo fue subordinado y no independiente. En el caso de autos, la prueba de que se ha hecho mérito confirma lo estipulado en las convenciones escritas. No era, pues, del caso desatender la voluntad contractual, dejándola sin efecto, para sustituírla por otra, sin ningún respaldo probatorio. La libertad contractual, en el derecho del trabajo, se halla sometida a numerosas restricciones por consideraciones de interés general, pero la intervención estatal no va hasta desconocerle valor a las convenciones libremente concertadas, sin vicios del consentimiento, con objeto y causas lícitos y exentas de reparos en cuanto hace al orden público y a las buenas costumbres.

d) El trabajo de Casas siempre fue personal, como lo afirma el testigo Gabriel Arteaga, pues pasaba de una obra a otra, de manera continua, como lo dice el testigo Patiño. Se explica así, como lo informa el testigo Rojas, que los contratos los realizaba unas veces Arroyave y otras Casas. La baldosa siempre era colocada por el actor, pues según el dicho del testigo Rúa, cuando el demandante dejaba a uno de sus ayudantes en

una obra para dedicarse a otra, el auxiliar realizaba trabajos preparatorios, o sea, como lo informa el declarante, "lechando y haciendo fajas".

A juicio de la Sala la argumentación no resiste la menor crítica. Aceptar que trabajos contratados por Gabriel Casas fueran ejecutados, unos por él, y otros por compañeros suyos, es una clara demostración de que la labor, en parte de las obras convenidas, fue realizada por terceros, razón bastante para considerarla fuera del marco del contrato laboral. La afirmación que se confuta resulta contradictoria con la de que la colocación de baldosas fue tarea cumplida siempre por el demandante, pues no le dejaba esa función a los ayudantes.

Se anotó antes que en la actividad desarrollada por Casas intervinieron simples auxiliares o ayudantes, por una parte, y, por la otra, colaboradores con el carácter de asociados, con quienes aquél celebraba negocios en compañía. Los últimos, con ayudantes o sin ellos, cumplían la obra bajo su dirección —colocación de baldosas— como los demás trabajos, en su totalidad.

Conclusión de todo lo expuesto es la de que el Tribunal *ad-quem* erró de hecho en la estimación de las pruebas que estima en la sentencia. Lo que ellas demuestran —con evidencia— es que las relaciones jurídicas entre las partes dieron lugar a contratos de obra y no de trabajo. No era, pues, del caso, acoger las peticiones de la demanda inicial con aplicación de las normas que regulan la convención laboral y de las que, con base en ésta, establecen a cargo del patrono las obligaciones que el fallo decreta, como lo sostiene el recurrente.

El cargo, en capítulos separados, analiza los dos elementos restantes del contrato de trabajo (subordinación o dependencia del trabajador al patrono y salario) y sostiene que también incurrió el fallador en error de hecho al dar por establecido en el proceso, con la prueba testimonial, la existencia de aquéllos.

Estima la Sala innecesario el examen de estos aspectos de la acusación, pues si falta la actividad personal del trabajador, tal circunstancia basta para situar el trabajo realizado fuera de las normas legales que gobiernan el contrato laboral, conforme a lo dispuesto en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

Prospera, pues, el cargo y habrá de casarse la sentencia.

Para sutentar la decisión que en instancia debe proferir la Corte, bastan las razones expuestas en el estudio del cargo.

Con fundamento en las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia recurrida, revoca la de primer grado y, en su lugar, absuelve a la sociedad "Industrias Roca Ltda." de todos los cargos de la demanda.

Sin costas en las instancias y en el presente recurso.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SE NIEGA UNA PETICION. —REEMBOLSO DE GASTOS PROCESALES

La petición hecha a la Corte consistió en que ésta se abstuviese de oír al recurrente en casación hasta tanto no hubiese reembolsado al peticionario una suma pagada por éste, a nombre de aquél, al perito que estimó la cuantía de la demanda de reconvención.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. De la simple lectura del artículo 571 del Código Judicial se deduce que tal disposición se refiere a las instancias, donde suelen causarse gastos en la actuación por motivo de diligencias de pruebas, incidentes, etc., pero no en la fase de la casación, que se circunscribe, una vez admitido el recurso, a la sustentación de éste, a la oposición respectiva y a su decisión por la Corte, aparte de eventuales y limitados incidentes como los de impedimento y recusación. Ni siquiera en los casos en que se efectúe audiencia a solicitud de las partes o cuando la Sala lo estimare conveniente, se ocasionan expensas.

2. Es extemporáneo plantear en casación el reembolso de gastos que tuvieron lugar en las instancias.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., catorce de febrero de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Luis Alberto Bravo).

Fernando Díaz González, por conducto de apoderado, demandó a los Ferrocarriles Nacionales de Colombia para que le pagasen salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones por varios conceptos. Al efecto, señaló los hechos y los fundamentos de derecho propios del caso. La entidad demandada negó la mayor parte de aquéllos y se opuso a las pretensiones del actor. Propuso las excepciones de pago y de inepta demanda. Además, dentro del término legal, presentó contra-demanda para que Díaz González fuera condenado a devolverle una suma de dinero que éste recibió por concepto de doble pago de vacaciones y prima de servicios, los intereses legales de dicha suma, los perjuicios tanto materiales como morales correspondientes y las costas del juicio.

El Juzgado del conocimiento, en su sentencia, condenó a la entidad demandada al pago de auxilio de cesantía, lucro cesante e indemnización moratoria, la absolvió de las otras peticiones de la demanda principal, y en cuanto a la de reconvención, absolvió a Díaz González de todos los cargos en ella formulados. Condenó también a los Ferrocarriles Nacionales de Colombia en las costas de la demanda de reconvención y en un 50% de las de la demanda principal.

Interpuesto el recurso de apelación por el apoderado de la demandada para ante el Tribunal Superior de Bogotá —Sala Laboral—, esta entidad revocó el fallo de primera instancia, y en su lugar absolvió a los Ferrocarriles Nacionales de Colombia de todas las peticiones de la demanda principal y condenó a Díaz González, como contrademandado, a devolver la suma de $ 571.80, que recibió por conducto de su apoderado y que implicaba un doble pago de vacaciones y prima de servicios, absolviéndolo de los restantes cargos de la demanda de reconvención, con costas totales de primera instancia en lo tocante a la demanda principal y del 40% en cuanto a la de reconvención.

El apoderado del trabajador demandante interpuso recurso de casación contra la sentencia de segundo grado. El Tribunal, antes de resolver sobre la concesión del recurso y con el fin "de determinar con precisión la cuantía de la demanda de reconvención", dispuso nombrar

un perito para que dictaminara al respecto. Este, en su experticio, llegó a la conclusión de que la demanda de reconvención es inferior a la suma de $ 4.000.00. Luégo de declarar en firme el dictamen pericial y de señalar como honorarios del perito la suma de $ 300.00, que las partes debían cubrir por mitad, el fallador concedió el recurso de casación únicamente en lo relativo a la demanda principal y lo denegó respecto a la de reconvención, por estimar insuficiente su cuantía.

Llegado el expediente a la Corte, repartido el 27 de noviembre de 1961, pasado al Despacho del sustanciador el 28 del mismo mes, el recurso se admitió por medio de auto de fecha 19 de diciembre siguiente. En escrito de la misma fecha, el apoderado de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia solicitó que no se oyera al demandante recurrente hasta tanto no reembolse la suma de $ 150.00 que la mencionada entidad abonó o canceló, por cuenta de la parte actora, por concepto de honorarios, al perito que designó la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá con el fin de que estimara la cuantía de la demanda de reconvención. Acompañó un recibo por la suma de $ 300.00 suscrito por el doctor Jorge Angulo Garavito, quien actuó como perito en ese incidente. Fundó la solicitud en el artículo 571 del Código Judicial.

Para resolver, se considera:

En primer término, se observa que esta Sala de la Corte no ha adquirido jurisdicción para conocer de la demanda de reconvención que se promovió por los Ferrocarriles Nacionales de Colombia contra el actor, puesto que el recurso de casación que interpuso el apoderado de Díaz González se concedió por el *ad quem* "únicamente en lo que decidió sobre la demanda principal", según el auto visible al folio 193 del primer cuaderno, y desde luego no podía admitirse por esta Sala sino dentro de los mismos límites en que fue concedido. Y como el dictamen del perito cuyos honorarios cubrió en su totalidad la parte demandada, versa exclusivamente sobre la posible cuantía de la demanda de reconvención, resulta improcedente la petición del apoderado de los Ferrocarriles Nacionales en el sentido de que no sea oído en casación el demandante recurrente, mientras no reintegre a dicha entidad la suma de $ 150.00 que estaba obligado a pagar al perito por el mencionado dictamen.

Pero, además, cabe agregar lo siguiente:

El artículo 571 del Código Judicial, dice:

"Si una parte abona lo que otra debe pagar por razón de gastos, se anota así en el expediente para que aquélla pueda pedir inmediatamente su reembolso de quien corresponda, y mientras tanto, ésta no será oída en el juicio".

De la simple lectura de la disposición transcrita se deduce que ésta se refiere a las instancias, donde suelen causarse gastos en la actuación por motivo de diligencias de pruebas, incidentes, etc., pero no en la fase de la casación, que se circunscribe, una vez admitido el recurso, a la sustentación de éste, a la oposición respectiva y a su decisión por la Corte, aparte de eventuales y limitados incidentes como los de impedimento y recusación. Ni siquiera en los casos en que se efectúe audiencia a solicitud de las partes o cuando la Sala lo estimare conveniente, se ocasionan expensas.

Por tanto, es extemporáneo plantear en casación el reembolso de gastos que tuvieron lugar en las instancias.

Lo expuesto es suficiente para rechazar, como en efecto se hace, la solicitud formulada por el apoderado de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia en el escrito de que se ha hecho mérito.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDEMNIZACION MORATORIA

No se casa la sentencia que condenó a la sociedad demandada a pagarle a un empleado suyo, técnico de construcción, el valor correspondiente a la indemnización moratoria.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Es claramente contrario a la técnica del recurso de casación involucrar en un solo cargo aspectos tan distintos como son la interpretación errónea de la ley y el quebranto indirecto de la misma, a través de errores de hecho.

2. La fecha desde la cual se cuenta la mora para efectos del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, está claramente determinada por el mismo precepto, que establece a cargo del patrono la obligación de pagar los salarios y prestaciones debidos "a la terminación del contrato".

3. Es manifiesto, en el caso de autos, que el empleado, sin decir si aceptaba o no el monto de su cesantía, tal como le fue liquidada y puesta a su disposición por la empresa, se ausentó de su oficina, sin que por varios días se volviera a saber de él. Luego mal puede entrar en juego el plazo prudencial que reclama el recurrente, plazo que desde luego no puede resultar sino del convenio o acuerdo de las partes.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., diez y nueve de febrero de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Luis Alberto Bravo).

El ciudadano holandés Abrahám Jan Cornelius Brouwer demandó, por medio de apoderado, a "Hein Lehmann & Co. A. G.", sociedad alemana representada en Colombia por el señor Carl Lange, para que fuera condenada a pagarle auxilio de cesantía, preaviso, vacaciones, descanso dominical, horas extras, prima de servicios, indemnización por enfermedad y "salarios caídos".

Relata la demanda que prestó sus servicios a la sociedad a partir del 15 de abril de 1955, por espacio de 11 meses, tiempo durante el cual ejecutó las labores de ingeniero de construcción, como técnico, habiéndosele destinado últimamente a la obra que aquélla adelantaba en el Puente Salgar-Dorada; que su jornada de trabajo era de 10 horas, comprendidas entre las 6½ de la mañana y las 6 de la tarde, con un intervalo de hora y media para tomar el almuerzo; que trabajó los días sábados 8 horas y realizó la misma jornada en cinco días domingos; que devengó un sueldo de $ 1.000.00 moneda colombiana por cada mes de servicio; que el 13 de marzo de 1956 la sociedad rompió unilateralmente el contrato al notificarle, por medio del Ingeniero Encargado de la obra del Puente Salgar-Dorada, señor Thierling, que quedaba cesante; que el médico de la firma empleadora, cuando le practicó el examen de retiro, dictaminó la existencia de una hernia umbilical, la cual fue adquirida al servicio de la compañía; y que ésta se ha negado a reconocerle los salarios y las prestaciones sociales que le adeuda.

Señala, como fundamentos de derecho, los artículos 23, 32, 39, 48, 65, 182, 186, 204, 209 —grupo II, numeral 15—, 218, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, y 5º, 12, 25 y siguientes del Código Procesal del Trabajo.

La sociedad demandada, al contestar la demanda, admitió como cierto que el actor le prestó sus servicios y que devengó un sueldo de $ 1.000.00 mensuales, pero negó los otros hechos. Propuso la "exceptio non adimpleti contractus", consistente en la condición resolutoria

consagrada por el artículo 1609 del Código Civil y la funda en el hecho de que habiendo dejado el demandante de cumplir su obligación, ninguna mora podría existir de parte de la sociedad demandada. Propuso además las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y carencia de causa.

El Juzgado del conocimiento, que lo fue el Primero del Círculo Judicial del Trabajo de Bogotá, condenó a la sociedad demandada a pagar al actor la suma de $ 1.066.66 por salarios caídos; declaró probada la excepción de pago respecto de la petición sobre auxilio de cesantía; absolvió de las demás súplicas de la demanda y no condenó en costas.

Contra esta providencia, el apoderado de la Compañía demandada interpuso el recurso de apelación, el cual fue resuelto por el Superior en el sentido de modificar la condena por concepto de indemnización moratoria para reducirla a la suma de $ 1.033.33, confirmándola en lo demás, sin costas.

Recurrida en casación la sentencia de segunda instancia por el apoderado de la sociedad demandada, concedido y admitido el recurso, va a decidirse previo el estudio de la demanda respectiva. No hubo escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

El recurrente impugna la sentencia para que esta Sala "declare que no es el caso de imponer condena alguna por concepto de los llamados salarios caídos", e invocando la causal primera del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo, formula un solo cargo.

Acusa de violación indirecta, por aplicación indebida, del numeral 1º del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, "a la cual fue conducido el Tribunal por interpretación errónea y aplicación indebida del numeral 2 de la misma norma y por haber incurrido en error de hecho en la apreciación de las pruebas..."

En desarrollo del cargo dice el recurrente que el Tribunal entendió el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo con un rigorismo excesivo que no se compadece con la interpretación jurisprudencial del antiguo Tribunal Supremo, en la que prevaleció el criterio de que la sanción prevista en dicha norma no se aplica inexorablemente, sino que está condicionada a la presencia procesal de una conducta reprochable del patrono, y que como en el caso de autos ese error de conducta no está demostrado, el sentenciador incurrió en equivocada interpretación de la norma por el aspecto en que la aplica.

Por otra parte, afirma que el fallador cometió error de hecho ostensible al dar por demostrado que hubo mora en el pago de la prestación que la compañía demandada le adeudaba al actor, error que provino de estimar que éste, al ausentarse de las oficinas de la compañía, sin decir si aceptaba o no la liquidación respectiva, se negó a recibir lo que se le ofrecía en pago, pues el señor Eugen Fusch, con quien Brouwer trató la cuestión, no representaba a la sociedad sino a los accionistas, dado su carácter de Revisor Fiscal, ni es cierto que Brouwer hubiera rechazado la liquidación sino que simplemente expresó que iría a consultar a la Oficina de Trabajo si la oferta era legal o no, a lo que se agrega que no hay constancia de la fecha en que el demandante se hubiera presentado a las oficinas de Hein Lehmann & Co., esto es, que no existe dato que permita establecer cuándo tuvo lugar la negativa.

Por último, sostiene que para que la consignación prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo sea obligatoria "se requiere que exista desacuerdo respecto al monto de la deuda o que el trabajador se haya negado a recibir; o que, podría agregarse doctrinariamente, no existiendo ninguna de las dos situaciones, hubiera transcurrido un lapso prudencial entre el retiro y la ausencia del trabajador a recibir o rechazar"; y que "no puede saberse si ese lapso prudencial transcurrió o no, porque no se sabe en qué fecha fue que el trabajador estuvo en la oficina del patrono y salió de allí a consultar si lo que le ofrecían era legal o no".

Señala como pruebas dejadas de apreciar, el certificado de la Cámara de Comercio en que aparece que Fusch fue designado Revisor Fiscal, y la declaración de éste mismo, según la cual no hubo rechazo, sino consulta de Brouwer, y que fue él la persona con quien el demandante habló sobre la liquidación del auxilio de cesantía.

SE CONSIDERA:

Reiteradamente ha declarado la jurisprudencia de casación que la técnica de este recurso extraordinario exige que las diversas modalidades de la violación de la ley sustantiva se expresen separadamente.

En el asunto que se estudia, el recurrente involucra en un solo cargo aspectos tan distintos como son la interpretación errónea de la ley y el quebranto indirecto de la misma, a través de errores de hecho.

Ello no obstante, por amplitud y teniendo en cuenta que se cita concretamente la disposición legal que se pretende violada y que se exponen

en forma más o menos clara los conceptos de la infracción alegada, habrá de examinarse la acusación.

El Tribunal fallador motiva así la condena al pago de indemnización moratoria:

"Ahora bien, se halla plenamente demostrado que la sociedad demandada rompió el contrato de trabajo que la ligó con el demandante, el día 13 de marzo de 1956. El artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que todo patrono, a la terminación del contrato laboral, está en la obligación de pagar a sus trabajadores o de consignar, si no hay acuerdo respecto del monto de las deudas o si éstos se niegan a recibir, los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, so pena de pagarles, como indemnización, los denominados salarios caídos. En la contestación a la demanda se lee que la Sociedad demandada reconoció deber al demandante auxilio de cesantía, que este auxilio le fue liquidado y puesto a su disposición, pero que el ex trabajador se ausentó de la oficina sin decir si lo aceptaba o no. "La consignación, dice el artículo 1657 del Código Civil, es el depósito de la cosa que se debe, hecho a virtud de la repugnancia o no comparecencia del acreedor a recibirla". Evidentemente, el hecho relatado por la sociedad demandada, de que se acaba de hacer mención, indica que el demandante repugnó recibir la suma que se le ofreció pagar, por lo cual el camino a seguir debía haber sido el de la consignación inmediata de dicha suma ante autoridad competente, pues, en materia de pago, el incumplimiento del acreedor a recibirlo no genera, para el deudor, la "exceptio non ad impletti contractus", sino la obligación inexcusable de consignar lo adeudado, según lo establecen las normas que se han dejado citadas. La sociedad demandada, en el caso *sub júdice,* no procedió de conformidad, ya que sólo vino a consignar la suma que confesaba deber el 16 de abril siguiente, es decir, un mes y un día después de acaecida la ruptura del contrato de trabajo. Procede, entonces, la condena que se examina por el lapso de mora anotado y con base en el salario establecido de $ 1.000.00 mensuales, lo que arroja un resultado de $ 1.033.33".

Como se ve, el Tribunal fallador, dando por sentado que el trabajador demandante se negó a recibir la suma que el patrono le reconoció y ofreció pagarle por concepto de auxilio de cesantía, estima que la empresa demandada ha debido consignar inmediatamente lo que adeudaba, ante la autoridad competente.

En ello no hizo otra cosa que ceñirse fielmente al ordenamiento del numeral 2 del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, cuyo texto nada ambiguo es como sigue:

"Si no hay acuerdo respecto del monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir, el patrono cumple con sus obligaciones consignando ante el Juez del Trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras que la justicia del trabajo decide la controversia".

No parece, por tanto, que hubiese incurrido en interpretación errónea de la norma legal aplicada al caso.

La jurisprudencia a que alude el recurrente no se refiere a la hipótesis de que el trabajador se niegue a recibir lo que se le ofrece, que es la de autos, y, en consecuencia, no le es aplicable.

En cuanto al error de hecho, agrega, se observa:

La empresa, al contestar la demanda, hizo la siguiente manifestación: "El auxilio de cesantía le fue liquidado y puesto a su disposición, pero el empleado, sin decir si aceptaba o no el correspondiente valor, se ausentó de la oficina en Bogotá, sin que por varios días se volviera a saber de él" (folio 17 del primer cuaderno).

Ahora bien, si se confiesa que la prestación social correspondiente fue liquidada y puesta a disposición del trabajador, ello supone que la operación aritmética y el acto de ofrecimiento se realizaron a nombre de la empresa y por quien tenía facultad o instrucciones de ella para hacerlo. En las instancias no se alegó que el señor Eugen Fusch, de quien se dice que trató con el demandante lo relativo al auxilio de cesantía, no tuviera la representación del patrono, y así resulta que éste es un hecho nuevo, inadmisible en casación. Además, si bien es cierto que el señor Fusch fue designado Revisor Fiscal por la escritura pública número 1.566 del 27 de julio de 1956, que es lo que se deduce del certificado de la Cámara de Comercio que cita el recurrente, no está acreditado que desempeñara ese cargo cuando se despidió al demandante o cuando éste solicitó el pago de su auxilio de cesantía.

La fecha desde la cual se cuenta la mora para efectos del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, está claramente determinada por el mismo precepto, que establece a cargo del patrono la obligación de pagar los salarios y prestaciones debidos "a la terminación del contrato".

Ninguna prueba señala el recurrente en orden a demostrar que entre las partes se entabla-

ron conversaciones amistosas para discutir el posible monto del auxilio de cesantía cuyo pago solicitó el trabajador. Al contrario, la respuesta que dio la empresa en la contestación de la demanda, y en la cual se funda principalmente la decisión del fallador, pone de manifiesto que "el empleado, sin decir si aceptaba o no el correspondiente valor, se ausentó de su oficina en Bogotá, sin que por varios días se volviera a saber de él". Luego ningún fundamento tiene la alegación que hace el recurrente sobre plazo prudencial para el pago, plazo que desde luego no puede resultar sino del convenio o acuerdo de las partes.

Por tanto, la acusación no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto de Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RECLAMACION DE SALARIOS, PRESTACIONES E INDEMNIZACIONES

Defectuosa y por tanto ineficaz acusación contra una sentencia condenatoria. El recurrente (administrador de unas fincas del demandado) estimó que la sentencia del Tribunal se había quedado corta en el reconocimiento de sus derechos.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Si se acusa una sentencia por errores en la apreciación de ciertas pruebas, no pueden involucrarse, en el concepto de violación de la ley, la aplicación indebida y la interpretación errónea, puesto que este último modo de infracción es ajeno a problemas de orden probatorio.

2. Uno de los cargos que se hace en la demanda de casación indica como infringidos los artículos 26 y 27 del Código Sustantivo del Trabajo, normas estas de carácter general directrices de la relación laboral, pero no los concatena con las disposiciones que estatuyen concretamente los derechos individuales de tipo laboral. En estas condiciones el cargo resulta incompleto y, por lo mismo, sin fuerza para desquiciar la decisión recurrida.

3. Ni el ad quem **ni el** a quo **admitieron que la relación laboral hubiera principiado desde 1943. Luego este hecho discutido en el juicio no puede servir de fundamento al recurrente para configurar el concepto de violación directa de la ley, expuesto en los dos últimos cargos de la demanda de casación.**

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., diecinueve de febrero de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Roberto de Zubiría C.).

Ignacio Chávez Velosa demandó, por medio de apoderado, a Rafael E. Díaz García, para que mediante los trámites del juicio ordinario laboral y previa declaración de la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, fuese condenado a pagarle cesantía, vacaciones, primas de servicios, salarios insolutos, salarios caídos y las costas del juicio.

Sostuvo el actor haber trabajado como administrador de las fincas del demandado denominadas "San Antonio" y "El Cortijo"; que entre diciembre de 1943 y el mismo mes de 1945 el demandado sólo le pagó salarios a razón de $ 25.00 mensuales; que entre enero de 1946 y diciembre de 1953 no se le pagó suma alguna por concepto de salarios; que entre febrero de 1954 y noviembre de 1956 el demandado le pagó una remuneración de $ 200.00 mensuales; que por haber reclamado el pago de sus salarios a principios del mes de diciembre de 1956 fue despedido sin motivo justificado; que tampoco se le han cancelado las prestaciones y demás derechos que reclama.

En derecho se citaron las disposiciones pertinentes del Código Sustantivo del Trabajo y las relativas al salario mínimo.

Conoció de la demanda el Juzgado Tercero del Trabajo de Bogotá, el cual ordenó el traslado de rigor. Dentro de la oportunidad procesal, la parte demandada dio contestación al libelo aceptando la existencia de un contrato de trabajo entre el 1º de febrero de 1954 y el 3 de diciembre de 1956, así como la obligación por vacaciones causadas y no disfrutadas; afirmó que el contrato se terminó por renuncia del demandante y negó los demás hechos relatados en la demanda. Propuso la excepción perentoria de prescripción.

El fallo de primera instancia fue dictado el 8 de abril de 1958, cuya parte resolutiva dice:

"1º *Declárase la existencia de un contrato de trabajo* entre demandante y demandado, principiado el 1º de febrero de 1954 y terminado el 3 de diciembre de 1956.

"2º *Condénase* a *Rafael E. Díaz,* a pagar a *Ignacio Chávez Velosa* seis (6) días después de ejecutoriada esta sentencia, las siguientes cantidades:

"a) La suma de diecinueve pesos con noventa y ocho centavos ($ 19.98) por concepto de salarios insolutos;

"b) La suma de quinientos sesenta y siete pesos con setenta centavos ($ 567.70) moneda corriente por concepto de cesantía;

"c) La suma de doscientos pesos ($ 200.00) por concepto de compensación de vacaciones;

"d) La suma de quinientos ochenta y un pesos con cuarenta y cinco centavos ($ 581.45) por concepto de primas de servicio, y

"e) La suma de cuarenta y seis pesos con veintidós centavos ($ 46.22) por concepto de indemnización moratoria.

"3º De la condena anterior se descontará la suma consignada en el Juzgado Séptimo del Trabajo de esta ciudad, o sea la de ochocientos sesenta pesos con veintiséis centavos ($ 860.26), una vez sea retirada por el actor.

"4º *Declárase no probada* la excepción perentoria de prescripción.

"5º *Condénase* a la parte demandada a pagar el veinticinco por ciento (25%) de las costas".

Contra la decisión anterior interpusieron recurso de apelación ambas partes contendientes. Correspondió resolverlo al Tribunal Superior de Bogotá —Sala Laboral—, mediante sentencia de mayo 16 de 1958, en que se dispuso lo siguiente:

"*Primero. Confírmanse* los numerales *primero, tercero, cuarto* y *quinto* de la parte resolutiva del fallo apelado.

"*Segundo. Modifícase* el numeral *segundo* de la parte resolutiva del mismo fallo, el cual quedará así: '*Condénase* al señor *Rafael E. Díaz García,* con C. de C. número 14448 de Bogotá, a pagar al señor *Ignacio Chávez Velosa* dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia las siguientes sumas de dinero:

"a) *Veinte pesos* ($ 20.00) moneda legal, por concepto de salarios insolutos;

"b) *Quinientos sesenta y ocho pesos con treinta y tres centavos* ($ 568.33) moneda legal, por auxilio de cesantía;

"c) *Doscientos pesos* ($ 200.00) moneda legal, por concepto de vacaciones causadas y no disfrutadas;

"d) *Cuatrocientos cincuenta y un pesos con sesenta y seis centavos* ($ 451.66) moneda legal, por primas de servicio, y

"e) *Cuarenta y seis pesos con sesenta y seis centavos* ($ 46.66) moneda legal, por concepto de indemnización moratoria.

"*Tercero. Sin costas* en la segunda instancia".

El fallo de segunda instancia fue recurrido en casación por el apoderado de la parte demandante. El *ad-quem* concedió el recurso. La Corte lo ha admitido y tramitado en legal forma. Corresponde, pues, decidirlo, previo el examen del escrito con que se sustenta y del alegato de réplica.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

El *petitum* del recurrente se halla al final de la sustentación del recurso y en él se pide "se case el fallo aludido y se condene, en su lugar, al demandado a lo siguiente: a) al pago de los salarios adeudados; b) al pago de la cesantía durante el tiempo del contrato; c) al pago de las primas y vacaciones dejadas de pagar; d) al pago de los salarios caídos y no en la forma dicha en el fallo, y e) a las costas totales del juicio".

Cargos.

El impugnador presenta cinco cargos. Como todos presentan similar defecto, que le resta eficacia para quebrantar la decisión recurrida, la Sala los analiza en forma conjunta.

Primero.

Se enuncia en estos términos:

"Se cometió por el fallador una equivocación en la no apreciación de determinadas pruebas, lo mismo que al apreciar determinadas, obtuvo conclusiones que no concuerdan con la realidad procesal. Veámoslo:" Luégo enumera las prue-

bas fundamento del cargo y concluye: "Por la omisión ya anotada en la apreciación de pruebas, se violaron o aplicaron indebidamente, o fue su interpretación errónea la de los artículos 24, 27, 23, 21, 144 y 145 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 66 del Código Civil".

Segundo.

Dice como sigue:

"En cuanto a los elementos que valieron para el juzgador y no hacer las condenaciones pedidas en cuanto al pago de salarios debidos, fueron: a) las declaraciones rendidas por los señores Antonio José Jaramillo y José Mejía Salazar (folios 143 y 182), pruebas éstas presentadas por la parte demandada; b) las rendidas por María Mercedes vda. de Rodríguez (folio 121), Alvaro Bernal Gutiérrez (folio 124) y Aníbal Rosas Granados (folio 141), testimonios que allega la parte demandante; c) el informe pericial ya mencionado".

Después de analizar las citadas pruebas, el recurrente concreta la infracción legal en esta forma: "De ahí, debe llegarsè, como en efecto se llega, a manifestar que se han violado disposiciones legales sustantivas acreditadas en los artículos 7º, 8º, 9º, 10, 11, 16 del C. S. (sic), violaciones directas de la ley, lo mismo que se viola el art. 1524 del C. C."

Tercero.

Comienza de este modo:

"No admitiéndose, como no debe admitirse, las concesiones que los consocios le hacían a Díaz para utilizar los servicios de Chávez V. y estando demostrado la autorización para prestar trabajos, debe lógicamente concluírse la coexistencia de contratos de que habla el art. 26 del C. S. habiéndose violado esta norma por el fallador al darle una aplicación indebida o una interpretación errónea por cuanto la misma prueba por él presentada está concluyendo que la coexistencia existió con la debida aprobación de todas las partes, al igual que se demuestra el tiempo de servicio, la no remuneración y la continuada dependencia existente entre las partes".

Y agrega el impugnador:

"De ahí que se acuse el fallo por la interpretación errónea que se hace del artículo 26 ya mencionado. Y al existir la coexistencia se entiende también de que todo trabajo debe ser remunerado, lo cual se viola directamente también el artículo 27 del C. S. del T.".

"Tenemos entonces que las pruebas omitidas y las analizadas en el fallo inciden todas ellas a demostrar el error de hecho y por consiguiente los errores en derecho ya mencionados".

Cuarto y quinto.

Dicen textualmente:

"Al admitirse la relación permanente establecida entre las personas actuantes en este proceso, relación que principia en el año de 1943 y termina en el año de 1956, al ordenarse que es admisible la relación, encontramos, si ello fuere posible, que entonces, para efectos de un fallo justo, se han violado directamente las normas estatuídas en los arts. 249, 253 del C. S. por cuanto para la base de la liquidación de la cesantía debe tenerse en consideración todo el tiempo de servicio, es decir a partir del año de 1943 hasta el año de 1956 y como norma para la liquidación se tomará la base del inciso segundo del dicho art. 253".

"Igualmente, si se establece la relación en el tiempo mencionado en el punto anterior, se llega a la conclusión determinante de que por causa de haber sufrido engaño el trabajador al no pagársele o no querer arreglársele el valor de los salarios adeudados, se violó en la providencia aludida los siguientes artículos del C. S. del T. así: el inciso 1º del aparte B del art. 62, el 64 y 65 del mismo, debiéndose modificar la parte resolutiva del fallo de acuerdo con las estipulaciones establecidas en los artículos violados, y toda vez que la renuncia del trabajador de que se habla en el folio 12 se debió a causa justificada por el no reconocimiento. Y aquí nos encontramos ante una violación directa de la ley".

SE EXAMINAN LOS CARGOS

Es necesario recordar que toda demanda de casación para que sea viable requiere que reúna los requisitos establecidos en el artículo 90 del Código de Procedimiento Laboral, esto es, la designación de las partes, la indicación de la sentencia impugnada, la relación sintética de los hechos en litigio, la declaración del alcance de la impugnación y la expresión de los motivos de casación.

No debe perderse de vista también que las causales o motivos de casación son inconfundibles pues cada uno tiene características y fisonomía propias.

Primer cargo.

Dentro del orden de ideas expuesto, se aprecia que la acusación inicial trata de errores en la apreciación de ciertas pruebas y al expresar el concepto de la violación legal habla de aplicación indebida o interpretación errónea. Como se ve, se involucran en un mismo cargo la aplicación indebida y la interpretación errónea, lo cual no es admisible dentro de la técnica del recurso extraordinario, ya que reiteradamente se ha sostenido que el concepto de interpretación errónea de la ley es ajeno a problemas de orden probatorio. Por lo mismo, el cargo no es atendible.

Segundo cargo.

Incurre en yerro semejante al que se acaba de estudiar. Esto es, plantea errores en la valoración de pruebas y luégo manifiesta que hubo violación directa de normas sustantivas laborales. También es uniforme la jurisprudencia laboral en el sentido de que el concepto de violación directa de la ley es extraño a situaciones probatorias discutidas en el proceso. Por consiguiente, el cargo es ineficaz para destruír la sentencia impugnada. Y no sobra advertir que la acusación no señala como violadas normas consagratorias de derechos prestacionales. Igual omisión se observa en el primer cargo.

Tercer cargo.

Indica como infringidos los artículos 26 y 27 del Código Sustantivo del Trabajo. El primero trata de la coexistencia de contratos de trabajo y el segundo de la remuneración del trabajo dependiente. Constituyen fundamentalmente preceptos de carácter general, normas directrices de la relación laboral. Cuando surge algún conflicto jurídico que tenga puntos de contacto con ellos es necesario concatenarlos con las disposiciones que estatuyen concretamente los derechos individuales de tipo laboral. Se observa, pues, que el cargo resulta incompleto y, por lo mismo, sin fuerza para desquiciar la decisión recurrida.

Cuarto y quinto cargos.

Se examinan en conjunto:

Como lo anota el opositor, no dice el recurrente en qué causal de casación fundamenta estos cargos. Además, en ambos parte de una base de hecho no aceptada por el Tribunal, o sea, la de que la relación contractual entre las partes se inicia en el año de 1943 y concluye en 1956. Ni el *ad quem* ni el *a quo* han admitido que la relación laboral principió en 1943. Luego el recurrente parte de un hecho discutido en el juicio que, por lo mismo, no puede servir de fundamento para configurar el concepto de violación directa de la ley expuesto en ambos cargos. Lo dicho es suficiente para demostrar que las acusaciones no son atendibles.

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 ley, NO CASA la sentencia acusada.

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.

PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACION MORATORIA

No prosperan los cargos hechos contra la sentencia que condenó a una empresa siderúrgica a pagar lucro cesante, prima de servicios e indemnización moratoria. Alegó la empresa recurrente haber tenido motivo justificado para despedir al trabajador.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Sería absurdo que al patrono se le permitiese imputar arbitrariamente un hecho criminoso a determinado trabajador con el fin de despedirlo, y que luégo, con miras a justificar su actitud, exija que el incriminado presente auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria, cuando ni siquiera aquél ha suministrado a las autoridades los datos que puedan servir para iniciar un sumario.

2. Géneralmente se entiende por acto subversivo el que tiende a trastornar o destruír el orden público, referido al régimen constitucional y a la seguridad del Estado. Dentro de esta clase de actos están comprendidos, por ejemplo, la rebelión, la sedición y la asonada, erigidos en delitos por el derecho positivo colombiano.

3. El simple hecho de que cualquiera autoridad realice investigaciones sobre el comportamiento de un ciudadano que al propio tiempo es trabajador, no autoriza la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del patrono.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veinte de febrero de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Luis Alberto Bravo).

Carlos Iván Espitia, por conducto de apoderado, demandó a la empresa denominada "Acerías Paz del Río, S. A.", representada por su Gerente, para que se le condenara a pagarle lucro cesante, el recargo correspondiente a trabajo nocturno, prima de servicios proporcional al tiempo servido en el primer semestre de 1954, tratamiento médico, quirúrgico y hospitalario hasta por seis meses, auxilio monetario por enfermedad no profesional durante el tiempo en que estuvo incapacitado para trabajar a consecuencia de hernia adquirida al servicio de la demandada, indemnización moratoria y las costas en caso de oposición.

Dijo en su demanda que prestó sus servicios en las instalaciones de la empresa, situadas en Belencito, como tornero de primera en el taller de mecánica general, desde el 24 de julio de 1953 hasta el 29 de abril de 1954, o sea durante 9 meses y 5 días, en virtud de contrato de trabajo celebrado por escrito, sin duración determinada; que el último sueldo devengado fue de $ 15.00 diarios; que la demandada rompió unilateralmente y sin previo aviso el referido contrato, alegando como causal para el despido "el reparto de propaganda subversiva contra la empresa", imputación esta que no logró demostrar y respecto de la cual las autoridades militares no hallaron prueba alguna, ya que en realidad el hecho imputado no existió; que el trabajo nocturno, realizado dentro de su jornada ordinaria, se le remuneró con el salario asignado al salario diurno; que al ser retirado de la empresa no se le canceló la prima de servicios correspondiente al primer semestre de 1954, en proporción al tiempo efectivamente laborado, que pasó de tres meses; que al ser despedido presentaba una lesión herniaria adquirida al servicio de la empresa, pues al ingresar a ésta se le hizo examen médico cuyo resultado no comprobó la existencia de tal lesión, y que no se le practicó examen médico de retiro ni se le dio certificado de servi-

cio, a pesar de que lo solicitó y de que estuvo dispuesto al examen.

Fundó su derecho en los artículos 47, 168, 227, 277, 306, 65 y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo.

Al contestar la demanda, la empresa manifestó, en relación con los hechos principales, que tuvo motivo justificado para despedir al demandante; que sí comprobó que éste había cometido graves faltas; que nada le adeuda por concepto de salarios; que no le pagó prima proporcional de servicios por estimar que el despido obedeció a justa causa; que no tiene conocimiento de hernias adquiridas por el actor en el servicio y que quizá el demandante no solicitó en la oportunidad el examen médico de retiro, examen que la demandada no le niega a ningún trabajador. En cuanto a los demás hechos, dijo atenerse a lo que se demostrara en el juicio.

El Juzgado del conocimiento, que lo fue el Quinto del Círculo Judicial del Trabajo de Bogotá, condenó a la entidad demandada a pagar al actor $ 1.260.00 a título de indemnización por el tiempo faltante para cumplirse el plazo presuntivo del contrato de trabajo; $ 148.75 por concepto de la prima proporcional de servicios correspondiente al primer semestre de 1954 y la suma de $ 15.00 diarios, contados desde el 30 de abril de 1954 hasta el día en que se compruebe el pago de la prestación debida, por la no cancelación oportuna de ella. Absolvió a la empresa de los demás cargos y la condenó al 50% de las costas del juicio.

El apoderado de la empresa demandada interpuso contra esta providencia el recurso de apelación para ante el respectivo superior, que la confirmó en todas sus partes y condenó en costas al apelante.

Recurrió en casación el mismo apoderado de la empresa. Concedido el recurso, admitido y tramitado debidamente, va a decidirse, previo el estudio de la demanda correspondiente y del escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Pretende el recurrente que se case totalmente el fallo de segunda instancia, en cuanto por él se condenó a la empresa demandada a pagar a favor del demandante el lucro cesante, la prima de servicios y los salarios caídos por razón de la terminación del contrato que vinculó a las partes.

Invocando el numeral primero del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo, formula cuatro cargos.

Primer cargo.

Acusa de violación directa del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida del mismo.

Sostiene que se aplicó dicho precepto a una situación no regulada por él, y al efecto anota que la sentencia acusada confirma la del *a-quo* en lo relativo a "salarios caídos", por la sola consideración "de que la imputación que se le hizo al demandante para despedirlo es, a todas luces temeraria, porque, en el orden jurídico no es posible que se reparta propaganda subversiva contra una empresa de carácter privado", esto es, que deriva la condena de una causa no prevista en la ley, la cual se refiere únicamente a la falta de pago oportuno de los salarios y prestaciones debidos por el empleador.

Se estudia el cargo:

Como lo apunta el opositor, el recurrente mutiló el razonamiento de la sentencia de segundo grado que, en realidad, sobre este punto expresa lo siguiente: "Que la (condena) por concepto de salarios caídos también se debe confirmar si se toma razón de que la imputación que se le hizo al demandante para despedirlo es, a todas luces, temeraria, porque, en el orden jurídico, no es posible que se reparta propaganda subversiva contra una empresa de carácter privado, y, entonces, resulta plenamente injustificado que la demandada se hubiese abstenido de pagar la prestación social a que se acaba de hacer referencia". (Se trata de la prima proporcional de servicios del primer semestre de 1954).

El artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en su numeral primero, dice:

"Si a la terminación del contrato, el patrono no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo".

En el caso de autos, el fallador da por sentado que la empresa demandada se abstuvo de pagar al trabajador, a la terminación del contrato, una prestación que le adeudaba y encuentra injustificada tal renuencia, ya que la imputación que le hizo para despedirlo carecía de base jurídica. Luego es evidente que aplicó la norma a una hipótesis en ella contemplada.

Por tanto, el cargo no prospera.

Segundo cargo.

Infracción indirecta del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el 306, ibídem, debido a error de hecho consistente en la falta de apreciación de algunas pruebas. Al respecto singulariza las siguientes:

1. Demanda, hecho d) en que se afirma que "las autoridades militares que conocieron del caso" (folio 3), aceptando así que sí hubo un hecho sometido al conocimiento de la justicia;

2. Nota de despido (folio 7) en que se le notifica al trabajador la causal que motiva la ruptura del contrato;

3. Constancia expedida por el Ayudante del Comando de la Primera Brigada, que hace referencia a los cargos formulados contra el demandante (folio 9);

4. Certificación del Auditor de la Primera Brigada, en donde consta que Espitia fue detenido por el Sic y puesto a disposición de la Auditoría (folio 10);

5. Transcripción del oficio visible al folio 25, y

6. Posiciones, respuestas, a los hechos 5º y 7º del pliego presentado por la Empresa, en donde consta que el demandante mismo presentó los documentos originales o copias de los que obran en autos y que se han relacionado.

Afirma el recurrente que de las pruebas mencionadas aparece en forma incontrovertible, "que el actor sí tuvo que ver con la justicia por hechos punibles", y que en consecuencia la Empresa, al despedirlo, adujo justa causa para hacerlo y se ciñó a la disposición del artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, que le permitía desconocerle al trabajador el valor proporcional de la prima de servicio, de todo lo cual infiere que la empresa obró de buena fe.

Finalmente agrega que el trabajador no trajo a los autos prueba idónea de que la justicia penal lo haya declarado no responsable de los cargos que se le hicieron, y que mientras no demuestre con un auto de sobreseimiento temporal o definitivo o una sentencia absolutoria que está exento de responsabilidad o que el hecho no se cometió, "la empresa goza de una presunción a favor de haber obrado con justa causa originada en requerimiento de autoridad competente".

El opositor óbserva, en primer término, que la causal que invoca el recurrente es distinta de la que manifestó la parte demandada en el momento de efectuar el despido, ya que ésta se hizo consistir en "repartir propaganda subversiva contra la empresa", y anota, además, que a cargo del patrono corre la prueba de que la causal alegada para el despido fue justa, prueba que no se allegó al proceso, y que, por otra parte, en la enumeración de los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo, que tratan de las causas de terminación unilateral del contrato de trabajo, no figura la de que el trabajador tenga que ver con la justicia por hechos punibles, a no ser que haya mediado detención preventiva por más de 30 días o arresto correccional que sea de 8 días o aun por tiempo menor, cuando la causa de la sanción sea suficiente por sí misma para justificar la extinción del contrato.

En cuanto al supuesto reparto de la propaganda subversiva, comenta el opositor que si se le asimilara al hecho previsto en el numeral 6º del artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo, sólo hubiera podido alegarse como causal de despido en caso de haberse realizado en el lugar de trabajo, y ocurre que la empresa ha afirmado que el demandante repartió las publicaciones subversivas desde su casa de habitación.

Se considera:

El texto de las pruebas que cita el recurrente es como sigue:

Hecho d) de la demanda: "Ni por parte de las autoridades militares que conocieron del caso ni por la propia empresa se logró demostrar la existencia de la causal invocada para el despido, pues en realidad no existió nunca reparto de propaganda subversiva ni de otra clase por parte de mi mandante" (folio 3 del C. Principal).

Nota de Despido. "Abril 29 de 1954. Señor Carlos Iván Espitia. Ficha número 1692. MEC. General. Por medio de la presente me permito comunicarle que la empresa ha resuelto prescindir de sus servicios a partir de la fecha, por repartir propaganda subersiva (sic) contra la empresa. Sírvase pasar por la oficina de personal y Caja por las prestaciones sociales a que tenga derecho. Atentamente, Alvaro Caicedo Valderrama, Jefe de Personal. (folio 7 C. Principal).

Constancia del Ayudante del Comando del Batallón de Artillería número 1 Tarqui. "Fuerzas Armadas de Colombia. Ejército Nacional. Primera Brigada. Batallón de Artillería número 1 'Tarqui'. Sogamoso, octubre 5 de 1954. El suscrito ayudante del Comando del Batallón de Artillería número 1 Tarqui, HACE CONSTAR: Que de acuerdo con documentos que reposan en el Archivo de la Ayudantía del Comando del

Batallón, el señor Mayor Hernando Currea Cubides en oficio número 01739 de fecha mayo seis del presente año, dirigido a la Superintendencia de la Empresa Nacional de Paz del Río, informó que el señor Carlos Iván Espitia Alvarez, cédula de ciudadanía número 3448721 de Medellín, no era responsable de acuerdo con averiguaciones hechas de cargos que se les formulaba. (Firmado) *C. Antonio Rico Eslava,* Ayudante Comando''. (folio 9, C. Principal).

Oficio del Comando del Batallón de Artillería número 1 ''Tarqui''. (Transcripción). ''Sogamoso, marzo 28 de 1955. Señor Roberto Hernández. Juzgado Quinto del Trabajo. Bogotá. Conforme a solicitud de ese Juzgado en Oficio número 170 de fecha 23 de los corrientes a continuación me permito transcribir el oficio número 01739 de fecha 6 de mayo de 1954, dirigido por este Comando al Superintendente de la Empresa Siderúrgica Paz de Río. 'Sogamoso, mayo 6 de 1954. NR. 01739. AY/749. ASUNTO: Conducta dos civiles. Al: señor doctor Superintendente de la Empresa Siderúrgica Paz de Río. Belencito. De acuerdo con comunicación del Comando de la Primera Brigada, quedó plenamente establecido de que los señores Carlos Iván Espitia Alvarez y Arsecio Baquero Sánchez, no tienen asuntos pendientes con la Justicia y considero de que se les debe recibir nuevamente en la Empresa, ocupando los empleos que antes tenían de acuerdo con disposiciones sobre la materia. (Fdo.) Mayor *Hernando Currea Cubides,* Comandante Batallón'. (Firmado) Mayor *Alberto Hauzeur Laverde,* Comandante Batallón Encargado''. (Fol. 25).

Pliego de posiciones presentado por la Empresa. Hecho 5º. Pregunta: ''Diga, el absolvente, ¿cómo es cierto, sí o no, que se dirigió verbalmente ante la Secretaría de la Superintendencia, al señor Arturo Acosta, solicitando que lo reintegraran?'' Respuesta: ''Sí es cierto y aclaro: Sí fui a la Secretaría de la Superintendencia, llevando unos documentos del Batallón Tarqui en Sogamoso, en los cuales se comprobaba que era inocente y por cierto que en las oficinas de la Secretaría de la Superintendencia la Policía de Belencito me golpeó fuertemente rompiéndome la dentadura y varios golpes más, tratando de quitarme los papeles que portaba y me volvieron a llevar a la cárcel y por orden del Mayor Currea me soltaron nuevamente; después de esto me fui para Venezuela. Antes de salir para Venezuela estuve en el Estado Mayor del Ejército donde el General Calderón Reyes, el cual le ordenó al Coronel Santoya por teléfono que me atendiera inmediatamente y me enviara a trabajar a la Siderúrgica, después de que yo mostré los papeles que llevaba del Batallón Tarqui comprobando mi inocencia, el Coronel Santoyo se quedó con los papeles y no me mandó a trabajar; en vista de esto me fui para Venezuela''. Hecho 7º. ''Diga el absolvente, ¿cómo es cierto, sí o no, que pasó por las oficinas encargadas de dar las boletas para el examen médico de retiro de la Empresa?'' Respuesta: ''No es cierto y aclaro: Yo pedía muchas veces el examen médico, cosa que la compañía me lo negó (el señor Acosta) inclusive no me dejaban entrar a dicha compañía y solamente entré un día para llevar los documentos de que hablé anteriormente y fui golpeado fuertemente por la policía de la compañía; la cesantía me la enviaron a Sogamoso, a la Inspección del Trabajo''. (folio 71).

El Tribunal fallador da por establecido que el actor Carlos Iván Espitia fue despedido por la empresa sin justa causa, puesto que la imputación que le hizo es, a su juicio, temeraria, ''porque, en el orden jurídico, no es posible que se reparta propaganda subversiva contra una empresa de carácter privado''.

Estima la Sala que este soporte del fallo no resulta desvirtuado por las pruebas que enumera el recurrente y que se han transcrito en su integridad, para la más cabal apreciación del cargo. Este, en síntesis, pretende la demostración de que Espitia fue ''reclamado'' o requerido por las autoridades del Sic y las Militares y que ''tuvo que ver con la justicia por hechos punibles''. Mas, ocurre que no está comprobado, de una parte, que aquellas hubiesen solicitado a la empresa la presentación o entrega o comparecencia del señor Espitia, y de otra, que no fue precisamente el hecho abstracto de haber tenido que ver con la justicia el que invocó la empresa para el despido, sino, en forma muy concreta, el de repartir propaganda subversiva contra la misma, lo que ciertamente es distinto.

Además, de los propios documentos que cita el recurrente aparece que los cargos formulados contra el señor Espitia carecían de fundamento, y siendo así, es obvio que no se podía adelantar contra él ningún procedimiento de carácter penal dentro del cual se produjesen autos o sentencias. A ello se agrega que, de acuerdo con principios elementales, la carga de la prueba en casos como el de autos pesaba sobre la empresa y no sobre el demandante. Sería absurdo que al patrono se le permitiese imputar arbitrariamente un hecho criminoso a determinado trabajador con el fin de despedirlo, y que luégo, con miras a justificar su actitud, exija que el incriminado

presente auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria, cuando ni siquiera aquél ha suministrado a las autoridades los datos que puedan servir para iniciar un sumario.

No habiendo demostrado el recurrente el error de hecho de que trata el cargo, éste debe rechazarse.

Tercer cargo.

Lo formula como subsidiario, por violación indirecta del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el artículo 1º de la Ley 45 de 1947, por apreciación errónea de la prueba contenida en la nota de despido (folio 7) y en el hecho c) de la demanda y su contestación (folios 13 y 14).

Insiste el recurrente en sostener que el fallador, para confirmar la condena por salarios caídos, adujo como única razón la de que el despido era temerario, lo cual en su concepto, no sirve de base a la referida condena porque ésta, conforme al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, sólo se origina en el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales. En cuanto a la tesis del Tribunal, según la cual "en el orden jurídico, no es posible que se reparta propaganda subversiva contra una empresa de carácter privado", dice que no es exacta ni jurídica, en primer lugar porque desde el año de 1949 el orden público del país está alterado por razón del estado de sitio, y en segundo, porque cualquier acto de subversión en el campo político o económico puede encaminarse contra el Estado o contra empresas particulares. Añade que pueden presentarse actos subversivos en entidades privadas cuando éstas juegan un papel definitivo en la economía del país por razón de su capital u objeto, como es el caso de la entidad demandada, pues dichos actos refluyen en mayor o menor grado sobre la economía y la política estatales. Anota, por último, que en la época en que sucedieron los hechos de que trata la demanda, la empresa demandada tenía carácter semi-oficial, a la cual estaban vinculados el Estado y la gran mayoría de los colombianos. Al efecto transcribe el artículo 1º de la Ley 45 de 1947 que dice: "Créase la empresa Siderúrgica Nacional de Paz de Río, con personería jurídica autónoma como institución semi-oficial, quedando facultado el Gobierno para transformarla en empresa oficial, si no concurriere a su financiación el capital privado nacional o extranjero".

Se considera:

Generalmente se entiende por acto subversivo el que tiende a trastornar o destruír el orden público, referido al régimen constitucional y a la seguridad del Estado. Dentro de esta clase de actos están comprendidos, por ejemplo, la rebelión, la sedición y la asonada, erigidos en delitos por el Derecho Positivo Colombiano.

Las pruebas que menciona el recurrente no demuestran que el actor hubiese incitado, mediante la propaganda, a la ejecución de alguno de esos actos subversivos. Tampoco se infiere de ellas que se tratase de un delito contra la economía nacional.

Ahorá bien: es verdad que el artículo 1º de la ley 45 de 1947 le da a la Empresa Siderúrgica Nacional de Paz de Río carácter semi-oficial, pero no la convierte en organismo esencial del Estado ni inviste a sus directores del carácter de representantes del pueblo o de funcionarios públicos con jurisdicción y mando.

Siendo así, el hecho que se le imputó por la entidad demandada al trabajador, o sea, el de "repartir propaganda subversiva contra la empresa", no era viable jurídicamente, como lo anota el fallador, y por tanto, no existiendo motivo justificado para que la empresa se abstuviera de pagar la prima proporcional de servicios reclamada por el actor, la condena a indemnización por falta de pago oportuno de dicha prestación, debe mantenerse.

Se rechaza el cargo.

Cuarto cargo.

Acusa por violación indirecta del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, originada en la falta de apreciación de las mismas pruebas singularizadas en el cargo segundo.

En desarrollo de la acusación dice el recurrente que esas pruebas (demanda, documentales, posiciones) demuestran que el demandante estuvo a órdenes de la justicia por imputación de actos atentatorios contra el orden público, en razón de lo cual la empresa procedió a despedirlo, y que no apareciendo dentro del juicio la prueba idónea de que el ilícito no se hubiera cometido y de que el actor estuviera libre de responsabilidad, se ha violado el artículo 64 citado, al considerar que la ruptura unilateral del contrato careció de justa causa, conclusión a la que no hubiera llegado el sentenciador si hubiese apreciado las referidas pruebas.

Se considera:

De las pruebas a que alude el recurrente se deduce que la única imputación delictiva hecha al demandante es la contenida en la nota de despido de la empresa, imputación que versa

sobre un delito político, imposible de cometerse contra una empresa comercial, ya sea oficial o semi-oficial. Y si esa imputación precedió cronológicamente, como parece, a las averiguaciones hechas por las autoridades de policía y militares en relación con el señor Espitia, es absolutamente ilógico pretender que fueron tales averiguaciones las que sirvieron de pretexto a la empresa para despedirlo, aparte de que el simple hecho de que cualquiera autoridad realice investigaciones sobre el comportamiento de un ciudadano que al propio tiempo es trabajador, no autoriza la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del patrono.

De los demás aspectos del cargo ya se ocupó esta Sala al examinar el segundo.

Así, pues, no estando demostrado el error de hecho que alega el recurrente, su acusación contra el fallo recurrido no puede prosperar.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

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, Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez, José Gregorio Díaz-Granados, Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACION MORATORIA

No se casa la sentencia que condenó a una sociedad extractora de carbón mineral a pagar a los herederos de un trabajador varias cantidades de dinero por razón de prestaciones y de indemnización moratoria. La acusación incurrió en graves defectos de forma y de fondo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veintisiete de febrero de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Luis Alberto Bravo).

Rita Sánchez v. de Beleño, Hernando, Mariela, Ana Rita y *Carlos Alberto Beleño Sánchez,* en su condición de cónyuge sobreviviente e hijos legítimos de Enrique Beleño, en su orden, demandaron por conducto de apoderado, a la sociedad *"Carboneras San Francisco Muñoz y Aldana, Ltda.",* para que fuera condenada a pagarles auxilio de cesantía, vacaciones, seguro de vida, indemnización moratoria, prima de servicios, remuneración de trabajo en días domingos y de fiesta, gastos de enfermedad y entierro del causante, más las costas del juicio.

Se afirma en la demanda que Enrique Beleño, en virtud de contrato de trabajo verbal, prestó sus servicios a la sociedad demandada en la extracción de carbón mineral, con una remuneración de $ 5.00 diarios, desde el 20 de enero de 1943 hasta el 25 de septiembre de 1953; que a partir de esta última fecha dejó de concurrir al trabajo por causa de enfermedad; que la sociedad no le prestó los servicios médicos a que tenía derecho, no obstante haberlos solicitado, y que no le pagó los salarios y prestaciones a que se refiere la demanda.

Fundó su derecho en las Leyes 6ª de 1945 y 64 de 1946 y en los artículos 249, 306, 186, 171, 177, 65, 289, 298 y demás pertinentes del Código Sustantivo del Trabajo.

La empresa, al contestar la demanda, negó los hechos principales de ésta, manifestó que se oponía a las peticiones de la misma y propuso las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, prescripción y las demás que resultaran probadas en el juicio.

El Juzgado del conocimiento, que lo fue el Séptimo del Trabajo del Círculo Judicial de Bogotá, en su fallo declaró no probadas las excepciones perentorias propuestas por la empresa y la condenó a pagar lo siguiente:

"a) Ciento siete pesos con siete centavos ($ 107.07) por concepto de *Cesantía;* b) Cuarenta y ocho pesos con noventa y ocho centavos ($ 48.98) por *Prima de Servicio;* c) Ciento dos pesos con veintiséis centavos ($ 102.26) por *Dominicales;* d) Cinco mil diecinueve pesos con noventa y ocho centavos ($ 5.019.98), como indemnización moratoria correspondiente al primer contrato, o sea el valor de los salarios del tiempo comprendido entre el 27 de julio de 1952 y el 5 de noviembre de 1956, a razón de $ 3.22 diarios; e) Seis mil doscientos dieciocho pesos con noventa y cuatro centavos ($ 6.218.94), como indemnización moratoria correspondiente al segundo contrato, o sea el valor de los salarios del tiempo comprendido entre el 28 de diciembre de 1952 y el 5 de noviembre de 1956, a razón de $ 4.42 diarios; f) Siete mil ciento setenta y tres pesos con ochenta y un centavos ($ 7.173.81), como indemnización moratoria correspondiente al tercer contrato, o sea el valor de los salarios comprendidos entre el 22 de febrero de 1953 y el 5 de noviembre de 1956, a razón de $ 5.31 diarios; g) Seis mil doscientos veintiún pesos con noventa y un centavos ($ 6.221.91), como indemnización moratoria correspondiente al cuarto contrato, o sea el valor de los salarios comprendidos entre el 22 de marzo de 1953 y el 5 de noviembre de 1956, a razón de $ 4.71 diarios; y las costas del juicio".

La parte demandada apeló de la sentencia de primer grado, y el recurso fue desatado por el Superior, así:

"*Primero. Revócase* el numeral segundo de la parte resolutiva del fallo apelado y en su lugar *condénase* a la sociedad "Carboneras San Francisco Muñoz Cía. Aldana Ltda.", representada por su gerente Aldana Gómez a pagar a Rita Sánchez v. de Beleño, Hernando, Mariela, Ana Rita y Carlos Alberto Beleño Sánchez, en su calidad de cónyuge supértite la primera, y de hijos legítimos los restantes, de Enrique Beleño, las siguientes cantidades de dinero:

"a) Ciento tres pesos con cincuenta y cinco centavos moneda legal ($ 103.55) por concepto de auxilio de cesantía;

"b) Cuarenta y cuatro pesos con setenta y tres centavos moneda legal ($ 44.73) por concepto de primas de servicio;

"c) Tres mil ochocientos noventa y cuatro pesos con cincuenta y nueve centavos ($ 3.894.59) moneda legal, por concepto de salarios caídos causados desde el 22 de marzo de 1953 al 5 de noviembre de 1956, a razón de $ 4.13 diarios;

"*Segundo. Absuélvese* de las demás peticione de la demanda;

"*Tercero. Confírmanse* los numerales primero, tercero de la parte resolutiva del fallo apelado, y

"*Cuarto.* Sin costas en la segunda instancia".

Contra esta sentencia recurrió en casación la parte demandada. Concedido el recurso, admitido y tramitado legalmente, va a decidirse, previo el estudio de la demanda respectiva. No hubo escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Pretende el recurrente que se case el fallo impugnado y que, constituída la Corte en Tribunal de Instancia, se revoque y se absuelva a la demandada de la condena al pago de indemnización moratoria.

Sin invocar la causal correspondiente, formula un solo cargo en el cual acusa la sentencia de segundo grado de violar en forma directa, por interpretación errónea, el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Sostiene el recurrente que, dada la reciprocidad de obligaciones, el amparo legal que establece el citado texto en favor del trabajador, exige que éste, al terminar el contrato, se presente a recibir o por lo menos manifieste su rechazo al pago, para que el patrono pueda tomar las medidas defensivas de sus intereses contra las consecuencias del no pago, y que, por tanto, si, por cualquier circunstancia, se ignora que el trabajador se ha retirado definitivamente, no hay lugar a la indemnización moratoria, pues de otra manera se propiciaría el enriquecimiento injusto del acreedor. Agrega que mientras no se compruebe el hecho constitutivo de la infracción legal, no se puede condenar al patrono, y que, además, como la indemnización implica necesariamente el resarcimiento de un daño causado, también es necesario demostrar ese daño.

Refiriéndose al caso de autos, afirma el recurrente que el ex-trabajador nunca se presentó a recibir, y que ni siquiera supo la empresa que hubiese dado por terminado el contrato de trabajo o si apenas lo había interrumpido para reanudar su ejecución posteriormente, como lo había hecho en otras ocasiones. Menciona al efecto el dictamen pericial, de folios 72 a 76 y 80 a 81. Dice que tal duda no vino a despejarse sino al fallecimiento del señor Enrique Beleño, hecho que tuvo lugar el 10 de octubre de 1953 (folio 7). Anota que una vez definida así la situación, la empresa no tenía a quién pagar, mientras los herederos no acreditaran su personería en la forma legal, y esto sólo respecto de las prestaciones, pues en cuanto a "salarios caídos", considera que fallecido el trabajador "mal puede operar o hacerse efectiva una indemnización que está consagrada *intuitu personae,* es decir, para el trabajador y no para sus causahabientes".

Se considera:

El cargo, que plantea una violación directa por entendimiento equivocado de la ley, no se ciñe a la técnica de casación. En efecto, el recurrente, de una parte, como si se tratara de un alegato de instancia, expone su propia tesis en torno al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, pero no indica cuál fue la interpretación que a este precepto le dio el Tribunal fallador y, en consecuencia, tampoco refuta esa interpretación. De otra, involucra en su ataque una cuestión probatoria, propia de una modalidad de infracción distinta a la enunciada, y que tiende a demostrar que el señor Enrique Beleño solía ausentarse del trabajo sin dar aviso, para luégo reanudarlo, y que habiendo muerto, la empresa hubo de esperar a que los herederos acreditaran su personería legal, todo ello con el fin de justificar la renuencia de la en-

tidad demandada al pago oportuno de lo que le adeudaba a dicho señor por concepto de la prestación de sus servicios.

Mas si se examina por amplitud el cargo, se tiene que el fallo de segunda instancia, en lo concerniente a indemnización moratoria, se limitó a expresar lo que se copia a continuación:

"*Salarios caídos.* De conformidad con el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, el patrono está en la obligación de cubrir a su trabajador los salarios y prestaciones al tiempo de terminarse el contrato de trabajo. En el caso que nos ocupa no aparece en parte alguna la prueba que demuestre que al trabajador se le hubieran cancelado sus prestaciones. Por este motivo debe prosperar la condenación a la empresa demandada por concepto de salarios caídos. Sobre este particular cabe anotar que la sentencia apelada condenó a la empresa a pagar los salarios caídos a la terminación de cada una de las etapas en que fue suspendido el contrato de trabajo. Esta solución dada por el señor Juez *a-quo* es equivocada, por cuanto que, no puede hablarse en el caso en estudio de la existencia de cuatro contratos de trabajo sino de uno solo, con tres soluciones de continuidad de pocos días entre ellos. Debe, por tanto, modificarse la sentencia en este sentido, o sea condenar a la empresa demandada al pago de los salarios caídos pero a partir del día en que quedó terminado el contrato de trabajo, que para el caso fue el 22 de marzo de 1953, hasta el 5 de noviembre de 1956, fecha en la cual la sociedad consignó a favor de la parte demandante la cantidad de ciento cincuenta pesos que creyó deberle por concepto de prestaciones. Hechas las correspondientes operaciones aritméticas la liquidación arroja un total de $ 3.894.59 teniendo como base el salario promedio devengado por el trabajador, que fue de $ 4.13".

De la anterior transcripción resulta que la parte motiva del fallo que incidió sobre la condena al pago de indemnización moratoria, no contiene concepto alguno acerca de si el patrono está obligado a pagar los salarios y prestaciones que adeuda al trabajador aunque éste no se presente a cobrar, ni tampoco contempla el punto relativo al derecho que tengan los herederos del trabajador a sucederle en la indemnización derivada de la mora del empleador, que son los aspectos analizados por el recurrente en el escrito que se estudia.

Por tanto, se rechaza la acusación.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto De Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PENSION DE JUBILACION Y AUXILIO DE CESANTIA

No se casa la sentencia que condenó a la empresa demandada a pagar una pensión vitalicia de jubilación, con cargo del trabajador de reintegrar, por cuotas, la suma recibida por cesantía. Incompatibilidad relativa entre estas dos prestaciones. Oportunidad para optar.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Si cuando el trabajador recibe la cesantía no tiene aún derecho a la pensión jubilatoria, mal puede hablarse de exclusión entre los dos derechos, ya que cuando está disfrutando del uno, el otro no ha nacido aún a la vida jurídica ni es exigible por el trabajador.

2. La incompatibilidad entre la cesantía y la jubilación no puede afirmarse en términos absolutos, puesto que ya la jurisprudencia ha fijado el alcance del artículo 266 del Código Sustantivo del Trabajo en estos términos: a) Si se trata de anticipos, préstamos o liquidaciones parciales, la cesantía se reintegra al patrono en cuotas que no excedan del 20% del valor de cada mesada. b) En cambio, si lo que se ha recibido es la cesantía definitiva, es decir, la que se causa al terminar el contrato de trabajo, la devolución, para poder disfrutar de la pensión jubilatoria, debe hacerse imputando la totalidad de las mesadas al reembolso de lo que el trabajador recibió por la cesantía. Una vez que se complete el valor recibido por tal concepto, el interesado comenzará a recibir la jubilación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veintiocho de febrero de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Roberto De Zubiría C.).

Por medio de apoderado, Rafael Cardona presentó demanda ordinaria laboral contra la sociedad "Arrocera Central Limitada", con domicilio en la ciudad de Medellín, y pidió que fuese condenada a pagarle la suma mensual que se demostrase por concepto de pensión de jubilación, desde el 9 de enero de 1958 en adelante, las costas del juicio y los salarios por indemnización moratoria.

Como hechos de la demanda refiere que prestó sus servicios a la sociedad demandada, en forma continua, desde el 24 de septiembre de 1935 al 16 de mayo de 1956, desempeñando el cargo de ayudante de maquinaria y mecánico de una trilladora de arroz; que tuvo un sueldo de $ 380.00 pero que también trabajaba horas extras, dominicales y festivos; manifiesta que la demandada por Resolución del 12 de marzo de 1957 le reconoció la pensión de jubilación a partir del 9 de enero de 1958, fecha en que el actor cumplía los 55 años de edad; y que en juicio anterior, que concluyó por transacción, el demandante dejó expresa constancia de que no renunciaba a la pensión de jubilación.

En derecho se citaron los artículos 65, 260 a 273, y 273 del Código Sustantivo del Trabajo y el Decreto extraordinario número 243 de 1951.

La entidad demandada, por conducto de apoderado, dio respuesta al libelo inicial manifestando no constarle algunos hechos; de otros dijo que los ignoraba y expresó, como descargo fundamental, que habiendo recibido Cardona su cesantía definitiva resultaba improcedente el reclamo de pensión jubilatoria. Propuso las excepciones de ilegitimidad de la personaría de la parte demandada y de cobro de lo no debido.

En la oportunidad procesal la demandada presentó demanda de reconvención solicitando que Rafael Cardona fuese condenado a reintegrar

la suma de $ 7.949.42, valor de la cesantía definitiva que le fue cancelada y que mientras no reembolse tal cantidad no tiene él derecho a reclamar jubilación. Pidió también que en caso de oposición Cardona fuese condenado al pago de las costas.

La contrademanda se apoya en estos hechos: que Cardona trabajó al servicio de la Arrocera Central por espacio de 20 años, 7 meses y 22 días; que concluído el contrato de trabajo entre las partes, Cardona adelantó juicio laboral reclamando cesantía definitiva, jubilación y otras prestaciones sociales; que el Juzgado del conocimiento condenó a la sociedad demandada a pagar todas las prestaciones sociales, excepto la pensión de jubilación; que en cumplimiento de dicho fallo, la empresa pagó a Cardona la suma de $ 7.949.42 por concepto de cesantía definitiva, descompuesta así: $ 6.059.42 por cesantía definitiva, $ 1.500.00 por cesantías parciales y $ 390.00 por concepto de préstamo; y que para que el reconvenido tenga derecho a la pensión de jubilación es necesario que reintegre antes la totalidad de lo recibido por cesantía, ya que las dos prestaciones son excluyentes.

En derecho la reconvención se apoya en los artículos 266, siguientes y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo; artículo 1556 del Código Civil; artículos 75 y 76 del Decreto número 2158 de 1948.

Rafael Cardona, al responder la contrademanda, admite unos hechos, y en relación con otros manifiesta que se atiene a las constancias procesales. Se opone a las peticiones y alega las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción, incompetencia de jurisdicción, pago y transacción.

Correspondió el conocimiento del negocio al Juzgado Cuarto del Trabajo de Medellín, el cual por sentencia de julio 3 de 1958, resolvió absolver a la Arrocera Central Limitada de las peticiones de la demanda principal y a Rafael Cardona de los cargos de la contrademanda. Declaró que no había lugar a declarar las excepciones propuestas ni a condena de costas.

Del fallo anterior apeló la parte demandante. Conoció de la alzada el Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, Corporación que la resolvió, por sentencia del 31 de julio de 1958, en estos términos:

"Primero. Arrocera Central Ltda., está en la obligación de pagar a Rafael Cardona R. una pensión mensual vitalicia de jubilación de cuatrocientos veintidós pesos con ochenta y cinco centavos ($ 422.85), a partir del primero de marzo de 1958.

"Segundo. Rafael Cardona R. está en la obligación de reintegrar a la sociedad de que se acaba de hablar la suma de siete mil setecientos cuatro pesos con ochenta y seis centavos ($ 7.704.86), en cuotas mensuales de ochenta y cuatro pesos con cincuenta y siete centavos ($ 84.57) que la sociedad demandada podrá deducir del valor de la pensión al efectuar el pago periódico.

"Tercero. Se absuelve a Arrocera Central Ltda. del cargo de indemnización por mora.

"Cuarto. No se encuentran procedentes las excepciones propuestas..."

No hubo condena en costas.

Contra la decisión anterior propuso recurso de casación la parte demandada. En vista de que ha sido concedido, admitido y tramitado en legal forma corresponde resolverlo, previo examen del escrito con que se sustenta. No se presentó alegato de réplica.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Lo fija el recurrente en estos términos:

"Solicito que se case totalmente la sentencia recurrida y que, una vez convertida la honorable Sala en Tribunal de Instancia, se confirme en todas sus partes la sentencia proferida por el señor Juez Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, el día 3 de julio de 1958. En subsidio, pido que se case parcialmente la sentencia recurrida, en cuanto ordenó que la jubilación debe pagarse desde el día 1º de marzo de 1958 y en cuanto dispuso que la suma de $ 7.704.86 que el demandante recibió por cesantía definitiva debe ser devuelta en cuotas mensuales de $ 84.57 y que, en su lugar, una vez que la honorable Corte se convierta en Tribunal de Instancia, se disponga que el demandante sólo pueda reclamar la pensión de jubilación desde el día en que devuelva la totalidad de lo recibido por cesantía y que sólo hasta cuando este evento ocurra adquiere la sociedad demandada la obligación de pagar la pensión de jubilación".

Causal de casación. Invoca el recurrente la primera del artículo 87 del Código de Procedimiento del Trabajo. Presenta tres cargos, uno principal y dos subsidiarios.

Primer cargo.

Se dice que la sentencia acusada es violatoria, por infracción directa, de los artículos 19, 249,

256, 260 y 266 del Código Sustantivo del Trabajo. La sustanciación del cargo se hace en esta forma:

"Bastaría decir que el cargo se sustenta al comparar la parte resolutiva de la sentencia impugnada con las normas que se estiman violadas. El artículo 19 se aplicó cuando no podía aplicarse, pues siendo él de aplicación supletoria, se quebrantaron su texto y su espíritu al hacerlo extensivo a un caso regulado por norma como es el artículo 266 que dice que el auxilio de cesantía excluye la pensión de jubilación y viceversa. Se vulneró también directa y flagrantemente el artículo 266, pues mientras éste dispone que la jubilación excluye la cesantía, esto es, las hace incompatibles, el Tribunal ordena pagar la jubilación a pesar de haber recibido el trabajador la cesantía, es decir, determina que no se excluyan, o sea que hace compatibles las dos prestaciones. Vulneró el artículo 260 que consagra el derecho a la jubilación, pues de este derecho no se puede gozar, vale decir, la norma que lo consagra no puede tener operancia cuando se está gozando de cesantía. Finalmente, violó simultáneamente los artículos 249 y 256 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que al disponer que la cesantía se pague por cuotas como los anticipos, se le está dando a la primera el carácter de los segundos y, se vulneran las disposiciones que consagran tanto la una como los otros.

En síntesis: la infracción directa de las normas señaladas en este cargo condujo al *ad quem* a disponer en la parte resolutiva del fallo acusado que una misma persona goce simultáneamente de dos derechos, que, por Ministerio de la Ley, se excluyen".

Se considera:

La acusación contempla dos aspectos fundamentales: la incompatibilidad de la jubilación y la cesantía, y la devolución de esta última por cuotas, como ocurre para los anticipos de este derecho. Por la primera modalidad, exclusión de las dos prestaciones, el recurrente no tiene en cuenta una consideración de importancia que hace el Sentenciador, cual es la de que cuando el trabajador demandante recibió la cesantía no tenía aún derecho a la pensión jubilatoria. Luego mal puede hablarse de la exclusión de los derechos cuando en el momento de disfrutarse de uno el otro no había nacido a la vida jurídica, no era exigible por el trabajador. Con toda claridad dice esto el *ad-quem* al consignar en su fallo este párrafo: "La sociedad demandada sostiene que el trabajador Cardona optó por la cesantía por lo que perdió el derecho a la jubilación, pero la afirmación es inexacta porque cuando aquél recibió la cesantía en abril de 1957, todavía no había surgido para él el derecho a reclamar la pensión jubilatoria, por lo que el concepto de opción no entró en juego en ese momento". Como se ve, el impugnador parte de un hecho equivocado, pues presupone una oportunidad igual para el disfrute de los dos derechos, lo que no es cierto.

El segundo aspecto del cargo, esto es, la forma de devolución de la cesantía, a juicio de la Sala no conforma una eventual infracción directa de la ley, como lo afirma el recurrente, porque esta noción de quebrantamiento legal tiene lugar "cuando a un hecho que no se discute o que está debidamente comprobado se deja de aplicar la disposición pertinente, o se aplica a un hecho inexistente, contrariando el texto de la ley". Y acontece, como se verá más adelante, que el Tribunal tuvo en cuenta, para la devolución prevista en el artículo 266 del Código Sustantivo del Trabajo, la cesantía anticipada y el préstamo recibidos por Cardona. En efecto, en su fallo dice: "El demandante recibió por concepto de cesantía anticipada $ 1.500.00, por préstamo $ 390.00 y por cesantía defintiva $ 6.059.42, como lo admite en posiciones y se deduce en parte de otros elementos de juicio que no es necesario determinar..." Luego, el Fallador aplicó rectamente el artículo mencionado a situaciones previstas en la propia disposición, como son el anticipo de cesantía y los préstamos. De suerte que, por este aspecto, no puede sostenerse válidamente que hubo infracción directa de la ley.

Tercer cargo.

Se presenta como subsidiario del primero y segundo, y dice así: "La sentencia es violatoria, por aplicación indebida, de los artículos 19, 260, 262 y 266 del Código Sustantivo del Trabajo.

"*Sustentación.*—Se aplicó indebidamente el artículo 19 porque siendo de aplicación supletoria se le dio aplicabilidad para un caso reglamentado por disposición especial (la que hace excluyentes cesantía y jubilación). Se dio incorrecta aplicación al artículo 260 porque la norma que consagra la jubilación no puede aplicarse cuando se está frente al caso de que, por haber preferido un derecho que la excluye, no se puede disfrutar de la jubilación. Hubo indebida aplicación del artículo 262 del Código Sustantivo del Trabajo, pues es obvio que la norma que dice desde cuándo se debe la jubilación, sólo es aplicable para cuando se tiene el derecho a reclamarla por no haberlo perdido al preferir una

prestación que la excluye. Finalmente, se aplicó en forma indebida el artículo 266 porque al disponer que se goce simultáneamente de cesantía y jubilación no se le dio la aplicación querida por el Legislador, pues esta norma se estableció ciertamente para que no pudieran coexistir tales prestaciones y por ello las hizo excluyentes".

Se examina el cargo.

Observa la Sala que la acusación está bien enunciada pero su sustentación adolece de una notoria falla consistente en que se aplica la tesis radical de la incompatibilidad de la cesantía y la jubilación. Alrededor de este punto se sitúa toda la demostración del cargo. Y como es sabido, ya la jurisprudencia laboral ha atemperado el rigor del principio enunciado por el casacionista, fijando el alcance del artículo 266 del Código Sustantivo del Trabajo en estos términos:

a) Si se trata de anticipos, préstamos o liquidaciones parciales, la cesantía se reintegra al patrono en cuotas que no excedan del 20% del valor de cada mesada.

b) En cambio, si lo que se ha recibido es la cesantía definitiva, es decir, la que se causa al terminar el contrato de trabajo, la devolución, para poder disfrutar de la pensión jubilatoria, debe hacerse imputando la totalidad de las mesadas al reembolso de lo que el trabajador recibió por la cesantía. Una vez se complete la restitución del valor recibido por tal concepto, el interesado comenzará a recibir la jubilación. (Fallos de 18 de diciembre de 1954, 18 de junio de 1957 y 28 de abril de 1958).

La Sala comparte la doctrina expuesta porque la encuentra conforme con el fin básico de justicia social previsto en el artículo 1º del Código Sustantivo del Trabajo, y en esta forma rectifica el criterio que siguió el Tribunal al aplicar el artículo 266 al caso de autos. Sin embargo, lo anterior no es suficiente para quebrantar la decisión del *ad-quem* por la manera como el recurrente desarrolló la acusación.

Por lo anotado, el cargo no prospera.

Segundo cargo.

Se afirma la violación, por interpretación errónea, de los artículos 19, 260 y 266 del Código Sustantivo del Trabajo.

Textualmente, el cargo se sustenta así:

"El artículo 19 se interpretó como de forzosa aplicación para todos los casos, siendo así que de su texto se deduce que sólo es aplicable cuando no haya disposición expresa que regule el caso controvertido. El artículo 260 se entendió como aislado y único en el Código, siendo así que para gozar de la prestación en él consagrada es menester cumplir con lo dispuesto en los artículos 262 y 266 del Código Sustantivo del Trabajo. Se tuvo un concepto equivocado del alcance del artículo 262, pues se consideró que con sólo reunir los requisitos en él expresados para gozar de la jubilación, sin tener en cuenta que el artículo 266 que es norma especial y posterior y que, por lo tanto, debe preferirse, dispone que la cesantía y la jubilación se excluyen, o sea que la primera, cuando es pagada, libera del pago de la segunda, por lo menos, mientras no sea devuelta. Se cometió finalmente un error interpretativo de primeras letras con relación al artículo 266, pues se contrarió su texto, que es claro, so pretexto de indagar por su espíritu.

Los errores de interpretación que sucintamente acabo de anotar, llevaron al Tribunal a convertir en la parte resolutiva de su fallo en compatible lo incompatible, en no excluyente lo excluyente, cuando determinó que el demandante gozara simultáneamente de jubilación y cesantía, al ordenar el pago de la primera sin haber devuelto la segunda".

Se considera:

A juicio de la Sala, el cargo bien enunciado pero sin desarrollo adecuado para desquiciar la sentencia impugnada, es el tercero, puesto que con la aplicación indebida del artículo 266 del Código Sustantivo del Trabajo se le hizo producir a la norma consecuencias en contradicción con las queridas por la ley. No hubo, pues, interpretación errónea de la disposición sino una eventual aplicación indebida que, se repite, no fue atacada satisfactoriamente por el recurrente. Por consiguiente, el cargo no es atendible.

No habrá lugar a condenación en costas por cuanto la Sala ha corregido el criterio errado del Tribunal.

En mérito de las consideraciones que anteceden, 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 la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín.

Sin costas.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto De Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez R.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TRABAJO INDEPENDIENTE Y CONTRATO DE TRABAJO. — INDEMNIZACION MORATORIA

No se casa la sentencia, acusada por ambas partes litigantes, que condenó al patrono a pagar prestaciones y lo absolvió de la sanción moratoria. Negó el patrono la vinculación laboral; el trabajador (agente viajero) pidió que también se profiriera condena por la mora.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Según el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo "se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo". Corresponde al trabajador la prueba del hecho en que la presunción se funda, o sea, la relación de trabajo personal. Acreditada ésta, queda establecido que ese trabajo personal fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario.

2. Sin duda los viáticos, para el agente viajero, son medios necesarios para el cumplimiento de sus funciones, empero la ley no prohibe que los satisfaga el asalariado, sin que por ello el servicio personal quede fuera del ámbito de la relación de trabajo dependiente, pues las partes tienen facultad para estipular que corran por cuenta del trabajador.

3. Para que haya orden laboral no se requiere que concurran los tres hechos que la integran, simultáneamente (modo, tiempo y cantidad de trabajo), sino que basta que la orden tenga relación con el servicio contratado. Más todavía: el mandato puede estar destinado a que el trabajador suspenda la labor durante toda la jornada o parte de ella, por razones diversas, y, sin embargo, en la disposición debe verse una orden. Además, la dependencia del trabajador al patrono es un derecho de éste, quien puede no ejercitarlo sin que por eso se extinga.

4. En relación con el agente viajero o el simple agente vendedor, la dependencia no opera de la misma manera que respecto de trabajadores con sede fija, bajo el control y vigilancia del patrono.

5. Un agente vendedor puede ser trabajador dependiente de varios comerciantes, si ejerce personalmente la función, bajo la continuada dependencia de ellos, a vista de lo estatuído en el artículo 98 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el 3º del Decreto 3129 de 1956.

6. En síntesis, la tesis de la jurisprudencia es ésta: si el patrono niega de buena fe la existencia del contrato de trabajo y aduce al proceso pruebas atendibles que justifiquen su conducta, puede ser exonerado de la sanción que le impone el artículo 65.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veintiocho de febrero de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez).

En escrito repartido al Juzgado 1º del Trabajo de Medellín el 16 de junio de 1958, Uriel Valencia Restrepo, por medio de apoderado, promovió juicio ordinario contra Enrique Samper, para que por sentencia se le condenara al pago de cesantía, vacaciones, primas de servicio, remuneración por trabajo en domingos y demás días festivos, reajuste del salario, perjuicios por

ruptura ilegal del contrato e indemnización moratoria.

En su relación de hechos la demanda hace estas afirmaciones:

Uriel Valencia Restrepo prestó servicios personales a la empresa denominada "Industrias de Cuero Trianón", de propiedad de Enrique Samper, establecida en Armenia, en calidad de Agente Viajero, para la venta de los productos de la empresa, con el encargo también de hacer cobros y cancelar letras de cambio; que cumplió la labor en los Departamentos de la Costa Atlántica, Bogotá y Medellín, desde diciembre de 1945 hasta febrero de 1958; que el salario para remunerar sus servicios fue, inicialmente, del 5% sobre las ventas, aumentado después gradualmente hasta el 8½%, habiendo alcanzado en los años de 1946 a 1957, las cifras que el libelo señala en su hecho 10º. Enrique Samper, sin mediar renuncia de Valencia Restrepo ni abandono del cargo, dejó de suministrarle trabajo desde febrero de 1958, absteniéndose de pagarle las prestaciones e indemnizaciones reclamadas.

En derecho la demanda se funda en las normas pertinentes del Código del Trabajo, en el Decreto 3129 de 1956 (artículo 3º) y en el Decreto 617 de 1954 (artículo 7º).

La respuesta a la demanda niega los hechos en que se apoya y se opone a que se hagan las condenas que solicita. En la primera audiencia de trámite (f. 24) propuso el demandado la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción, la perentoria de prescripción y la que denomina genérica según la definición legal. En la misma audiencia fue rechazada la primera, declarando el Juez su competencia para el conocimiento del negocio. La decisión en tal sentido fue confirmada por el Tribunal *ad quem*.

Tramitado el juicio en debida forma, fue decidido en primera instancia por sentencia de fecha 23 de febrero de 1959. La providencia, en su numeral 1º, condena a Enrique Samper a pagar a Valencia Restrepo $ 16.582.37 por cesantía; $ 1.868.00 por vacaciones y $ 4.426.51 por primas de servicio; y lo absuelve de los demás cargos, sin costas (numeral 2º).

Apelaron ambas partes. Conoció del recurso de alzada el Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, quien lo resolvió por sentencia de fecha 10 de abril de 1959, por la cual confirmó la de primer grado con la reforma de que las cuantías de las condenas son las siguientes: $ 13.106.89 por cesantía; $ 3.939.28 por primas de servicio, y $ 5.115.92 por vacaciones. Declara probada parcialmente la excepción de prescripción en relación con los derechos que se hicieron exigibles antes del 30 de junio de 1955. Se abstuvo de la condena en costas.

Demandante y demandado interpusieron el recurso de casación, que les fue concedido. Admitido por la Sala y debidamente preparado, se decide a continuación.

EL RECURSO DE LA PARTE DEMANDADA

Aspira a que la Corte case la sentencia de segunda instancia, revoque la del Juzgado *a quo* (numeral 1º) y absuelva al demandado de todas las peticiones de la demanda inicial.

Alega la primera causal de casación y con base en ella formula un solo cargo. Acusa en éste la sentencia recurrida por aplicación indebida de los artículos 12 de la Ley 6ª de 1945; 1º de la Ley 65 de 1946; 3º a 7º del Decreto 1160 de 1947; 2º, 22, 23, 24, 98, 186, 192, 249, 253, 306 y 189 del Código Sustantivo del Trabajo; 7º del Decreto 617 de 1954, y 3º del Decreto 3129 de 1956, a causa de evidentes errores de hecho.

Los errores son los siguientes: 1º Dar por demostrado que el servicio personal era elemento del contrato celebrado entre las partes, estando probado que aquél no lo exigió; 2º No dar por establecido que Valencia Restrepo era libre en la ejecución del contrato de agente vendedor, demostrando las pruebas que no tenía subordinación laboral, y 3º No dar por demostrado, estándolo, que el demandante constituía una empresa comercial de representaciones o agencias.

Señala el cargo como pruebas mal apreciadas las siguientes: los testimonios de Guillermo Lalinde Mejía, Alfonso López R., Alfonso Buitrago, Miguel Bardón Rey, Roberto Ospina y Francisco Rodríguez (fs. 53 a 84); las posiciones absueltas por el actor (fs. 63 a 64); los documentos de folios 2 a 5, 27, 28, 31, 33 y 34 del primer cuaderno, y todos los del segundo (fs. 1 a 613).

Para demostrar el primer error de hecho arguye el recurrente:

La carta de folios 2 a 4 del primer cuaderno y la que aparece a folios 317 y 318 del segundo cuaderno, demuestran con claridad que no era elemento del contrato el servicio personal; si la sentencia las aprecia debidamente, habría llegado a la conclusión de que no era de trabajo el vínculo que ligó a las partes, aplicando correctamente los artículos 22, 23 y 98 del Código Sustantivo del Trabajo, y sin aplicar indebidamente, como lo hizo, las demás normas que cita la acusación, pues se lo impedía el artículo 5º ibídem. No era de recibo la presunción del artícu-

lo 24 de la misma obra, pues la norma exige que haya servicio personal, que entre las partes no existió, ya que no era necesario que el actor lo prestara. Por otra parte, que aquél no hubiera hecho uso de la facultad que tenía de que otras personas desempeñaran por él la labor, no basta para estimar que existió el primer elemento del contrato de trabajo. Además, con la demostración que resulta de los documentos citados, se desvirtúa la presunción de que se trata.

Por lo que hace al segundo error de hecho —dice el recurrente— se debe advertir que no pudiendo obrar la presunción por falta del elemento relativo al servicio personal, era necesario demostrar la subordinación si se quería argumentar sobre el trabajo realizado personalmente. Con el propósito de acreditar el error transcribe apartes de las declaraciones de Alfonso Buitrago (f. 61 v.), Miguel Bardón (f. 75 v.) y Roberto Ospina Osorio (f. 76 v.) y los comenta en estos términos: las comunicaciones de la empresa para el demandante avisándole el precio de los artículos, la suspensión de la venta de otros y los cobros de cuentas que debía efectuar, de que habla el testigo Buitrago, envuelven instrucciones para el cumplimiento de un encargo, pero no se refieren al modo, tiempo o cantidad de trabajo, ni tales comunicaciones constituyen prueba de la subordinación. Las órdenes de que habla el testigo Bardón Rey, dadas por la empresa al demandante, relativas al cambio de precios y mostrarios y a viajes a determinadas regiones, son instrucciones generales que no implican subordinación, porque son las que recibe cualquier comisionista de su mandante. De la declaración de Ospina Osorio destaca el aparte en que dice que los gastos ocasionados por los viajes de Uriel Valencia eran de su cuenta y que sólo cuando Samper autorizaba una gira extra le reconocía el valor de los pasajes, todo lo cual demuestra, dice el impugnador, que no existían verdaderas órdenes. También, afirma la acusación, el testigo Francisco Rodríguez (fs. 82 a 84), dice que las correrías eran acordadas entre el demandado y los agentes, "luego no puede hablarse de órdenes".

Transcribe el alegato de casación el paso de la sentencia recurrida, según el cual, en el asunto litigioso se hallan reunidos los requisitos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, y el que afirma que acredita su presencia en el proceso "la numerosa correspondencia cruzada entre los litigantes".

Esos fundamentos de la sentencia —arguye el cargo—, provienen de equivocada estimación de las pruebas, pues encuentra probada la subordinación laboral acreditando ellas lo contrario, ya que si Samper daba instrucciones generales a Valencia Restrepo, ajenas al modo, tiempo y cantidad de trabajo, no podía haber dependencia, y menos podía presentarse ella si el actor quedaba autorizado para arreglar, como mejor le pareciera, todo lo relacionado con los productos de la empresa, de lo cual se deduce que su obligación fue de resultado y no de medio.

La sentencia —continúa el recurrente— hace afirmaciones sobre la correspondiencia entre las partes, cuando en el cuaderno segundo no aparecen cartas sino de una de ellas, y saca conclusiones contrarias a las que resultan de su análisis. En tal cuaderno obran algunas cartas sin firma y firmadas otras por personas distintas al demandado y sin su autorización, por lo cual ningún valor probatorio tienen en contra de Samper. Cita 89 documentos sin firma y 34 sin la firma del demandado ni de persona autorizada por él. Anota que en el cuaderno segundo y a folios 11, 17, 41, 53, 91, 92, 127, 148, 151, 340, 344, 376 y 602, corren expresiones que demuestran la inexistencia de la subordinación laboral. Entre las que menciona se destacan éstas: "Hemos venido notando un casi total abandono de nuestros negocios por parte suya en Medellín y demás plazas y nos es indispensable saber cuál será su actitud de hoy en adelante, porque si no le queda tiempo para atender nuestro muestrario tendremos que tomar medidas en defensa de nuestros intereses". "Estamos despachando a su dirección unas hojas de propaganda para que se sirva repartir entre las firmas más indicadas". "Su viaje a la costa puede hacerlo cuando desee. No sabemos si sería conveniente antes o después de Semana Santa. Si lo primero, convendría salir el 20 próximo para tener tiempo de atender sus ventas oportunamente". "Usted puede visitar Atlántico, Magdalena y Cartagena, si desea. Lo que usted haga en ambos casos tiene nuestro consentimiento de antemano". "Como seguimos interesados en abrir operaciones con la Sears, Barranquilla, le ofrecemos pagarle los pasajes de ida y regreso siempre que efectúe el viaje en el curso de los 10 días próximos. Esperamos su decisión". "Montería. Si en esta ocasión no piensa ir a Montería sírvase informarlo inmediatamente para tomar nuestras medidas. Allí hay varias cuentas vencidas de octubre y noviembre y parece que esos clientes no pagan si no los visitan".

Revisando detenidamente las cartas del cuaderno segundo —prosigue el cargo— se encuentra la clara conclusión de que Valencia no estaba sujeto a órdenes de Enrique Samper, y du-

rante el desarrollo del contrato se observa que el demandado respetó la autonomía del actor en cuanto a la obligación de resultado que éste había contraído. Como es evidente que Valencia no estuvo subordinado a Samper, la sentencia incurrió en error de hecho por indebida apreciación de las pruebas mencionadas. Sin tal error, habría dejado de aplicar las normas legales que el cargo relaciona.

Con relación al tercer error de hecho, el recurrente dice que en el juicio hay prueba suficiente de que Uriel Valencia constituía por sí mismo una empresa de representaciones, a pesar de lo cual la sentencia no admitió esa situación de hecho, contemplada por el artículo 98 del Código Sustantivo del Trabajo, y por el 3º del Decreto 3129 de 1956. Para demostrar el error, expone la acusación:

Las leyendas del papel timbrado del demandante (fs. 27 y 28 del primer cuaderno), demuestran que Valencia tenía establecimiento propio para atender al ramo de representaciones. La comunicación del folio 31 del mismo cuaderno indica que el actor estuvo inscrito como comerciante en la Cámara de Comercio de Medellín hasta el año de 1956. La carta del folio 33, suscrita por Alfonso López y reconocida por él, acredita que Valencia atendía como comerciante las ventas de la empresa de López. La declaración de Guillermo Lalinde Mejía. (fs. 53 a 55) y la de Alfonso López, acreditan que el actor, durante parte del tiempo en que fue Agente Vendedor de Enrique Samper, desempeñó la misma función en la empresa denominada "Fábrica de Carteras La Moda", en varios Departamentos, con oficina propia, provista de teléfono, a cuyo servicio tenía una camioneta y un ayudante, según afirma el primero de los testigos. Los testimonios de Alfonso Buitrago (fs. 61 y 62) y Miguel Bardón Rey (fs. 75 y 76), corroboran los de los dos primeros en lo relativo al hecho de que Uriel Valencia tenía oficina de representaciones en Medellín. En el mismo sentido declara el testigo Roberto Ospina Osorio, quien afirma que los muebles de la oficina pertenecían al demandante y además que tenía un empleado que le cargaba los muestrarios. En la carta del folio 183 dice el demandado a Uriel Valencia que ojalá llegue a un buen acuerdo con Crown y saque mucho provecho de su representación, y en la del folio 489 le confirma el acuerdo sobre compra de una camioneta por cuenta y para uso de Valencia, financiándola la empresa, la cual deberá ser pintada con avisos de la industria de Samper, por cuenta de éste, pagándole a Valencia por el servicio $ 100.00 mensuales. El actor, en las posiciones que absolvió en el juicio (fs. 63 y 64), admite la existencia de membretes, de la camioneta, de la oficina y del muchacho que le ayudaba.

Con las pruebas relacionadas, afirma la acusación, resulta claro que el actor constituía por sí mismo una empresa de representaciones, dentro de la cual atendía la agencia del demandado. Si la sentencia en su actividad probatoria no hubiera incurrido en el error de hecho anotado, habría aplicado correctamente el artículo 98 del Código Sustantivo del Trabajo y el 3º del Decreto 3129 de 1956, y, en consecuencia, habría absuelto al demandado de todos los cargos del libelo inicial, ya que, de acuerdo con tales normas, no existió contrato de trabajo.

La parte opositora replica el cargo en estos términos:

Con relación al primer error de hecho, la sentencia no hace la afirmación de que el servicio personal prestado por el demandante fuera elemento del contrato que celebró con el demandado. Si la actividad personal se encuentra demostrada, hace parte del contrato celebrado por los litigantes, considéresele como de trabajo o no. Las dos pruebas de que se vale el cargo no excluyen la actividad personal de Valencia. Tomados aisladamente los documentos, apenas formarían vago indicio de que el actor no estuvo sujeto a subordinación jurídica por constituír empresa comercial independiente. Por lo demás, la actividad personal del demandante no la apoya el Tribunal exclusivamente en las dos cartas que cita el cargo sino en las demás pruebas que aprecia, por lo que habría sido necesario atacarlas todas para destruír su convicción.

Con respecto al segundo error de hecho, alega el opositor:

El dicho de los tres testimonios que el recurrente estima indebidamente apreciados no conduce a demostrar la ausencia en el juicio de los elementos constitutivos del contrato de trabajo. El acusador no se atreve a calificarlos como contrarios a la convicción del fallador, que tiene por base no sólo los tres testimonios referidos sino también otras pruebas. La ausencia de firma en 85 de los 610 folios del segundo cuaderno y la pretendida ausencia de firma responsable en 35 de ellos, constituye acusación endeble en contra de la convicción del sentenciador, que tuvo la oportunidad de apreciar toda la correspondencia cruzada entre las partes, allegada oportuna y legalmente al proceso.

Con referencia al tercer error de hecho, dice el opositor:

Ni el papel con membrete, ni la calidad que tuvo el demandante de Agente Vendedor del comerciante Alfonso López sirven para admitir como demostrado el hecho de que Valencia constituyó por sí mismo una empresa de representaciones. Los indicios extraídos de las declaraciones de Guillermo Lalinde, Alfonso López, Alfonso Buitrago, Miguel Bardón y Roberto Ospina, no tienen capacidad para configurar un evidente error de hecho, porque los supuestos indicadores obran en pruebas testimoniales sujetas en su estimación al criterio del fallador, y porque los hechos mismos que se aducen como indicios de la presunta libertad y autonomía comercial de Valencia, nada tienen de concluyentes en cuanto a la ausencia de subordinación jurídica en las relaciones entre las partes.

SE ESTUDIA EL CARGO

La cuestión debatida en el juicio la analiza el Tribunal en estos términos:

"Ciertamente la numerosa correspondencia cruzada entre los litigantes, con frecuencia semanalmente, donde el demandado le daba órdenes al actor para trasladarse de una plaza a otra, le indicaba los descuentos que podían hacerse a los clientes, lo autorizaba para cobrar en su nombre y recibir los dineros, cancelar las letras de cambio por créditos y arreglar como más conveniente y mejor le pareciera todo lo relacionado con los productos expendidos por la misma empresa llamada Industrias de Cuero-Trianón, de su propiedad, ubicada en la ciudad de Armenia (Caldas), así como el porcentaje pactado por comisión para cada uno de los conceptos enunciados, lo que constituye la forma de remuneración pactada, están indicando claramente la continuada subordinación jurídica y dependencia económica, la actividad personal del trabajador realizada por sí mismo y el salario convenido como retribución. Con razón el mismo estatuto laboral dispuso que integrados estos elementos, el contrato no deja de existir por otro nombre que se le dé ni por las condiciones o modalidades que se le agreguen, añadiendo que toda relación de trabajo personal se presume regida por un vínculo contractual del mismo orden, debiendo ser remunerado, cuando es dependiente.

"Pero es que actualmente los extremos esenciales en el contrato de trabajo son el tiempo servido y el salario devengado, pudiéndose reemplazar éste, en último caso, por el mínimo legal urbano o rural o acreditarse mediante avalúo pericial, en los términos del artículo 144 del estatuto laboral.

"La continuada subordinación o dependencia y la jornada ordinaria máxima, han desaparecido en los casos de los agentes viajeros, colocadores de pólizas de seguros y en los llamados trabajadores a domicilio, para ser reemplazados por el suministro de materia prima y la exclusividad del servicio, por lo menos en la mayor parte del tiempo. Lo importante allí es cumplir las órdenes del patrono, atendiendo a las sugerencias que le formula en su carácter de superior jerárquico. Esto, por la naturaleza de los oficios mismos, ha de ser así, porque si no, ¿quién puede demostrar cuál es la continuada subordinación o dependencia en otra forma y la jornada ordinaria máxima legal, diurna o nocturna para esta clase de trabajadores? Físicamente resulta imposible llevar un control tan exacto de supervigilancia, como acontece con el resto de empleados y obreros".

Consideraciones de la Corte:

A) *Primer error de hecho.* Dar por demostrado, no estándolo, que fue elemento del contrato celebrado entre las partes el servicio personal.

Según el cargo, demuestran el error estas pruebas: la carta del demandado para el actor del 5 de agosto de 1953 (fs. 4 y 5 del primer cuaderno) y la de Samper para Valencia, del 17 de agosto del mismo año (fs. 317 y 318 del segundo cuaderno).

La primera dice, en lo pertinente: "Veríamos con agrado que decidiera o pudiera nombrar subagentes para Medellín y demás plazas, que se dedicaran exclusivamente a vender propaganda, para lo cual estamos listos a prestarle nuestra colaboración con muestrarios especiales y que necesite..." Y dice la segunda en el párrafo que el cargo transcribe: "Aníbal Valencia. Con mucho gusto le enviaremos un breve muestrario de artículos para propaganda, libreta de pedidos, etc., e instrucciones. Deseamos saber si él abandonó la representación Dantom y si actuará con la nuestra por cuenta propia o bajo la dependencia de usted".

Observa la Sala que la decisión impugnada no hace afirmación alguna en el sentido de que fue elemento del contrato el servicio personal. Lo que aquélla sostiene, con base en la correspondencia de que hace mérito, es que esa prueba demuestra la concurrencia de los tres requisitos esenciales del contrato de trabajo, según el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. Las dos cartas no contienen ninguna declaración de voluntad en el sentido de que Valencia

no se obligó a prestar personalmente el servicio de agente vendedor, como lo sostiene el recurrente; es éste el que infiere de dichos documentos una estipulación de tal naturaleza. Aun dándole a la prueba la significación que el cargo le atribuye, no hay en el proceso elemento alguno de juicio del cual resulte que el actor hubiera designado subagentes bajo su dependencia. Comentando la carta del 5 de agosto de 1953, anota con acierto el fallo de primer grado lo que a continuación se transcribe: "Se le pide o mejor se le autoriza para el nombramiento de subagentes por cuenta del demandante y bajo su responsabilidad, y dicho sea de paso, no aparece en el juicio prueba alguna acerca de que Valencia hubiese procedido en esa forma". Se debe advertir además que, sobre la prueba escrita priva la realidad, según la doctrina y la jurisprudencia. Examinado el asunto litigioso en el terreno de los hechos, de ellos surge la relación de trabajo dependiente, como lo demuestra no sólo la correspondencia del segundo cuaderno sino la prueba testimonial y la de inspección judicial.

No resulta, pues, justificado, el primer error de hecho.

B) *Segundo error de hecho.* No dar por establecido que, como Agente Vendedor, Valencia era libre, demostrando las pruebas que no estuvo sometido a subordinación laboral.

Excluyen la subordinación cuatro declaraciones de testigos y la correspondencia corriente en el segundo cuaderno, según el recurrente.

Observa la Sala: deduce el Tribunal el contrato de trabajo de la correspondencia obrante en autos y, además, en cuanto al salario, de la inspección judicial. A folios 125 vuelto y 126 frente, relaciona la sentencia toda la prueba aportada al proceso por los contendientes, sin detenerse en su análisis. Por tanto, el error de hecho, de haberse producido, no podría apoyarse en indebida estimación de la prueba testimonial, como lo sostiene el cargo, sino en su falta de apreciación.

Pero, si por haber relacionado la sentencia el material probatorio allegado al juicio, tal circunstancia significa que lo apreció en su integridad, la Sala pasa a examinar el error de hecho que se alega, sin tomar en cuenta la observación formulada en cuanto a la prueba testimonial.

I. *Las declaraciones.*

La demanda de casación transcribe apartes de las rendidas por los testigos Alfonso Buitrago (fs. 61 a 63), Miguel Bardón Rey (fs. 75 y 76), Roberto Ospina Osorio (fs. 76 a 78) y Francisco Rodríguez (fs. 82 a 84) y los analiza diciendo que los avisos, órdenes e instrucciones de que hablan los deponentes, no implican subordinación, porque son las que recibe cualquier comisionista de su mandante, y que, por no referirse al modo, tiempo y cantidad de trabajo, no constituyen prueba de la dependencia.

La Sala observa: la sentencia dio aplicación al artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, según el cual "se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo".

Corresponde al trabajador la prueba del hecho en que la presunción se funda: la relación de trabajo personal. Acreditada ésta, queda establecido que ese trabajo personal fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario.

Ahora bien: los cuatro testigos mencionados afirman, de consuno, que Valencia prestó personalmente a Samper el servicio de Agente Vendedor. Alfonso Buitrago dice: me consta que Valencia trabajó para el demandado, de 1945 a 1948, como Agente Vendedor exclusivo en Antioquia, la Costa Atlántica y Bogotá. No sabe si aquél trabajó de lunes a sábado, "pero sí puedo asegurar que semanalmente llegaban a la oficina de Armenia sus pedidos". Informa el testigo Miguel Bardón Rey, empleado de Samper de 1941 a 1951, que Valencia trabajó para éste como Agente Viajero, más o menos diez años. De servicio personal prestado por el actor al demandado hablan también los otros dos declarantes, Ospina Osorio y Rodríguez. Como se ve, el servicio personal, fundamento de la presunción legal establecida en el artículo 24, lo demuestra satisfactoriamente la prueba testimonial.

Excluyen la subordinación, según el cargo, el hecho de que los viáticos eran por cuenta del demandante en las giras ordinarias y de cargo del demandado las extraordinarias, previa autorización, según afirmación del testigo Ospina Osorio. No comparte la Sala el concepto del recurrente. El patrono tiene la obligación de poner a disposición del trabajador, salvo estipulación en contrario, los instrumentos adecuados para la realización de su labor (art. 57-1º del CST.). Sin duda los viáticos, para el Agente Viajero, son medios necesarios para el cumplimiento de sus funciones, empero la ley no prohibe que los satisfaga el asalariado, sin que por ello el servicio personal quede fuera del ámbito de la relación de trabajo dependiente. Al res-

pecto, las partes tienen facultad para estipular que corran por cuenta del trabajador.

Otro hecho que excluye la subordinación —afirma el recurrente— es el de que las correrías de Valencia eran objeto de acuerdo entre las partes, como lo dice el testigo Rodríguez. Aun dándole fuerza al argumento, debe anotarse que Bardón Rey, en su declaración, dice que Valencia, en sus viajes a Armenia, recibía órdenes de Samper. Y el testigo Osorio Ospina informa que "La empresa le daba órdenes a Valencia, como la de traslado a Barranquilla" o la de que visitara determinados comerciantes cuando hacían pedidos directos. Para el caso y dentro de la libertad de apreciación de las pruebas, puede admitirse el dicho de los dos últimos testigos, desechando el del primero.

Las órdenes de que hablan los testigos no demuestran la subordinación, arguye el recurrente, porque no se refieren al modo, tiempo o cantidad de trabajo, como lo exige el artículo 23, literal b) del Código Sustantivo del Trabajo. Sobre el particular la Sala observa: para que haya orden laboral no se requiere que concurran los tres hechos que la integran, simultáneamente. La redacción del precepto no se presta para entenderlo así. Basta que la orden tenga relación con el servicio contratado. Más todavía: el mandato puede estar destinado a que el trabajador suspenda la labor durante toda la jornada o parte de ella, en las actividades de producción, por razones diversas, como sustitución de equipos, reducción de materia prima, etc., y, sin embargo, en la disposición debe verse una orden. En tal caso, la obligación de hacer, que de ordinario es la que asume el trabajador, respecto de la cual puede hablarse de modo, tiempo o cantidad de trabajo, se convierte en la de no hacer, esto es, en la de cesación de toda actividad. Por lo demás, la dependencia del trabajador al patrono es un derecho de éste, de naturaleza subjetiva, que, como todos los de su clase, dan al titular la facultad de obrar o abstenerse, sin que el hecho de no ejercitarlo signifique su pérdida o extinción. No sobra advertir, por último, que en relación con el agente viajero o el simple agente vendedor, modalidades que muestra la labor cumplida por el demandante, la dependencia no opera de la misma manera que respecto de trabajadores con sede fija, bajo el control y vigilancia del patrono. Por eso pudo decir con exactitud el Tribunal *ad quem:* "Físicamente resulta imposible llevar un control tan exacto de supervigilancia, como acontece con el resto de empleados y obreros". Sobre el punto ha dicho la jurisprudencia en relación con la actividad del agente vendedor que "no se le puede exigir que viva sometido a un horario, ni que su contacto con el patrono sea tan frecuente e inmediato como ocurre con el tipo de trabajadores de planta, cuyos oficios sólo pueden llevarse a cabo eficazmente dentro del recinto del taller y mediante horarios y reglamentos especiales". (Sent. 4 febrero, 1954. Juicio de Luis F. Castro contra Soc. Alicachín).

Se sigue de lo expuesto que la prueba testimonial no da asidero para sostener la falta de la subordinación laboral, por una parte, y por otra, que no es acertado su análisis fragmentario, como el que realiza la acusación.

II. *La correspondencia.*

La del segundo cuaderno —dice el cargo— demuestra que Valencia no estuvo sujeto a órdenes de Samper. Su indebida apreciación condujo al fallador al error de hecho que se examina.

Cita trece comunicaciones del demandado para Uriel Valencia, de las cuales aparece que éste quedaba en libertad para hacer sus correrías, de lo cual deduce que no fue trabajador dependiente de Samper.

Observa la Sala que si bien los apartes de la correspondencia que transcribe el cargo le dan fuerza a la tesis que sustenta, obran en el cuaderno segundo numerosos documentos en sentido contrario, reveladores del poder de mando del demandado respecto del actor. Entre otros pueden citarse los de folios 17, 24, 38, 124, 132, 133, 205, 211, 223, 269, 286, 290, 292, 304, 320, 333, 427, 428, 474, 494, 501 y 550. En ellos se usan expresiones de este tenor: "... Sírvase usar los talonarios para cobros que enviamos, invariablemente, pues usted lo hace unas veces y otras no...". "Sírvase ver si en Bogotá puede vender algunas cantidades de pilas eléctricas...". "Sírvase informarnos el resultado de la oferta de etiqueta de tela para corbatas". "... En cuanto a su viaje por acá no lo creemos oportuno por ahora porque son los mejores días para tomar pedidos diariamente. Consideramos que todavía le faltan plazas de Antioquia por visitar...". "Junto con las muestras que suponemos en su poder enviamos un grupo de circulares para que usted se sirva distribuír entre la clientela de Antioquia...". "... Es bueno que al final de su correría rinda un informe de cada deudor en caso de que usted no logre cobrarlos...". "... Tenemos el gusto de informarles (la nota es para Fabricato) que en estos días los visitará nuestro representante en

Medellín señor Uriel Valencia Restrepo, quien pondrá a disposición de ustedes el muestrario completo de nuestra sección de marroquinería..''. ''...Al señor Alberto Rodríguez se le despacharon las carteras con iniciales. Sírvase tomarle un nuevo pedido por las niqueleras...''.

Apreciada la correspondencia en su integridad y no seleccionando de ella las comunicaciones que convienen al interés del recurrente demandado, como lo hace el cargo, da base para concluír que el actor podía obrar con independencia en el ejercicio de sus funciones, y, a la vez que era un subordinado del demandado. Entre las dos, la sentencia prefirió la segunda, lo cual no puede ser materia de censura si, como es sabido, el juzgador goza de libertad en la estimación de las pruebas. En la formación de su convencimiento obraron con más fuerza las notas que contienen órdenes a las que le permitían libertad de acción, citadas por el acusador. En todo caso, a lo sumo podría sostenerse que la cuestión relativa a la subordinación es dudosa, y cuando así ocurre no se puede hablar de error de hecho manifiesto, como debe serlo todo el que se alegue como motivo de casación.

Afirma el cargo que no tienen valor probatorio contra Samper las notas sin su firma y las suscritas por personas distintas de él, obrantes en el cuaderno número segundo. Observa la Sala que todos los documentos del cuaderno citado fueron incorporados al proceso legalmente, en audiencia de trámite (f. 56 del primer cuaderno) en calidad de prueba en favor del demandante, pedida en oportunidad legal, sin objeción alguna del demandado en cuanto a su autenticidad. Por ese motivo la tacha que contra su validez se opone ahora en casación no es atendible. Pero aun aceptándola, los defectos que el acusador anota se refieren a parte de la correspondencia, quedando libre de ellos el resto, que es la mayoría.

Tampoco resulta, pues, acreditado, el segundo error de hecho.

Tercer error de hecho. No dar por demostrado, estándolo, que el actor constituía una empresa comercial de representaciones.

En relación con las pruebas que el cargo cita para demostrar el error, observa la Sala:

a) El membrete usado por el actor en papeles de su correspondencia (fs. 27 y 28) con la indicación de que se ocupa de representaciones, es simple indicio de su calidad de empresario independiente. Empresa —según la definición legal— es toda unidad de explotación económica (art. 194 del CST.). Un establecimiento que tenga ese fin, destinado a la producción, distribución o consumo de la riqueza, o a la simple prestación de servicios autónomos, requiere un conjunto de elementos reales y personales, sin los cuales no es posible su funcionamiento. Al hablar de la empresa comercial dice el expositor Emilio Langle y Rubio: ''El genio mercantil del organizador recae sobre las cosas y los derechos, que son realidades integrantes de la empresa; sobre ellas tienen su proyección las normas jurídicas''. (Derecho Mercantil Español, t. 2, pág. 35). No tiene el membrete el mérito de resumir el complejo mecanismo de una empresa comercial, ni es elemento que por sí solo sirva para caracterizarla.

b) La nota del folio 31, de fecha 7 de mayo de 1958, informa que Valencia no se inscribe en la Cámara de Comercio de Medellín desde hace unos dos años. El documento no tiene siquiera el valor de un indicio, porque el hecho de que una persona esté inscrita en el Registro Público Mercantil como comerciante no le impide prestar servicios personales dependientes.

c) La prestación de servicios a la ''Fábrica de Carteras La Moda'', de propiedad de Alfonso López R., según declaración de éste y del testigo Guillermo Lalinde, no es prueba de que Valencia era empresario autónomo. Un agente vendedor puede ser trabajador dependiente de varios comerciantes, si ejerce personalmente la función, bajo la continuada dependencia de ellos, a vista de lo dispuesto en el artículo 98 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el 3º del Decreto 3129 de 1956. Los declarantes no dan razones satisfactorias sobre el conocimiento de los hechos que afirman. El primero se limita a decir que el actor ''vendía artículos de cuero, de la casa 'Alfonso López R.', siendo a la vez representante de 'Industrias de Cuero Trianón'.'' El testigo López dice: ''Valencia fue vendedor de los artículos de mi Fábrica por lo menos unos tres años, no soy capaz de decir cuánto hace...; no tenía horario y bajo mis órdenes trabajaba con plena autonomía; al mismo tiempo que vendía artículos míos vendía con el mismo muestrario de Trianón''. La deposición de López —la de más interés— es vaga en cuanto al tiempo en que el actor fue su agente vendedor, aparte de que contiene la afirmación de que trabajó bajo sus órdenes, modalidad propia del contrato de trabajo.

d) Otra prueba de que Valencia era empresario independiente ve la acusación en el hecho de que aquél tenía oficina propia en Medellín, con teléfono y un ayudante a su servicio. Para

demostrarlo aduce las declaraciones de los dos testigos citados y las rendidas por Alfonso Buitrago y Miguel Bardón Rey, e igualmente la confesión provocada del actor.

Sobre el punto, dijo el demandante en posiciones (f. 63):

"Tuve una pieza en donde guardaba los muestrarios que me enviaban de Trianón...". La pieza fue montada "con dineros míos", no tenía teléfono, pues sólo dispone del instalado en su casa. "No es cierto que tuviera empleados de ninguna clase", pues para el trabajo en Medellín conseguía cualquier muchacho que cargara los muestrarios. (Respuestas a las preguntas 1ª a 4ª del interrogatorio).

El testigo Alfonso Buitrago (f. 62) informa que cuando Valencia salía a correrías la oficina quedaba cerrada, y nunca supo que tuviera trabajadores en ella. El testigo Bardón Rey (fs. 75 y 76) ignora si Valencia pagaba por su cuenta la oficina, como también si ella disponía de teléfono e igualmente si tenía empleados a su servicio.

Una oficina de representaciones con empleados a su servicio sí es elemento adecuado para una empresa de tal naturaleza. Pero las explicaciones del demandante en las posiciones que absolvió dejan ver que el local en que funcionaba no era una oficina abierta al público para atender toda clase de encargos relacionados con la actividad de agente vendedor. Las partes admiten que Valencia hacía correrías, esto es, que su actividad no se desarrollaba en Medellín únicamente, sino también en diversos sitios del país. En su ausencia, según afirmación de uno de los declarantes citados, se cerraba el local. El empleado que tenía, como lo dice el testigo Osorio, no trabajaba en la oficina, pues su función era la de cargar los muestrarios. Ver en una organización como la descrita prueba de que el demandante constituía una empresa comercial, no es una conclusión acertada.

e) Otro signo revelador de la empresa comercial organizada por Valencia es el de que era dueño de una camioneta que utilizaba en su labor, dice el recurrente.

Al respecto la Sala se remite a las consideraciones que hizo al examinar el punto relacionado con los viáticos.

No sobra anotar, como se hizo en otro pasaje de este fallo, que la sentencia sólo aprecia la prueba documental corriente en autos, por lo que el ataque en el sentido de que incidió en error de hecho por estimación indebida de las declaraciones de testigos y la confesión del actor, ha debido formularse por falta de estimación de dichas pruebas. Con todo, la Sala se ha detenido en su examen para poner de manifiesto que, aun siendo del caso tomarlas en cuenta, no demuestran la tesis de la acusación.

El error de hecho examinado es ineficaz.

Conclusión de lo expuesto es la de que el cargo *no* prospera.

EL RECURSO DE LA PARTE DEMANDANTE

Señala como alcance de la impugnación la casación parcial de la sentencia recurrida en cuanto absuelve al demandado del pago de la indemnización moratoria, petición que en instancia debe acoger la Corte reformando en tal sentido el fallo de primer grado.

Invoca la causal primera de casación y con fundamento en ella formula cuatro cargos.

Primer cargo. Violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por errónea interpretación.

Formula el cargo así:

La responsabilidad establecida en el numeral 1º de la norma, a cargo del empleador, es unilateral, pues la impone únicamente a éste; de carácter objetivo, pues no depende de posibles perjuicios ocasionados al empleado y no guarda proporción con ellos la forma y monto de la indemnización, la cual representa una severa sanción, cuya finalidad es evitar que el trabajador pueda ser burlado por el patrono. Tales factores le prestan a la responsabilidad patronal verdadera objetividad, por lo cual es ajeno al contenido de la previsión la buena o mala fe que haya inspirado la conducta del patrono incumplido. La buena fe, además de caer en el terreno de la subjetividad, con todos sus inconvenientes, coloca el problema de la responsabilidad en el campo estrecho de las relaciones entre las partes, desviándolo del orden social que debe ser prevalente. La artificiosa construcción jurisprudencial acerca del inciso segundo de la norma, está montada sobre la expresión del legislador de que el patrono "cumple con sus obligaciones" y queda exonerado de la sanción, "consignando la suma que confiese deber". Dos son los casos previstos en el citado texto, según los cuales el patrono cumple sus obligaciones "consignando lo que confiese deber". Se presenta el primero, cuando hay duda respecto al monto de la deuda, y el segundo, cuando el trabajador se niega a recibir. La expresión —duda respecto

del monto de la deuda— significa que ésta existe, cuya regulación tropieza con dificultades para fijar su cuantía. No habla la disposición del caso en que haya desacuerdo sobre la realidad del vínculo, esto es, que el patrono niegue la existencia del contrato como fuente de la obligación, hipótesis creada por la jurisprudencia. La duda sobre la vinculación laboral, cuando ésta se ha configurado, significa ignorancia de la ley, y en tal circunstancia no puede ampararse la buena fe patronal. La duda del empleador puede ser predicada en relación con alguno de los tres elementos del contrato de trabajo, es decir, debe versar sobre cuestiones de hecho, que el patrono no puede ignorar. Cuando el juzgador declara probados los hechos constitutivos de la continuada subordinación, y condena al patrono al pago de las prestaciones, absolviéndolo al mismo tiempo de la indemnización por mora con base en la tesis de la duda o de la buena fe, incurre en contradicción, pues si el juzgador conoció los hechos que hicieron parte de la historia de las relaciones entre las partes, no podía ignorarlos el patrono demandado. La hipótesis del artículo 65-2 del Código Sustantivo del Trabajo no se refiere a duda sobre la existencia de la obligación, sino al monto de la deuda, que sí puede ser compatible con la buena fe patronal, cuando obedece a imprecisión sobre algunas de las circunstancias de hecho, tales como duración de los servicios, cuantía de la remuneración cuando no se trata de salarios fijos en dinero, etc., circunstancias que deben ser tenidas en cuenta para la regulación numérica de las obligaciones a cargo del patrono.

Segundo cargo. Violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Se presenta como subsidiario del anterior, formulado en estos términos: el Tribunal de Medellín al declarar justificada la duda patronal sobre la existencia del contrato de trabajo y al exonerar al demandado de la responsabilidad por mora en el pago de las prestaciones, interpretó equivocadamente el artículo 65, infringiéndolo por falta de aplicación.

En apoyo del cargo dice el recurrente:

La declaración de que ha existido contrato de trabajo entre actor y demandado, de un lado, y la que exonera al patrono de la indemnización por mora, del otro, opuesta a la primera, podría ser aceptable dentro de la hipótesis del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, esto es, en la de que el contrato lo dedujera el fallador de la presunción consagrada en dicho precepto. Dentro del campo de esa hipótesis podría ocurrir que el patrono presentara pruebas atendibles para desvirtuar la presunción legal, insuficientes para negar la inferencia del artículo 24. Se llegaría así a una situación en que la continuada subordinación no se encontraría totalmente acreditada, extremo que permitiría aceptar una duda justificada del patrono, o que, al menos, no conllevaría la incompatibilidad irreductible entre la certeza adquirida por el fallador sobre la existencia de los hechos constitutivos del contrato y la duda del patrono. Pero en el asunto litigioso, para el Tribunal no se presentó duda alguna en relación con el carácter del vínculo contractual entre las partes. Es más: la continuada subordinación jurídica la encontró probada a través de la numerosa prueba documental aportada al expediente, consistente en la correspondencia cruzada entre los litigantes. La duda sobre la existencia del vínculo contractual que el Tribunal admite está colocada en el terreno de la ignorancia de la ley o de la mala fe y en ninguno de estos dos casos es posible hablar de duda legítima o justificada.

Tercer cargo. Aparece formulado así: "El Tribunal de Medellín se rebeló contra lo preceptuado en los artículos 26 y 98 del Código Sustantivo del Trabajo, quebrantamiento directo de la ley que lo condujo, igualmente, a dejar de aplicar el artículo 65 de la misma obra, cuando había mérito para hacerlo".

Se presenta el cargo en subsidio de los dos anteriores y con la misma finalidad en ellos señalada.

Para demostrar el cargo dice el recurrente que toma el artículo 65 en el mismo sentido dado por la Corte en casación; que formula la acusación "por violación directa de la ley", pues se limitará a examinar lo dicho y admitido por el *ad-quem* en su sentencia.

A continuación transcribe un aparte del fallo acusado, según el cual, no hay duda acerca de la existencia del contrato de trabajo entre las partes; transcribe también el que señala las pruebas que demuestran la realidad de ese vínculo entre los litigantes, o sea, la correspondencia cruzada entre ellos, y, por último, el que hace mérito de la doctrina relacionada con la buena fe patronal como motivo de la exoneración al pago de la indemnización por mora, al cual pertenece este pasaje: "Habida consideración de los membretes que como comerciante independiente hizo timbrar el demandante y del contrato de trabajo que verificó con Siman Hermanos, firma comercial de Barranquilla durante el año de 1947, cuyas prestaciones sociales le fueron de-

bidamente canceladas al actor, es apenas lógico que para el patrono surgiera la duda legítima o justificada de que se ha hablado y en consecuencia sea acreedor a la exoneración de la sanción moratoria''.

Prosigue el cargo:

Es contradictorio el argumento del sentenciador, pues admite la presencia indubitable de los tres elementos esenciales del contrato de trabajo, por una parte, y, por la otra, que en el patrono surgió duda justificada sobre el carácter de la vinculación. En el caso de autos, la exoneración al pago de la indemnización moratoria tuvo como fundamento la apreciación de hechos extraños al contenido del contrato entre las partes. Los membretes, por sí mismos, sólo podrían incidir en las relaciones del agente vendedor con terceros, pero no entre actor y demandado, por lo cual debe concluírse que el *ad-quem* entendió equivocadamente la noción de *empresa comercial* de que trata el artículo 98 del Código Sustantivo del Trabajo al atribuírle al papel con membretes la capacidad de crear una duda justificada en el demandado acerca de que el agente vendedor pudiera constituír por sí mismo una empresa comercial. En cuanto al segundo de los hechos en que la sentencia funda la exoneración de la responsabilidad patronal, se debe anotar que el artículo 26 del Código Sustantivo del Trabajo permite la concurrencia de varios contratos entre un mismo trabajador y dos o más patronos; y que el 98 ibídem, trata del agente vendedor que trabaja para personas determinadas, amparado por el estatuto laboral. La exclusividad de que ha hablado la jurisprudencia en el caso de los agentes vendedores se refiere al desempeño del oficio, pero no a exclusividad ''en cuanto a la vinculación con un solo patrono''. Por tanto, el conocimiento que tuvo el demandado de que el actor ejercía su profesión de agente vendedor no como comerciante sino mediante vinculación laboral, no pudo haberle suscitado duda sobre el carácter de la relación contractual que mantenía con el demandante.

Cuarto cargo. Violación indirecta del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo por falta de aplicación, a causa de error de hecho manifiesto, la cual debe relacionarse con la indebida aplicación y el erróneo entendimiento de los artículos 26 y 98 ibídem.

En el indicado error incurrió la sentencia por apreciación incorrecta de estas pruebas: los documentos de folios 27 y 28; respuesta a la pregunta doce de las posiciones absueltas por el actor (f. 63); y carta suscrita por Siman Hermanos de Barranquilla (f. 34).

Consistió el error —expresa el cargo— en haber estimado la sentencia, con base en apreciación errónea de las pruebas mencionadas, que los hechos a que ellas se refieren pudieron dar motivo justificado al demandado para dudar de buena fe sobre la existencia del contrato de trabajo.

Expone el acusador en desarrollo del cargo:

Incurrió el Tribunal en contradicción al estimar probada la continuada subordinación de Valencia al demandado, a través de la correspondencia cruzada entre los litigantes, por una parte, y pretender por la otra que los membretes, simple prueba indiciaria, podía desvirtuar en la mente del fallador la certeza del carácter de relación subordinada que Samper mantuvo durante largos años con el demandado. La explicación dada por el trabajador en posiciones sobre los membretes es aceptable, pues nada tenían que ver ellos con el contenido y modalidades de las relaciones entre las partes, sino frente a terceros. Para que hubiera podido surgir duda justificada en el patrono habría sido necesario presentar hechos que incidieran en el contenido o en las modalidades de las relaciones entre las partes capaces de presentar al actor como comerciante independiente, como, v. gr., ciertos riesgos que el agente vendedor hubiera corrido en las transacciones con algunos clientes o con la empresa industrial, alguna forma de financiación de las ventas que el agente hubiera hecho con medios económicos propios, pero los membretes, por sí solos, no modifican, ni hacen confusa o incierta la relación de subordinación ni constituyen factor económico que pudiera colocar la dependencia del demandante en la zona fronteriza entre el agente vendedor subordinado y el comerciante independiente. En cuanto a la carta suscrita por Siman Hermanos no es posible pensar que el Tribunal colocó la duda patronal en el terreno de la posible empresa comercial constituída por el demandante. No es posible justificar la duda patronal, porque habría sido necesario relacionarla con el desconocimiento del artículo 26 del Código Sustantivo del Trabajo, esto es, con la conclusión injurídica de que la ignorancia de la ley puede amparar la buena fe. No se puede afirmar que la exclusividad es elemento del contrato de trabajo con agentes vendedores, porque no puede entenderse en el sentido de vinculación a un solo patrono. Para ello habría sido necesario que el artículo 98 del citado Código hubiera establecido una excepción a la norma del artículo 26.

La carta de Siman Hermanos no dice que el actor le hubiera servido en labor distinta a la de agente vendedor. Por tanto, la apreciación del Tribunal y el alcance que le prestó al hecho demostrado en dicha prueba, carece de toda lógica jurídica y se halla en rebeldía con la norma contenida en el artículo 26 y con el 98. El haber deducido una duda justificada de la prueba en cuestión constituyó grave error de raciocinio por parte del Tribunal, que no cabe dentro de los límites de la libertad de apreciación que le ha sido otorgada por el legislador.

El apoderado del opositor demandado rebate los cargos en estos términos:

Primer cargo. La interpretación que el mandatario del recurrente demandante da al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo en el sentido de que no admite consideración subjetiva, es contraria a su texto, pues al estimar que la sanción se aplica por el hecho de la mora, desatiende el mandato de la misma norma que autoriza al patrono para consignar lo que confiese deber, luego no es el simple hecho de que se deje de pagar una obligación laboral lo que produce la sanción.

Segundo cargo. Afirma que podría admitirse la duda justificada del patrono sobre la existencia del contrato, si el juzgador lo deduce con base en la presunción legal, y ocurre que la sentencia dijo que en el asunto litigioso, por razón de las funciones del empleado, no es posible la prueba de la subordinación, porque el empleador no puede ejercer sobre aquél un control tan exacto como acontece con los demás empleados y obreros. Dice el acusador que el patrono conocía la naturaleza de sus relaciones con el actor, porque la sentencia estimó que existía el contrato de trabajo, pero el fallo no afirma que Samper estuvo enterado de la índole de la relación. El cargo se apoya sobre bases que no pertenecen a la sentencia.

Tercer cargo. La sentencia dice que los membretes usados por el actor y el contrato de trabajo que celebró con Siman Hermanos hacían surgir la duda legítima o justificada del demandado sobre su relación laboral con el actor, y el recurrente sostiene que tales pruebas no eran suficientes para fundar la duda, luego el cargo no está formulado técnicamente. Las dos pruebas de que habla la sentencia, indicaban que el actor tenía una empresa comercial de representaciones, por lo cual la duda sobre el contrato de trabajo era aceptable.

Cuarto cargo. Combate una base que no tiene la sentencia recurrida, pues trata de establecer los errores que alega procurando demostrar que las pruebas citadas por el fallo no daban la certeza de que el actor tenía una empresa comercial, pero el Tribunal sólo admite que ellas produjeron en el demandado duda sobre la existencia de esa empresa.

Se estudian los cargos.

Estimó el Tribunal *ad-quem* que en el asunto litigioso no era del caso dar aplicación al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, entre otras, por estas razones:

También se ha dicho por la jurisprudencia que cuando existe duda legítima o justificada del patrono respecto del vínculo laboral, cabe la exoneración por mora, porque realmente se presenta un problema jurídico de interpretación que hace vacilar a los mismos funcionarios judiciales sobre el desconocimiento de las obligaciones a cargo del patrono. Y agrega: "Habida consideración de los membretes que como comerciante independiente hizo timbrar el demandante y del contrato de trabajo que verificó con Siman Hermanos, firma comercial de Barranquilla durante el año de 1947, cuyas prestaciones sociales le fueron debidamente canceladas al actor, es apenas lógico que para el patrono surgiera la duda legítima o justificada de que se ha hablado y, en consecuencia, sea acreedor a la exoneración de la sanción moratoria".

Se considera:

Censura el recurrente, en el capítulo preliminar de su alegato, la jurisprudencia de la Corte relacionada con la aplicación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, que califica de incierta y vacilante, pues toma en cuenta la buena o mala fe con que haya procedido el patrono en sus relaciones con el trabajador, colocando el precepto en un terreno impropio, simplemente subjetivo, con todos sus inconvenientes, olvidando el fin primordial de la casación para sustituírlo por el de la justicia en cada caso concreto, simplemente subsidiario. En su opinión la norma debe aplicarse sin investigar la buena o mala fe patronal, conforme a su texto, que a su juicio consulta mejor el espíritu general de la legislación del trabajo.

Sobre la tesis del recurrente no cabe pronunciamiento alguno, pues no es una acusación concreta contra la decisión impugnada, requisito indispensable dentro del mecanismo legal que estructura el recurso de casación. Con todo, en vista de que expone la misma tesis para impug-

nar la sentencia, será examinada en el lugar correspondiente.

Pasa ahora la Sala al estudio de los cargos y lo hace en los términos que se exponen a continuación.

1. El primero acusa la sentencia por errónea interpretación del artículo 65 en cita, y el segundo la misma norma por igual concepto, con la consecuencia de que dejó de aplicarlo. Por tal motivo, pueden ser analizados conjuntamente.

Observa la Sala que la sentencia no ha hecho interpretación alguna del artículo 65 contraria a su contenido y al pensamiento que la inspira. Su punto de vista, acorde con el de la jurisprudencia, es el de que en el asunto litigioso no hay lugar a aplicar la sanción contenida en la norma en atención a que el patrono negó, de buena fe, con base en pruebas allegadas al juicio, la existencia del contrato de trabajo.

Como se ve, el Tribunal se coloca dentro de una situación de hecho, o sea, la relativa a la investigación de la conducta del patrono que por negar la relación laboral se abstiene de dar cumplimiento a la mentada disposición. Por tanto, desde el punto de vista en que se sitúa el fallador, no es procedente el ataque por el motivo de casación que alega el recurrente. Cuando la decisión recurrida se apoya en elementos probatorios, no puede ser examinada con fundamento en la causal que aducen los dos primeros cargos. Con todo, para obrar con amplitud, la Sala pasa a considerarlos.

En el primer cargo dice el acusador que el artículo 65, en su inciso primero, establece una responsabilidad objetiva; que la buena o mala fe del patrono son elementos subjetivos, por lo cual no deben jugar en su aplicación.

La Sala observa: son cuestiones distintas el contenido de una norma legal y el criterio que utilice el juzgador para fijar su inteligencia y decidir si debe o no aplicarla al caso de la litis. No pierde la norma su objetividad porque la sentencia se detenga a examinar la conducta del demandado a través del principio de la buena fe.

Se explica la orientación de la jurisprudencia en la interpretación que ha hecho del artículo 65. Es verdad que no se encuentra en su texto referencia alguna a la buena o mala fe del patrono. Pero la norma es de carácter excepcional, pues no tutela derechos y obligaciones nacidas del contrato de trabajo, como las restantes del estatuto laboral. Establece una sanción o pena pecuniaria a cargo del patrono, que no se funda en inejecución de obligaciones a su cargo durante el desarrollo del vínculo sino al momento de su extinción. Resalta su carácter represivo y ocurre que, cuando la ley establece sanciones, para su aplicación, el juez debe investigar la conducta del responsable, con facultad para eximirlo de la pena si encuentra que tuvo motivos plausibles para su inobservancia, según principios generales de derecho de universal aceptación.

Otro reparo del primer cargo, referido al inciso segundo del artículo 65, es el de que allí se habla de duda respecto del monto de la deuda, pero no de duda sobre existencia del contrato, como lo ha entendido la jurisprudencia.

Sobre el particular la Sala observa:

En síntesis, la tesis de la jurisprudencia es esta: si el patrono niega de buena fe la existencia del contrato y aduce al proceso pruebas atendibles que justifiquen su conducta, puede ser exonerado de la sanción que le impone el artículo 65. Ahora bien: entre las hipótesis de la norma —inciso primero— se halla la de preexistencia del contrato de trabajo, al menos implícita, pues parte de su extinción y del hecho de no haber cubierto el patrono al trabajador en ese momento deudas por determinados conceptos. El inciso segundo supone que no hay discusión sobre la existencia del vínculo, pues regula el procedimiento que puede utilizar el patrono en caso de desacuerdo sobre el importe de la deuda o del caso en que el trabajador se niegue a recibir la suma que el empleador le ofrece. La doctrina recibida por la casación no tiene, pues, fundamento en el inciso segundo de la norma, sino en el primero. Por tanto, toda la exposición del recurrente con base en esa creencia, está fuera de lugar.

2. En relación con las razones en que se funda el segundo cargo, observa la Sala:

Es distinto el juicio del sentenciador sobre los hechos del proceso que el que de ellos se forme el demandado en relación con la naturaleza jurídica del contrato celebrado con el actor. La duda es un fenómeno de apreciación personal. No la tuvo el Tribunal respecto de la existencia del vínculo de trabajo entre las partes, lo cual no quiere decir que el juicio del patrono ha debido ser el mismo. La propia sentencia afirma que, en presencia de las pruebas de que hace mérito, fue justificada la duda del patrono al creer que no había sido de trabajo su vinculación con el actor. Como se ve, independiza su criterio del que sobre el caso litigioso acogió el demandado. El razonamiento del fallador sobre el punto en cuestión no es contrario a los dictados de la lógica, como parece entenderlo el recurrente.

De otro lado, al examinar el alegato de casación del demandado recurrente, dijo la Sala, con referencia a la prueba documental, de la cual se vale el Tribunal para sostener el contrato laboral entre los litigantes, que de ella se desprenden hechos en sentido contrario, favorables unos a la tesis del empresario independiente sostenida por la parte demandada y adversos otros a esa pretensión, reveladores de la convención de trabajo afirmada en la demanda de instancia. Cobra así fuerza el concepto del *ad-quem* acerca de la duda justificada del patrono sobre la naturaleza jurídica de sus relaciones con el actor.

No sobra advertir que para el acusador la duda patronal de que habla el Tribunal sería admisible si hubiera deducido el contrato con base en la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo y ocurre que es esa una de las normas que aplica, según la transcripción que se hizo de apartes de su decisión en otro lugar de esta providencia.

3. El tercer cargo acusa violación directa de los artículos 26, 98 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Según el recurrente, los membretes usados por el actor en su correspondencia y el contrato de trabajo que celebró con Siman Hermanos, pruebas de que se vale el Tribunal para concluír que fue justificada la duda patronal, son extrañas a los hechos que configuran el contrato de trabajo, por lo cual ha debido dar aplicación al artículo 65.

La alegación, en el fondo, considera indebidamente apreciadas las pruebas referidas, pues de haberlas desechado el Tribunal, habría condenado al pago de la indemnización moratoria. La Sala observa que la violación directa de la ley es extraña a toda consideración sobre las pruebas, y como de ese defecto adolece el cargo, no resulta atendible.

Respecto a la violación del artículo 26, la Corte anota que no fue aplicado por el Tribunal, entre otras razones porque no incide en su decisión de derecho, ni guarda relación directa con el artículo 65. Alude al contrato de trabajo con Siman Hermanos, para deducir de él un argumento en pro de la buena fe que le atribuye al demandado. Pero como se trata de estimar una prueba para saber si era o no posible la concurrencia de dicho contrato con el que vinculó a las partes, se deja el punto para examinarlo en el último cargo, que es el que permite el estudio de la cuestión de hecho. En cuanto al artículo 98 modificado por el 3º del Decreto 3129 de 1956, normativo entre otros, del contrato con agentes vendedores, la sentencia reconoce que Valencia tuvo esa calidad —la de agente vendedor— respecto de Samper, y en él se funda para decretar las condenas relativas al pago de cesantía, vacaciones y primas de servicio. Por tanto, el reparo de que lo violó directamente no es conducente, pues si recibió aplicación en la sentencia, no ha podido quebrantarlo por tal concepto.

4. Señala el cuarto cargo como pruebas mal apreciadas, las siguientes:

a) La confesión provocada del actor (f. 63).

Anota la Sala que el Tribunal halla establecido el contrato de trabajo con la prueba documental obrante en el juicio. Luego la afirmación de que apreció indebidamente la confesión del actor no habría podido ocurrir por comisión sino por su falta de estimación. Por lo demás, aun tomando en cuenta la prueba, no abonaría la tesis del recurrente. Según éste, debe aceptarse lo que dijo el actor en posiciones al explicar el empleo de los membretes en su correspondencia y el significado que a la declaración del confesante asigna el cargo, esto es, el de que ellos tenían que ver con sus clientes, no con el demandado. En la respuesta a la pregunta doce del interrogatorio, expresa el actor que usaba los membretes para darle más posición a su empleo. Se trata de apreciación personal del absolvente, sin fuerza para probar el hecho que de ella infiere la acusación.

b) Los documentos de folios 27 y 28.

Son dos hojas de papel con membretes que llevan el nombre del actor y el anuncio de que se ocupa de asuntos de comercio y representaciones en Medellín.

Para el Tribunal los membretes apoyan la buena fe del demandado al negar el contrato de trabajo, pues lo inducían a creer que era el actor empresario independiente. El cargo se concreta a oponer al concepto del fallador el juicio que a él le merece la prueba. Anota la Sala que no es la diferencia de criterios entre el fallo y la acusación lo que determina un error de hecho. Se presenta éste cuando la decisión del *ad-quem* afirma la realidad de un hecho que la prueba no demuestra, o cuando lo niega acreditándolo la prueba. De otro lado, la buena o mala fe del patrono es cuestión que el fallador aprecia a su prudente juicio, dentro de la libertad que al efecto le otorga la ley en su actividad probatoria. El empleo de los membretes por el demandante llevó al Tribunal a la conclusión de que el demandado obró de buena fe al pensar que no era de trabajo dependiente su vincu-

lación con aquél; la opinión contraria del recurrente no tiene la virtud de destruír tal conclusión.

c) El contrato de trabajo entre Valencia y Siman Hermanos (f. 34).

De esta prueba se vale también el Tribunal para decir que abona la buena fe del demandado. Según el recurrente yerra la sentencia al decir que son exclusivos los servicios del agente vendedor, por lo cual no puede ser trabajador dependiente sino de un solo patrono. Tal concepto lo condujo a sostener que no pudiendo concurrir el contrato de trabajo entre Valencia y Siman Hermanos con otro de la misma clase entre el mismo Valencia y Samper, éste pudo pensar que aquél no era su empleado. La Sala observa que si bien la censura contra el fallo es atendible, pues un agente vendedor puede ser empleado de varios patronos, si presta el servicio en la forma y términos prescritos en el artículo 3º del Decreto 3129 de 1956, debe advertirse que la equivocación no tiene el mérito de desquiciar la decisión recaída a la súplica sobre condena al pago de indemnización moratoria, pues en otro lugar de este fallo se anotó y conviene repetirlo, que la prueba documental, principal soporte de la resolución impugnada, daba asidero para dudar de la realidad del vínculo laboral entre los litigantes. Además, si de las dos últimas pruebas, la estimación de una de ellas no es acertada, la que hace el Tribunal de la otra ha quedado en pie, y ello basta para sustentar su concepto.

La Corte no recibe, pues, ninguno de los cargos.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Sin costas en el recurso.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto De Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDEMNIZACION MORATORIA

No incurrió el Tribunal en error de hecho al condenar a una empresa editorial a pagar a un agente vendedor empleado suyo, salarios insolutos, prestaciones e indemnización moratoria.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. En la casación del trabajo juegan, como violaciones de medio, normas de otros códigos, siempre que incidan en preceptos de la ley laboral.

2. El acta de inspección ocular hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el Juez, no así en lo tocante a las manifestaciones que las partes hagan durante la misma diligencia, las cuales no pasan de ser simples afirmaciones, sujetas al principio general dominante en derecho probatorio, según el cual, quien las hace está en la obligación de demostrarlas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veintiocho de febrero de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez).

Max Gutiérrez, por medio de apoderado, promovió juicio ordinario contra la sociedad anónima denominada "Editorial Camilo Torres", domiciliada en Bogotá, para que por sentencia se declare que entre aquél y la sociedad existió un contrato de trabajo, y para que, con base en tal declaración se condene a la Editorial al pago de salarios insolutos, cesantía, primas de servicio, indemnización moratoria y costas.

Relata la demanda que Max Gutiérrez prestó servicios personales dependientes a la Editorial, desde el 15 de julio de 1956 hasta el 12 de diciembre del mismo año, como Agente Vendedor de libros, habiéndose convenido como retribución de la labor el 15% sobre el valor de las obras vendidas por el empleado; que el porcentaje ascendió mensualmente a $ 250.00, en promedio; que de esta suma la sociedad le pagó $ 180.00 mensuales, quedándole a deber la diferencia; que la Editorial se ha negado a pagarle la deuda por salarios y las prestaciones reclamadas.

Las peticiones se fundan en los artículos 65, 127, 249, 98 y pertinentes del Código Sustantivo del Trabajo.

La respuesta a la demanda se opone a que se hagan las condenas que solicita y expresa, con relación a los hechos, que se atiene a lo que se demuestre en el juicio. Propuso la excepción de compensación.

La sentencia de primera instancia condena a la sociedad a pagar al demandante, en el numeral primero de su parte resolutiva, lo siguiente: a) $ 19.77 por salarios insolutos; b) $ 27.22 por cesantía, y c) $ 27.22 por primas de servicio. Por el numeral segundo la absuelve de los demás cargos, y por el tercero la condena en costas.

Apeló la parte demandante. Concedido el recurso, el superior, en la sentencia que lo define, confirmó los numerales primero y tercero del fallo del *a-quo*, revocó el segundo y, en su lugar, condenó a la Editorial a pagar a Max Gutiérrez $ 1.73 diarios desde el 13 de diciembre de 1956 hasta la concelación de las prestaciones debidas. Se abstuvo de la condena en costas.

Contra la anterior providencia interpuso la parte demandada el recurso de casación, que le fue concedido. Admitido por la Sala y debidamente preparado, se decide a continuación.

EL RECURSO

Aspira a que se case la sentencia en su totalidad y, en subsidio, a que se infirme parcialmente, absolviendo a la sociedad de la condena al pago de salarios caídos. Fija así el alcance de la impugnación.

Invoca la causal primera de casación. Con fundamento en ella formula un solo cargo, el cual acusa la sentencia de violación de los artículos 65, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida, a causa de error de hecho evidente "que la llevó a dejar de aplicar los artículos 1714, 1715 y 1716 del Código Civil".

Consiste el error de hecho en que para el Tribunal el valor de las comisiones devengadas por el empleado durante el tiempo del contrato fue de $ 255.27, estando acreditado en el proceso que sólo alcanzaron la cifra de $ 124.02. Otro error de hecho fue el de que el actor recibió a cuenta de comisiones, como anticipo, $ 233.50, esto es, $ 109.48 más de lo que le correspondía, según aparece de las pruebas del juicio, y, a pesar de que la diferencia entre las dos cifras cubría con exceso las prestaciones reclamadas (cesantía y primas de servicio) se abstuvo la sentencia de reconocer la compensación alegada por la parte demandada, condenándola al pago de salarios insolutos y a prestaciones sociales, decisión que no habría adoptado sin el anotado error.

Para demostrar el cargo —dice el acusador— que según la inspección ocular (fs. 24 a 27), Max Gutiérrez colocó pedidos por un valor de $ 2.127.30; que el salario pactado fue un 12% sobre el valor de los pedidos, el cual se causaría en las condiciones de que dan cuenta los comprobantes corrientes a folios 36 a 45. Transcribe su contenido, de este tenor: "Cuando se trate de la entrega de pagos iniciales, con carácter de anticipo sobre mi comisión, convengo en devolver dicha suma adelantada si el cliente dejase de pagar tres mensualidades, quedando entendido que el dinero que se me ha adelantado no será considerado como comisión vencida hasta que el cliente haya pagado su cuota inicial y tres mensualidades reglamentarias".

Agrega el recurrente: se estableció en la inspección ocular que al terminar el contrato (12 de diciembre de 1956) los pedidos que daban derecho a comisión ascendían a la suma de $ 1.033.50, alcanzando a $ 124.02 el 12% sobre esa cifra, hecho constatado por el Juzgado *a quo* en la diligencia de inspección judicial.

SE CONSIDERA:

Como observación previa hace la Corte la siguiente:

La sentencia de primer grado condenó a la Editorial demandada al pago de salarios insolutos, cesantía y primas de servicio. De esa providencia sólo apeló la parte demandante. La decisión al respecto fue confirmada por el Tribunal. Con relación a tales condenas no es atendible en casación la censura contra el fallo del *ad quem,* por falta de interés jurídico en la parte demandada, pues ésta aceptó lo resuelto por el Juzgado *a quo* en su resolución de derecho. En el presente recurso el interés de esa parte se reduce a la nueva condena de la sentencia del Tribunal relativa al pago de indemnización moratoria, que no contiene la de primer grado.

Otra observación cabe hacer y es la de que el cargo no se ajusta a la técnica de casación. En efecto, la violación que acusa del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, se produjo por falta de aplicación de los artículos 1714 a 1716 del Código Civil.

Ahora bien: autoriza la compensación judicial el artículo 59, numeral 1º del estatuto laboral. Es ese texto y no el 65 del mismo estatuto el que guarda relación con los que el cargo cita, pertenecientes a la ley civil. En la casación del trabajo juegan, como violaciones de medio, normas de otros códigos, siempre que incidan en preceptos de la ley laboral, requisito que no llena la acusación, según la razón expuesta.

Con todo, para obrar con amplitud, la Sala pasa al examen del cargo.

Para dar aplicación al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo el Tribunal hace estas consideraciones: en el caso de autos no hay duda sobre la existencia del contrato de trabajo entre las partes, ya que no sólo fue reconocido por el demandado sino que surge de la inspección ocular. Según ella el actor recibió las comisiones que le pertenecían (12% sobre $ 2.127.30), "por lo cual la compensación alegada por la demandada no tiene ningún respaldo probatorio. Por consiguiente, no pudiendo retener el patrono las prestaciones causadas a la terminación del contrato, se hizo acreedor a la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo".

La Sala observa:

La diligencia de inspección judicial (f. 25) dice: "Se constató igualmente que el valor total de los pedidos colocados por Max Gutiérrez fue de $ 2.127.30" y que "el 12% sobre dicha suma arroja la cantidad de $ 255.27".

Como se ve, la estimación que hace el Tribunal de la prueba en mención guarda conformidad con el hecho que ella acredita, observado por el Juzgado *a quo*. Luego el reparo de que incurrió en error de hecho por su mala estimación, carece de fundamento.

Cita también el cargo como mal apreciados los comprobantes de contabilidad corrientes a folios 36 a 45, cuyo contenido se dejó transcrito antes.

Según el acta de inspección ocular, lo que el Juzgado tuvo a la vista fue el extracto de la cuenta corriente de Max Gutiérrez sobre los pedidos colocados por él, no los aludidos comprobantes, incorporados al proceso posteriormente. No hace mérito la sentencia del *ad-quem* de esos documentos, por lo cual la afirmación de que los apreció con desacierto es inatendible.

El acta de inspección transcribe estas manifestaciones del Subgerente de la Editorial: la comisión en favor del empleado se causa cuando el cliente a quien coloca un pedido paga la cuota inicial y las tres siguientes; al terminar el contrato con Gutiérrez sus clientes habían pagado las tres primeras cuotas, sin incluír la inicial, por un valor de $ 1.033.50, respecto del cual el 12% es la cantidad de $ 124.02.

Observa la Sala que el acta de inspección ocular hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el Juez, conforme a lo preceptuado en el artículo 730 del Código Judicial. Como hechos constatados en la inspección toma el recurrente las manifestaciones del representante de la Editorial. La norma legal citada desautoriza esa opinión. Las manifestaciones de que se trata no pasan de ser simples afirmaciones, sujetas al principio general dominante en derecho probatorio, según el cual quien las hace está en la obligación de demostrarlas.

A lo expuesto conviene agregar lo siguiente:

Aunque el fallo de primer grado nada dijo en su parte resolutiva sobre la excepción de compensación, implícitamente la rechazó al condenar a la Editorial al pago de salarios insolutos, cesantía y primas de servicio. Como antes se observó, del fallo de primer grado no apeló la parte demandada. El hecho de haber quedado deudas pendientes al terminar el contrato, por los conceptos expresados, que es la hipótesis prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, fue lo que determinó su aplicación por el Tribunal.

Alega el acusador la compensación con el propósito de que, una vez admitida, desaparezcan las condenas por las deudas de que se ha hecho mérito, o al menos para que, extinguidas por obra de tal fenómeno, quede sin base la norma del artículo 65. Fácil es entender, dentro de la situación procesal que se ha descrito, que el reconocimiento de la deuda por compensación, superior según el recurrente al importe de las tres condenas citadas, implicaría el rechazo del fallo de primer grado, en ese punto confirmado por el del *ad quem*, y de consiguiente, el desconocimiento de la fuerza de cosa juzgada material de que quedó revestido. Una decisión en tal sentido sería abiertamente contraria a la ley.

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 la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto De Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

AGENCIA OFICIOSA. — NECESIDAD DE LA RATIFICACION

Declárase desierta y consiguientemente terminada la actuación en este proceso sobre oposición a una propuesta de explotación de petróleo. Lo actuado estaba en parte viciado de nulidad. Se precisan las consecuencias de la falta de ratificación de lo actuado por agencia oficiosa.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. El artículo 270 del Código Judicial permite promover demanda a nombre de persona de quien no se tenga poder ni facultad para representarla, pero para admitir la correspondiente representación exige que la parte por quien se instaura el juicio ratifique la actuación cumplida, dentro del perentorio término de dos meses.

2. Si la actuación por agencia oficiosa debe suspenderse, conforme a la citada norma legal, una vez hecha la notificación de la demanda, ello obedece a la falta de personería en el agente oficioso para representar en toda la secuela del proceso a la parte en cuyo nombre ha iniciado la acción.

3. La orden de suspender el proceso una vez notificada la demanda, priva al Juez de competencia para seguir actuando mientras perdure la suspensión, de modo que los actos procesales que se cumplan durante ella son nulos por incompetencia del funcionario que los ejecuta.

4. Como el término de dos meses que fija el artículo 270 del Código Judicial, es perentorio, y una vez expirado sin que se haya cumplido el requisito de la ratificación queda obligado el agente oficioso al pago de los perjuicios, es lo procedente, cuando la mencionada condición queda incumplida, declarar desierta la actuación iniciada, debido a la falta de parte con quien continuar el respectivo trámite.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, trece de febrero de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Carlos Peláez Trujillo).

El doctor Carlos Holguín Holguín promovió demanda ordinaria contra la Nación, representada por el señor Procurador Delegado en lo Civil, en calidad de agente oficioso de la señorita Raquel Stella Arango Terán, mayor de edad y vecina de Bogotá, en la cual solicita las siguientes declaraciones:

"*Primera.* Que el globo de terreno de propiedad de la demandante, determinado en el hecho primero del libelo por su ubicación, extensión superficiaria y linderos, salió del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de varios títulos jurídicos emanados del Estado y de la justa prescripción por explotación económica de la tierra.

"*Segunda.* Que en consecuencia, tanto el suelo como el subsuelo del globo de terreno determinado en el hecho primero de esta demanda,

por su ubicación, extensión y linderos, y de manera especial el petróleo, gases, hidrocarburos y demás minerales o sustancias que se hallen en el subsuelo de dicho globo de terreno son de propiedad de la señorita Raquel Stella Arango Terán.

"*Tercera.* Que, por consiguiente, el suelo y el subsuelo del referido globo de terreno, y de manera especial el petróleo, gases y demás hidrocarburos y sustancias que se encuentren en dicho subsuelo pueden explotarse como de propiedad privada de la señorita Raquel Stella Arango Terán, y su exploración y explotación no pueden adelantarse por la Texas Petroleum Company, solicitante de la propuesta número 870 de que la demanda trata más adelante, ni por ninguna otra persona natural o jurídica distinta de la demandante.

"*Cuarta.* Que en el evento de que ya se hubiese 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 éste ubicado dentro del perímetro de la propuesta número 870, dicho contrato debe declararse terminado en lo referente al subsuelo petrolífero del globo de terreno objeto de la demanda, conforme lo dispone el inciso 3º del artículo 2º del Decreto 3050 de 1956".

El globo de terreno a que se refieren las peticiones que preceden es el siguiente, conforme a la determinación que de él se hace en el hecho primero del libelo: el predio denominado Santa María, ubicado en jurisdicción del Municipio de Zipaquirá, que el actor individualiza en la siguiente forma: "La Glorieta, con una cabida aproximada de diez y seis fanegadas (16 fgds.) y cinco mil seiscientas varas cuadradas (5.600), formada por los potreros conocidos con los nombres de La Glorieta y El Escritorio, de la antigua finca de Susaguá, inmueble ubicado en jurisdicción del Municipio de Zipaquirá (Departamento de Cundinamarca) y que está comprendido por los siguientes linderos: 'Por el Oriente, pared de por medio, con la carretera que Zipaquirá (sic) conduce a Nemocón; por el Norte, con terrenos que componen el potrero denominado La Meseta de la misma finca de Susaguá; por el Occidente, cerca de alambre de por medio, con los potreros de El Triunfo y El Restaurante que pertenecieron a Luis A. Riaño, hoy a Soledad Murcia de Rubio; y por el Sur, con terrenos de Eduardo Jiménez'."

En providencia de veinte de mayo de mil novecientos sesenta se reconoció al demandante la calidad de agente oficioso de la señorita Arango Terán, y se admitió la demanda por él presentada con el carácter expresado, de la que se dio traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil, como representante de la parte demandada, mediante notificación del auto aludido en diligencia suscrita el siete de junio siguiente.

Con posterioridad a esta última actuación, el diez y siete del mismo mes de junio, el negocio fue recibido a pruebas, y ahora, siete meses después de notificado el auto que ordenó correr el traslado de la demanda, el negocio se encuentra nuevamente al despacho sin que aparezca que la señorita Arango Terán haya ratificado lo hecho por su agente oficioso.

Ahora bien, el artículo 270 del Código Judicial permite promover demanda a nombre de persona de quien no se tenga poder ni facultad para representarla, pero para admitir la correspondiente representación exige que la parte por quien se instaura el juicio ratifique la actuación cumplida, dentro del perentorio término de dos meses; y dispone además que la actuación por agencia oficiosa debe suspenderse una vez hecha la notificación de la demanda, norma que no es sino una consecuencia de la falta de personería en el agente oficioso para representar en toda la secuela del proceso la parte en cuyo nombre ha iniciado la acción. Si bien no quiere la ley que una persona pueda verse privada de acciones que la ley misma le otorga para obtener el reconocimiento de un derecho o la efectividad de una obligación, por ausencia o impedimento para hacerlas valer judicialmente, tampoco podría admitir que el juicio se lleve hasta su terminación sin el consentimiento expreso ni la representación de quien no ha constituído apoderado que asuma su personería. Por eso ordena la suspensión del proceso una vez notificada la demanda, con lo cual priva al juez de competencia para seguir actuando mientras perdure la suspensión, de modo que los actos procesales que se cumplen durante ella son nulos por incompetencia del funcionario que los ejecuta; que es lo que en este caso acontece con la providencia que abrió la causa a pruebas.

Y como, por otra parte, el término de dos meses para que se haga aquella ratificación es perentorio, y una vez expirado sin que se haya cumplido el mencionado requisito queda obligado el agente oficioso al pago de perjuicios, es

lo procedente, cuando la mencionada condición queda incumplida, declarar desierta la actuación iniciada debido a la falta de parte con quien continuar el respectivo trámite.

En consecuencia, la Sala resuelve:

1º Declárase nulo lo actuado en el juicio a partir del auto de diez y siete de junio de mil novecientos sesenta que recibió la causa a pruebas.

2º Declárase desierta, y consiguientemente terminada la actuación en este negocio.

3º Ordénase la devolución a la parte actora de la suma depositada como caución para iniciar el juicio y la cancelación de la expresada caución.

4º No se hace condenación en perjuicios porque no aparece que se hayan causado ni con la nulidad de lo actuado ni con la presentación de la demanda.

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

Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION DE DOMINIO DEL SUBSUELO PETROLIFERO

Niéganse las peticiones de la demanda. No se identificaron los terrenos a que se refieren los títulos antiguos.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. El objeto de estos litigios sobre propiedad del subsuelo petrolífero no consiste en identificar los predios según los títulos actuales, sino en determinar y localizar las parcelas descritas en los títulos emanados del Estado antes del 28 de octubre de 1873, como hecho fundamental y principal de la pretensión de la parte actora.

2. Las constancias dejadas por los apoderados en el acta de inspección ocular no pueden considerarse sino como opiniones o conceptos suyos, mas no como hechos que el Juez hubiese percibido y consignado en el acta, de acuerdo con el fin de esta prueba, preestablecido en el artículo 724 del Código Judicial.

3. Durante la diligencia de inspección ocular decretada en un juicio ordinario, bien pueden presentarse las escrituras o pruebas pedidas en tiempo hábil; mas no pueden considerarse como legalmente presentadas las que, sin haber sido pedidas dentro del primer lapso señalado en el artículo 746 del Código Judicial, sean allegadas en tal diligencia.

4. Sin identificar y ubicar las primitivas mercedes, no puede afirmarse que los predios actuales de los demandantes estén dentro de aquéllas, porque desconocido el todo, tampoco pueden determinarse las partes que lo integran.

5. La Corte ha considerado en varias sentencias que la identificación de un predio no se ha hecho a cabalidad, cuando no se ha podido determinar uno de los lados del polígono; de manera que cuando la falta de determinación se refiere no sólo a uno de los lados del predio, sino a todos, la indeterminación tiene que reputarse absoluta.

6. Cuando los peritos deben estimar o emitir concepto sobre hechos pasados, para darle fundamento, se requiere que estén probados en el juicio, porque no sería dable llegar a conclusiones ciertas con base en meras hipótesis más o menos probables, pero sin asidero real en el proceso.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, quince de febrero de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Efrén Osejo Peña).

El apoderado de Paulina Dávila de Pardo, Julio, Enrique, Manuel y Alfonso Pardo Dávila demandó al Estado con el fin de que, en la sentencia definitiva, proferida en juicio ordinario de única instancia, se hicieran las siguentes declaraciones:

"Primera. Que los globos de terreno de propiedad de mis mandantes, determinados en el hecho primero de esta demanda, por su ubicación, extensión superficiaria y linderos, salieron del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de varios títulos emanados del Estado y de la justa prescripción por explotación económica de las tierras.

"Segunda. Que en consecuencia tanto el suelo como el subsuelo de los globos de terreno determinados en el hecho primero de esta deman-

da, por su ubicación, extensión y linderos, y de manera especial el petróleo, gases, hidrocarburos y demás minerales o sustancias que se hallen en el subsuelo de dichos globos de terreno son de propiedad de mis poderdantes los señores Paulina Dávila de Pardo, Julio Pardo Dávila, Enrique Pardo Dávila, Manuel Pardo Dávila y Alfonso Pardo Dávila.

"Tercera. Que, por consiguiente, el subsuelo de los referidos globos de terreno y de manera especial el petróleo, gases y demás hidrocarburos y sustancias que se encuentren en dicho subsuelo pueden explotarse como de propiedad privada de los señores Paulina Dávila de Pardo, Julio Pardo Dávila, Enrique Pardo Dávila, Manuel Pardo Dávila y Alfonso Pardo Dávila, y su exploración y explotación no pueden adelantarse por la Texas Petroleum Company, solicitante de la propuesta número 872, de que se habla más adelante, ni por ninguna otra persona natural o jurídica distinta de los señores Paulina Dávila de Pardo, Julio Pardo Dávila, Enrique Pardo Dávila, Manuel Pardo Dávila y Alfonso Pardo Dávila.

"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 de los mencionados globos de terreno, como si fuesen de propiedad nacional, por hallarse éstos ubicados dentro del perímetro de la propuesta número 872, 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 tercero del artículo 2º del Decreto 3050 de 1956". (fs. 114 vto. a 115 C. Nº 1º).

Respecto de los hechos, el apoderado de los actores los presentó en la siguiente forma, que se copian textualmente en las partes sustanciales, sin incluír las lindes de cada parcela por no ser del todo indispensable para los fines de este fallo.

"Primero. Mis poderdantes, los señores Paulina Dávila de Pardo, Julio Pardo Dávila, Enrique Pardo Dávila, Manuel Pardo Dávila y Alfonso Pardo Dávila, son actuales copropietarios y poseedores inscritos de un globo de terreno denominado 'Los Alpes', ubicado en jurisdicción del Municipio de Chocontá, Departamento de Cundinamarca, comprendido dentro de los siguientes linderos:

'.....'

"Mi poderdante el señor Julio Pardo Dávila, es actual propietario y poseedor inscrito de un globo de terreno denominado 'Tilatá', formado por tres lotes o potreros llamados 'Las Casas' o 'Manga', 'Las Juntas' y 'El Molino', que hicieron parte de la antigua hacienda de 'Tilatá' y que están comprendidos por los siguientes linderos:

'.....'

"Mi poderdante el señor Enrique Pardo Dávila, es actual propietario y poseedor inscrito de un globo de terreno denominado 'San Fernando de Tilatá', formado por el potrero 'El Resguardo' y por el predio denominado 'San Fernando de Tilatá' que formó parte de la antigua hacienda de 'Tilatá', ubicado en jurisdicción del Municipio de Chocontá, Departamento de Cundinamarca y comprendido por los siguientes linderos:

'.....'

"Mi poderdante el señor Manuel Pardo Dávila, es actual propietario y poseedor inscrito de un globo de terreno denominado 'La Isla de Tilatá', que hizo parte de la antigua hacienda de 'Tilatá', ubicado en jurisdicción del Municipio de Chocontá, Departamento de Cundinamarca, formado por los potreros de 'La Isla', 'Gibraltar' y 'La Fragua', comprendido dentro de los siguientes linderos:

'.....'

"Mi poderdante el señor Alfonso Pardo Dávila, es actual propietario y poseedor inscrito de un globo de terreno denominado 'San José de Tilatá', que formó parte de la antigua hacienda de 'Tilatá', ubicado en jurisdicción del Municipio de Chocontá, Departamento de Cundinamarca, comprendido dentro de los siguientes linderos:

'.....'

"Mis mandantes, Julio, Enrique, Manuel y Alfonso Pardo Dávila son copropietarios, en común y proindiviso de las casas de la hacienda de 'Tilatá', con sus huertas, corralejas y jardines, todo lo cual está encerrado por paredes y que limita con terrenos adjudicados a Julio y Manuel Pardo Dávila, menos en una parte en donde limita con terrenos de 'San Fernando', de propiedad de Enrique Pardo Dávila, habiendo quedado la casa de la hacienda con derecho de entrada por el camino que va del puente Baraya por el potrero de 'Gibraltar' y por el

camino que va por el potrero de 'La Manga', de propiedad de Julio y Manuel Pardo Dávila.

"Segundo. La tradición del dominio de los globos de terreno de que trata el hecho anterior, cuyo suelo y subsuelo es de propiedad de mis poderdantes, mediante una cadena comprobada de títulos, se remonta desde los señores Paulina Dávila de Pardo, Julio Pardo Dávila, Enrique Pardo Dávila, Manuel Pardo Dávila y Alfonso Pardo Dávila hasta las personas que lo adquirieron antes del 28 de octubre de 1873 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 265 de 13 de marzo de 1958, admitió la propuesta para contratar la exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional registrada bajo el número 872, formulada por la Texas Petroleum Company, el día 17 de septiembre de 1956, sobre un globo de terreno de 49.998 hectáreas, ubicado en jurisdicción de los Municipios de Suesca, Nemocón, Sesquilé, Villapinzón, Cucunubá, Lenguazaque y Chocontá, en el Departamento de Cundinamarca, y comprendido dentro de los siguientes linderos:

'.....'

"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 1873, por virtud de numerosos actos jurídicos, que son la causa legal del derecho de mis mandantes sobre el subsuelo de los citados predios, 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.

"Quinto. Los globos de terreno mencionados cuyo suelo y subsuelo es de propiedad de mis poderdantes está comprendido dentro del área de la propuesta número 872 de la Texas Petroleum Company, cuyo perímetro se superpone a ellos.

"Sexto. Los globos de terreno mencionados, cuyo suelo y subsuelo pertenecen a los señores Paulina Dávila de Pardo, Julio Pardo Dávila, Enrique Pardo Dávila, Manuel Pardo Dávila y Alfonso Pardo Dávila, están claramente determinados en los títulos de adquisición y son determinables sobre el terreno". (fs. 115 a 119 vto. ib.).

Como fundamento de la acción o pretensiones de los actores se invocaron las siguientes disposiciones legales: artículos 5, 34, 36 del Decreto número 1056 de 1953; 2º del Decreto 3050 de 1956; las leyes 37 de 1931, 160 de 1936, 11 de 1953 y los decretos reglamentarios, la legislación colonial española, las leyes de Indias y las Reales Cédulas sobre la materia, al igual que varias leyes de la República como el C. F. de 1873, etc.

Con la demanda se acompañaron numerosos instrumentos públicos, para demostrar los actos o contratos celebrados entre particulares, en orden a la transferencia del derecho de dominio de los distintos inmuebles, en cuanto atañe a sus respectivos titulares o propietarios actuales; sin embargo, no está por demás anotar desde ahora que no se citó el título o los títulos antiguos, ni las lindes de cada merced o adjudicación anterior al año de 1873, sino que, por el contrario, se afirma que salieron del dominio del Estado "en virtud de varios títulos", o bien "por virtud de numerosos actos jurídicos, que son la causa legal del derecho de mis poderdantes sobre el subsuelo de los citados predios...", según se lee en la primera petición y en el hecho cuarto del libelo.

Admitida la demanda, el Procurador Primero Delegado en lo Civil la contestó en el sentido de oponerse a que se hicieran las declaraciones suplicadas.

"En cuanto a los hechos manifiesto, que me atengo a la eficacia y conducencia de las pruebas que se produzcan para respaldarlos".

Durante el término de prueba se practicaron las que se pasa a mencionar, con el objeto de estudiar si los extremos fundamentales del litigio han logrado establecerse en la forma exigida por la ley.

I. Títulos. Mediante despacho, el Archivo Nacional, en cuarenta y dos folios, expidió copias de varias mercedes antiguas, tomadas de distintos libros y actuaciones, entre otras, de la petición hecha por el Procurador de Juan Salvador López Garrido, con el objeto de que se le hiciese merced del realengo nombrado "Mundo Nuevo", en jurisdicción del pueblo de Chocontá, que se resolvió favorablemente el 27 de agosto de 1794; sin embargo, surgió la oposición de Juan Manuel de la Torre, quien al efecto, dijo: "Que dicho Garrido ha puesto tan alta la mira de sus ambiciosos tiros tomando por blanco y objeto el terreno, sino el mejor a lo menos el bastante pingüe y útil titulado perteneciente a la hacienda de Tilatá queriéndose hacer señor de un nuevo mundo, soñando o delirando que aquel terreno es baldío, ..." (fs. 11 C. Nº 4º).

El 12 de agosto de 1795, el comisionado procedió a hacer el reconocimiento del baldío Nuevo Mundo, en cuya acta se lee: "En el mismo día estando en la falda de la loma de la senda, fuera del lugar de la ranchería, al señor corregidor le manifestó Juan Manuel de la Torre un testimonio de varias escrituras y títulos que dijeron ser pertenecientes a la hacienda de Tilatá, de los que se leyeron los que expresó dicho Torre hacían a su favor para las diligencias presentes, siendo el principal que en su favor manifestó un título de merced hecha a Andrés Vásquez de Molina de los Páramos baldíos en el repartimiento de Chocontá. Y como el citado Torre y su yerno Joseph María Sánchez rehusaron el confiar los referidos instrumentos para con mayor reflexión imponerse en ellos en el lugar de la Ranchería y escribir allí algunos apuntes o razones necesarias, por esta causa no se pone la razón de la fecha de la merced ni por quien es hecha por no tenerse presente y haberse pasado de la memoria con motivo de los más papeles que se leyeron, pero evidentemente se tiene presente que en virtud de la consabida merced de los páramos baldíos en el repartimiento de Chocontá tomó el insinuado Molina varias posesiones en los páramos que se hallan en medio de los resguardos del mencionado pueblo de Chocontá de las tierras de la hacienda de la Ovejera que es vecindario de Suesca y de las tierras de los aposentos de dicho Chocontá. Los cuales páramos en algunas partes le llaman hoy Chilabá y como en la referida merced no consta que en tierras de Nuevo Mundo se le hubiese dado posesión al prenotado Andrés Vásquez de Molina, se conceptúa que estas tierras no están comprendidas en la merced". (fs. 11 vto. a 12 ib.).

Esta oposición el 19 de julio de 1797, se resolvió en forma adversa a las pretensiones del opositor Juan Manuel de la Torre, según el siguiente aparte: "El fiscal de su majestad dice: Que así por las diligencias practicadas por el Doctor Ignacio de Vargas, en cumplimiento del superior auto de 16 de enero del corriente año, como de las que anteriormente se habían practicado también por el corregidor de Chocontá, en virtud de la Real Provisión de fojas 4, y de la justificación producida por don Juan Salvador Garrido a fojas 94, se acredita bastantemente ser realengas las tierras denunciadas por éste nombradas Mundo Nuevo". (fs. 37 ib.).

Como se ve, ya en los años de la Colonia se puso de manifiesto lo incierto de las lindes del predio llamado Tilatá; sin embargo, como al respecto se invocan varias mercedes, presentadas con ocasión de la memorada oposición, se procede a hacer una sumaria referencia a las más principales, comenzando por las estancias adjudicadas al antes mencionado Andrés Vásquez de Molina, que las enajenó el 31 de marzo de 1601, a María Maldonado viuda de Gabriel Limpias, en esta forma: "una estancia de ganado mayor de las modernas, la cual se me proveyó por el cabildo de la dicha ciudad de Santafé, la cual tiene por linderos una estancia de vos la dicha doña María Maldonado, llamada Papatea y los altos de Tambalá de esta banda del río Chocontá, la cual dicha estancia suso declarada y deslindada con todas sus entradas y salidas..." (fs. 12 vto. ib.).

Andrés Vásquez de Molina, el 22 de noviembre de 1557, se dirigió al Cabildo, integrado por el alcalde ordinario Diego Rodrigo de Balderas, el mariscal don Gonzalo Jiménez de Quesada, el contador Cristóbal de Sanmiguel y el capitán Juan de Céspedes, con el fin de manifestar: "que ha diez u once años poco más o menos, que por el cabildo de esta dicha ciudad se me hizo merced de me dar unas huertas que están junto a San Francisco, pasada el agua a la parte de arriba del camino y juntamente con ellas se me proveyó una estancia de ganados que yo tengo y poseo poblada con mis ganados en el desaguadero de la laguna de Guatavita, entre las Sierras desde el camino que se pasa el vado del río a Machetá, el río arriba hacia el nacimiento que viene del dicho desaguadero, la frente y lo largo del camino que va de Machetá, de lo cual se me dio título o proveimiento en forma; el cual dicho título se me ha perdido que no lo tengo ni lo puedo hallar a causa de que yo lo presenté para cierto efecto ante Juan Ramírez, escribano que fue del licenciado Miguel Diez, y ansi mesmo, a causa de ser el tiempo tan largo no se halla en los libros del cabildo; por tanto pido y suplico a vuestras mercedes me manden dar y den título de nuevo de la dicha estancia, y atento a que en esta dicha ciudad, no se me ha dado ni proveído estancia de pan, y me den y me hagan merced de las sobras de tierras que están y hay junto a la dicha mi estancia, el dicho río arriba y hacia el dicho camino que va a Machetá, en lo cual se me hará bien y merced..." (fs. 15 vto. a 16 ib.).

El Cabildo resolvió confirmar la merced de la estancia y ordenar "que se busque el proveimiento original en el libro del cabildo e lo saque; y en lo de las sobras que pide dijeron que le hacen merced de tierras para una estancia en la parte que pide, sin perjuicio de tercero y de los naturales..." (fs. 16 ib.).

La primera petición de Andrés Vásquez de Molina fue hecha el 7 de enero de 1546 ante

"los capitanes Juan de Céspedes y Juan Tafur, alcaldes ordinarios, y Gonzalo García de Zorro y Lázaro Fonte, y Juan Ruiz de Orejuela y Pedro de Colmenares y Hernando de Prado y Hernán Pérez de Malaver", en cuya acta se lee: "En este cabildo se presentó una petición por Andrés de Molina en que por ella se pide una estancia para ganado, que es de esta banda de Chocontá al río donde Andrés Martín solía tener su ganado y que corra hacia el páramo de Machetá, y ansi mismo pidió una caballería para sembrar, que es a la cabezada de unas huertas que tiene, que están como vamos de esta ciudad para sus indios de Teusacá, alinde con el montecillo de Teusacá, de manera que éntre en la dicha estancia una labranza que los indios le hacen cada uno año derecho hacia la Sierra, según más largo que se contiene en la petición; proveyose la estancia para ganado sin perjuicio de los indios de Chocontá, o a otros cualesquier que sean y en la caballería que pide, que se comete a los deputados que lo vean si es perjuicio y visto por ellos se proveerá lo que sea justo". (fs. 17 ib.).

El 17 de mayo de 1558 se libró requerimiento a Juan de Penagos, "juez de comisión de su majestad, de entre los términos e tierras de Chocontá e Guatavita" con el objeto de que, cumpliendo con la comisión impartida, al citado Andrés de Molina "le haga medir dos estancias que en ella se hace mención, e medidas le meta y ampare en la posesión de las dichas estancias en la parte y lugar, constando en los títulos y mercedes que por el dicho cabildo se le dio..." (fs. 17 vto. ib.).

Llenadas las formalidades de rigor, como el nombramiento de medidores, la diligencia se llevó a efecto, en esta forma: "En dicho día diez y siete de mayo del dicho año, el dicho Pedro López en presencia de mi el dicho escribano, con la dicha cabuya de los dichos trescientos pasos e comenzó a medir una de las dichas estancias, e puso un cabo de la dicha cabuya en un cerro que se dice en lengua de indios Suenigua, que es pasado el río de Chocontá, como van del dicho repartimiento a la ciudad de Santafé a la mano derecha junto al camino real y junto al camino que se aparta para pasar el dicho río e ir a Machetá, la cual dicha cabuya e cuerda se puso en dicho cerro y fue corriendo por unas laderas y lomas adelante hasta llegar al dicho valle de Cupatama, junto al río y se fue midiendo por el dicho río e lomas, hasta llegar a un arroyo que el dicho señor Juan de Penagos nombró por mojón entre los términos de Guatavita e Chocontá, que es a la falda del cerro del Santuario que está a la cabezada del dicho valle, donde se acabó la última cuerda de los dichos trescientos pasos, e hasta llegar al dicho arroyo se midieron y hubo veinte cabuyas en largo que son seis mil pasos, conforme al uso y costumbre que se tiene en las estancias que se dan por los dichos señores del cabildo, junto al cual dicho arroyo se hizo un mojón e montón de tierra e céspedes. En el dicho día, el dicho medidor en presencia de mi el dicho escribano echó la dicha cabuya en el dicho cerro donde se hizo la primera, e de allí se enderezó por junto al camino que va a Machetá, sobre la mano izquierda, pasando un arroyo que entra en el dicho río corriendo la dicha cabuya por una ladera adelante derecho al páramo de Machetá, el dicho arroyo arriba hasta llegar a un cerro alto en el cual se cumplió de medir otras veinte cabuyas conforme a lo susodicho"; (fs. 18 a 18 vto. ib.).

En la misma fecha se le dio a Molina posesión de un bohío, ubicado en "el valle de Cupatama donde se midió la estancia", cuya posesión recibió de acuerdo con el formulismo de la época; y al día siguiente (18 de mayo de 1558), "...el dicho Pedro López, medidor susodicho con la dicha cabuya e cuerda de los dichos trescientos pasos e comenzó a medir la otra estancia de las susodichas que está nombrado por medidor, la cual se comenzó a medir desde el mojón último que se acabó de medir la susodicha que está junto a un cerro llamado en legua de indios Siachoque y se puso la dicha cuerda derecho a la Sierra e vertientes de Machetá e fue corriendo la dicha cabuya hasta llegar a las dichas vertientes a un cerro llamado en lengua de indios Chinanchilechia, al cual se puso un mojón alto de piedras e tierra; e desde donde se puso la primera cabuya hasta llegar al dicho hubo once cabuyas de largo de la dicha medida, de manera que para llegar a veinte que son seis mil pasos en largo, faltaron nueve cabuyas en largo; y desde el dicho cerro el dicho medidor hizo echar la dicha cuerda e cabuya por las dichas vertientes y por encima de las lomas derecho a la Sierra Alta que en lengua de indios se dice Tempucá, hasta la cual hubo diez y siete cabuyas en largo, de manera que para el cumplimiento a veinte faltaron tres cabuyas en largo, y de cabuya a cabuya se ponía e puso un mojón alto de tierra e céspedes en señal de la dicha medida e límites de la dicha estancia e mojones de ella;" (fs. 19 ib.).

Y en la fecha citada, "...el dicho Juan de Penagos en presencia de mi el dicho escribano, metió en la posesión de la estancia desuso medida, al dicho Andrés de Molina, vecino de la

dicha ciudad de Santafé, la cual dicha posesión dijo que le daba e dio real, corporal, actual, velcasi, tanto cuanto ha lugar de derecho, e le reserva que haga medir las demás cabuyas en largo que faltan por medir de la dicha estancia, en todo lo cual le mete y ampara en la dicha posesión, las cuales mida y haga medir donde le convenga y a él le pareciere conforme al título que de ello tiene, y el dicho Andrés de Molina se apeó de un caballo y se paseó por la dicha estancia y en señal de posesión hizo un montón e mojón de piedras en ella la cual dicha posesión tomó quieta y pacíficamente sin contradicción de persona alguna,...'' (fs. 19 a 19 vto. ib.).

Ante el presidente Francisco de Sande, el 6 de octubre de 1601, Felipa Carvajal solicitó que se le hiciera ''merced de tres estancias, una de ganado mayor y otra de ganado menor, y otra de pan, que son en tierras vacas de Amanacá yendo de Suesca el río de Funza arriba camino de Chocontá, después de medidas las que allí tenían pedidas doña María Maldonado y sus hijos y me pidió que pues hasta agora no se le había hecho merced de ninguna estancia se la hiciese de proveerle las dichas estancias, pues era persona benemérita de más que serviría al Rey Nuestro Señor, con la composición que fuese justo, dándole título de ellas. E por mí visto su pedimento teniendo consideración a las causas que en él refiere, mandé dar y dí el presente por el cual en nombre de su majestad y en virtud de los reales Poderes que para ello tengo, doy en repartimiento y vecindad, e hago merced a la dicha doña Felipa Carvajal, de las dichas tres estancias que así pide, una de Ganado Mayor y otra de menor y otra de pan sembrar en las partes y lugares que las pide y debajo de los límites y linderos que en su pedimento señala, después de medidas y amojonadas las que por mí han sido dadas a doña María Maldonado su hermana y a sus hijos como por su parte se me pide, para que la tenga y posea, labre y cultive y en ellas críe y traiga sus ganados como cosa suya propia, ella y sus herederos y subcesores y quien de ellas o de ellos tuviere título y causa sin que en ello le sea puesto estorbo ni otro impedimento alguno, la cual dicha merced le hago sin perjuicio del derecho, preeminencia y señorío Real y de otro tercero que mejor le tenga o pueda tener a las dichas tierras y con cargo de que cuando se tratare de compusición acuda a componer estas de que así le hago merced ante la persona que de ello tratare por orden de su majestad...'' (fs. 20 ib.).

El día 29 de octubre de 1601, el juez comisionado procedio a dar ''posesión de las tres estancias en el dicho título contenidas; y por mi el dicho escribano visto el dicho pedimento, título y comisión y en su cumplimiento teniendo la vara de la Real Justicia en mi mano, tomé por la suya a la dicha doña Felipa de Carvajal, y le metí en posesión de las tres estancias en el dicho título contenidas, la cual se paseó por ella de un cabo a otro y de otro a otro y arrancó yerbas del campo y las volvió a arrojar y hizo otras cosas y actos. Todo lo cual dijo que hacía e hizo en señal de posesión y por posesión que de las dichas tres estancias tomaba y tomó actual, corporal, velcasi, quieta y pacíficamente sin contradicción de persona alguna, con protestación que hizo de usar y gozar de ellas''. (fs. 21 ib.).

Felipa de Carvajal transfirió el derecho de dominio de las tres estancias a María Maldonado, pero sin indicar las lindes, que tampoco se señalaron en la diligencia de posesión antes copiada.

El mismo doctor Francisco de Sande, como presidente de la Audiencia, hizo merced de tres estancias a María Maldonado, por cuanto ''en los términos de Chocontá hay tierras vacas donde se os podía proveer y hacer merced de tres estancias, una de ganado mayor, y otra de ganado menor y otra de pan, que fuesen desde una quebrada que parte los términos entre Suesca y Chocontá el río de Funza arriba, el largo hasta una barranca bermeja que está junto al dicho río Funza, y de ancho desde el dicho río a la mano izquierda viniendo del pueblo de Suesca para el de Chocontá, que era tierra sin perjuicio, me pediste, que pues no se os había hecho ninguna merced de tierras, os la hiciese de proveer las dichas estancias y dar título de ellas, lo cual por mi visto y teniendo consideración a vuestra calidad y a las demás causas que significais, por la presente en nombre del Rey Nuestro Señor doy y hago merced a vos la dicha doña María Maldonado de las dichas tres estancias y tierras que así pedis, las cuales se os midan y amojonen en la parte y lugar y debajo de los límites y linderos que señalais en vuestro pedimento desuso que la una sea de ganado mayor y la otra de ganado menor y la otra de pan y cada una tenga la medida y tamaño que tienen las semejantes estancias...'' (fs. 22 ib.).

El juez comisionado, el 29 de octubre de 1601, procedió a dar posesión a la agraciada María Maldonado de Carvajal, viuda de Gabriel Limpias y Feijoó, de las tres estancias adjudicadas, pero sin indicar las lindes, ni menos llevar a efecto la mensura ordenada para determinar el área concedida. (fs. 23 ib.).

También aparece que el licenciado Miguel Diez Armendáriz, gobernador del Nuevo Reino de Granada, dio "en repartimiento al dicho Andrés de Molina, como a vecino de la dicha ciudad de Santafé, descubridor de este dicho Reino por estancias para ganados, todos los baldíos e páramos de Chocontá por él pedidos en los cuales pueda traer sus ganados e con ellos pacer la yerba, e beber el agua, e hacer lo demás que bien visto os sea con tanto que el dicho ganado no llegue con mil pasos a bohíos ni labranzas de ningunos indios, y conque el pasto sea común de pasada, que siendo por vos servido el tiempo que su majestad manda quede para vos e para vuestros herederos e subcesores, e hagais de ello como de cosa vuestra propia". (fs. 24 ib.).

Años más tarde, el 21 de noviembre de 1581, Andrés de Molina exigió nueva posesión de las estancias concedidas por el licenciado Miguel Diez Armendáriz, la cual le fue conferida en forma puramente rutinaria o sacramental, sin tener en cuenta para nada las lindes del predio, como podrá verse en el siguiente aparte: "...y para que conste de la dicha su posesión a mayor abundamiento por ante mi el dicho escribano en aquella vía e forma que más hobiere lugar de derecho y sin perjuicio suyo y de la posesión antigua que tiene la quiere tomar de nuevo y me pidió se lo de por testimonio, y como la toma quieta y pacíficamente y el dicho Andrés de Molina en cumplimiento del dicho su título, se anduvo paseando por los dichos páramos de una parte a otra e cortó e arrancó yerbas, lo cual dijo que hacía en señal de posesión, la cual tomaba e tomó en la parte dicha en lugar y en nombre de todos los demás páramos e tierras despobladas e baldíos e de como tomaba la dicha posesión quieta conforme al dicho su título lo que a él se le dio a mayor abundamiento cabalgó en su caballo, e por ante mí el dicho escribano en señal de posesión fue andando por los dichos páramos adelante a dar a la falda de los cerros que nombraron Guaca, Quimpaca, y Tunuquila, donde se apeó y cortó e arrancó yerbas, e de aquí cabalgó e fue por los dichos páramos a dar a otros cerros que están por cabezada de una estancia de ganado suya que nombraron Cuhunguya donde se apeó e cortó e arrancó yerbas, e de aquí cabalgó e fue a dar por los dichos páramos e despoblados a un valle llamado Chiguaca donde se apeó y se anduvo paseando de una parte a otra, e cortó, e arrancó yerbas, e tornó a cabalgar e fue a una loma que se dice Buirca, frontero de un cerro que se dice Sua, que está por cima de un arroyo que se dice Turcia, e se apeó y paseó e cortó, e arrancó yerbas e tornó a cabalgar e fue a dar a los páramos que están de esta otra banda donde hay muchos cerros que se dicen Choquirá, en los cuales páramos dijo tener un potrero donde tiene sus potros y caballos de arría, cercado con el río de Chusa, y Goycaza en el cual dicho potrero y páramos se apeó y paseó de una parte a otra, e cortó, e arrancó yerbas, todo lo cual dijo que hacía e hizo en señal de posesión que todos los dichos páramos e baldíos despoblados de las dichas tierras de Chocontá tomaba e tomó por ante mí el dicho escribano conforme al dicho su título y de ello pidió testimonio, e de como la tomaba quieta e pacíficamente sin contradicción de persona alguna, e yo el dicho escribano le doy e dí,..." (fs. 24 vto. a 25 ib.).

El 9 de octubre de 1595, Andrés Vásquez de Molina, hijo del primer adjudicatario, vendió tres estancias a Gaspar López Salgado, dos de las cuales —dice el vendedor— las adquirió en la ejecución adelantada contra Catarina de Quintanilla y la por compra a Diego López de Bejar, todas ubicadas en el valle de Cupatoma, "las cuales lindan con un cerro alto que llaman Santuario por la banda de Guatavita y va corriendo desde este cerro hasta un camino que va desde Machetá a Suesca y otro lindero es desde un Salitar que está en el camino real que de esta ciudad va a la de Tunja, antes de llegar al dicho pueblo de Chocontá al viso de Machetá, según constará y parecerá por los títulos originales que de ellas tengo presentadas al dicho oydor e visitador general, y de los autos de las medidas que de ellas se hicieron, según va declarado..." (fs. 26 ib.).

De las estancias compradas, con intervención del escribano, se dio posesión al comprador, en la misma forma sacramental y sin identificar y alindar el predio (fs. 28 y 29 ib.).

El mismo Andrés de Molina, el 5 de octubre de 1593, dio en venta a Gabriel de Limpias Feijoó "cuatro cuadras de tierra que yo tengo por mías y como mías en la comarca del repartimiento de Chocontá en el sitio que se llama Tilatá, que son las cuatro cuadras de tierra que el señor licenciado Miguel de Ibarra, oydor y visitador general, mandó medir,..." (fs. 29 vto. ib.).

En otra diligencia, practicada el 24 de abril de 1597, consta que a Andrés de Molina se le hizo merced de un ejido para la construcción de un molino, pero como éste se le hubiese hundido, solicitó nueva merced "en donde dicen y nombran Tilatá, junto a las juntas de los dos ríos, que nombran el uno de Sizga y el otro el río grande que pasa por Chocontá, donde dicen

que era el hato primero de las vacas paridas, a diez y nueve días del mes de noviembre de mil e quinientos y ochenta y un años, en presencia de mí, Juan Bautista de Herrera, escribano de su Majestad, pareció el señor Andrés Vásquez de Molina, vecino y regidor de la ciudad de Santafé y dijo..." (fs. 32 vto. ib.).

El 15 de julio de 1586 se hizo merced de "una estancia de pan y ganado menor en términos de Chocontá de la otra banda del río Sisga a favor de Diego de Molina", aledaña a "la encomienda que fue de Andrés Vásquez de Molina, mi señor padre..." (fs. 33); pero la posesión, como las anteriores, fue puramente imaginaria sin determinación de la parcela.

Con fecha 5 de agosto de 1608, Bernardo de la Torre y su mujer María Serrano dieron en venta a Martín de Mirabel, "una estancia de pan y ganado menor en términos del pueblo de Chocontá, linde con tierras de doña María Maldonado y de un río llamado Sisga y el camino real que de esta ciudad va a la de Santafé, la cual hubimos y dio en dote Alonso Serrano nuessuegro y padre..." (fs. 35 ib.).

En fin, como se ha hecho expresa mención de los títulos originales o de las mercedes concedidas por las autoridades de la colonia, para no alargar en demasía este fallo, basta mencionar que las estancias adjudicadas a Andrés Vásquez de Molina, en virtud de una restitución ordenada en su testamento en favor de los naturales de su encomienda, por la cantidad de quinientos pesos oro de trece quilates, fueron rematadas por Gaspar del Castillo en setecientos pesos oro de trece quilates, quien a su turno las cedió a Gabriel de Limpias, cónyuge de María Maldonado; y así ella o su hijo Francisco de Novoa o de Limpias llegaron a ser propietarios de más de ocho estancias por compra o adjudicación directa, según lo dicho antes.

II. Inspección ocular. Como en estos juicios, la identificación de los predios tiene la calidad de esencial, se practicó la correspondiente inspección ocular por el juez promiscuo del circuito de Chocontá, comisionado al efecto, en cuya diligencia y con la intervención de los peritos, se identificaron las actuales parcelas, o sea, las enumeradas y alindadas en la demanda, para lo cual se recorrieron los distintos predios, por lo menos para darse cuenta de su real y exacta ubicación, mediante la observación a distancia de algunos, cuando la topografía del terreno lo permitía o no había necesidad de recorrer físicamente las propias lindes de cada uno de ellos.

Si puede considerarse como debidamente identificados y determinados los distintos inmuebles descritos en la demanda, no puede decirse lo propio de las mercedes que se invocan como título original, pues, para llenar a cabalidad el fin primordial de este medio de prueba, debió identificarse sobre el terreno cada una de las mercedes, para luégo ubicar dentro de ellas cada uno de los inmuebles descritos en la demanda; porque el objeto de estos litigios no consiste en identificar los predios según los títulos actuales, sino en determinar y localizar las parcelas descritas en los títulos emanados del Estado antes del 28 de octubre de 1873, como hecho fundamental y principal de la pretensión de la parte actora.

En el acta se insertaron varias constancias dejadas por el apoderado de la parte actora, las cuales no pueden considerarse sino como opiniones o conceptos del dicho apoderado, pero no como hechos que el juez hubiese percibido y consignado en el acta, de acuerdo con el fin de esta prueba, prefijado en el artículo 724 del Código Judicial. Además, el Procurador Delegado rechazó o no aceptó las aseveraciones hechas por el representante de los demandantes. Y en todo caso, en el acta no existe antecedente escrito alguno, para deducir de que se identificaron las distintas mercedes en la misma forma como se llevó a efecto la de los predios descritos en la demanda, es decir, una a una y mediante el recorrido de las lindes descritas en los títulos o adjudicaciones.

El juez comisionado, por su parte, dijo: "En esta forma el juzgado identificó todos los predios a que se refiere el despacho comisorio librado por la honorable Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— en el ordinario seguido contra la Nación por la señora Paulina Dávila de Pardo y otros. El juzgado observó que la parte actora ejercía posesión económica sobre los globos materia de la diligencia, materializada esta posesión, con el pastoreo de hanados (sic), hato para producción de leche, negocio de agricultura y rastrojos, claramente indicativos de que los predios materia de la diligencia han sido poseídos y explotados económicamente. Examinadas pruebas del expediente también puede aseverar el juzgado que todo el inmueble materia de la diligencia salió de la propiedad del Estado con anterioridad al veintiocho de octubre de mil ochocientos setenta y tres (1873). También se observa que el juzgado comisionado inspeccionó bienes los cuales se hallan dentro de su jurisdicción". (fs. 63 ib.).

Respecto del último concepto del juez, basta observar que no fue, ni podía ser comisionado

para dictar sentencia, pues, según se lee en la transcripción hecha, examinadas las pruebas del expediente, "todo el inmueble materia de la diligencia salió de la propiedad del estado (sic) con anterioridad al veintiocho de octubre de mil ochocientos setenta y tres"; porque su misión no era la de estudiar y apreciar pruebas, sino la de practicar una inspección ocular, encaminada, precisamente, a identificar y ubicar las parcelas descritas o que se pretendieron determinar en las mercedes antes aludidas, mediante la confrontación de los puntos de referencia y el recorrido, si hubiese sido factible, de las lindes descritas en cada una de ellas, pero si esto no era posible por cualquier causa, la identificación y determinación o ubicación sobre el terreno resultaba del todo impracticable.

En la diligencia de inspección ocular, el apoderado de los demandantes presentó varias escrituras, que contienen numerosos contratos de compraventa, cuyas copias fueron pedidas y decretadas en tiempo hábil, a excepción de la de fecha 21 de agosto de 1730 (fs. 102 C. Nº 4º), por medio de la cual Juan Pedroso transfirió al Colegio de la Compañía de Jesús, a título de compraventa, el derecho de dominio que tenía en la hacienda Tilatá, cuyas lindes no se expresan en tal instrumento sino que se remite a los descritos en los entregados al comprador.

Sin embargo, no está por demás advertir que, cuando se trata de una inspección ocular decretada dentro de un juicio ordinario, el numeral 2º del artículo 597 del Código Judicial debe entenderse en función de lo previsto en el artículo 746 del mismo Código, esto es, pueden *presentarse* en tal diligencia las pruebas que han sido pedidas en tiempo hábil; porque si así no fuera, además de desconocer el principio de la publicidad y contradicción de la prueba, se llegaría a la inaceptable conclusión de que una prueba puede pedirse y decretarse una vez vencidos los primeros diez días, que el artículo 746 citado fija "para pedir las pruebas que les interesen..." Por tanto, en esta diligencia de inspección ocular no puede considerarse como legalmente allegada o presentada la prueba o instrumento no pedida dentro del primer lapso señalado en la disposición antes invocada.

III. Dictamen pericial. A los peritos se les hizo, por la parte actora, cuatro preguntas, la primera, en relación con la identificación de los predios descritos en la demanda, los cuales, como se dijo antes, pueden considerarse como debidamente identificados y así lo dicen los peritos.

La segunda pregunta, sustancial en el pleito, concierne a la cuestión de si los predios descritos en la demanda están "dentro de los terrenos que fueron objeto de mercedes, composiciones...", que los peritos no absuelven en forma directa sino haciendo una sumaria relación a las mercedes otorgadas a Andrés Vásqüez de Molina "de unas tierras en el desaguadero de la Laguna de Guatavita entre el río de Chocontá y los páramos de Machetá..."; al remate de éstas por Gaspar del Castillo; traspaso o cesión de éste a Gabriel de Limpias; pago del precio por su viuda María Maldonado, diligencias de posesión y de lanzamiento promovidas por los procuradores de la última, para asegurarse la posesión material de los predios rematados en la ejecución contra los herederos de Andrés Vásquez de Molina; y una vez hecha la relación de los títulos de propiedad de la hacienda Tilatá, otorgados entre particulares, se expresan así:

"Los linderos que tenía la hacienda de Tilatá sólo están claramente definidos a partir de la venta hecha el 12 de junio de 1792 por Luis Caicedo a Juan Manuel de la Torre (folios 81 a 85 del cuaderno número 4). Los linderos que tiene esta escritura son prácticamente los que tienen actualmente las veredas de Tilatá y Ranchería según figuran en los mapas del Instituto Agustín Codazzi, los cuales hemos marcado con una línea continua verde en los planos que presentamos. Por lo expuesto consideramos que los terrenos reconocidos durante la diligencia de inspección ocular, propiedad de la señora Paulina Dávila de Pardo y sus hijos Julio, Enrique, Manuel y Alfonso, hacen parte de la merced otorgada en 1546 al señor Andrés Vásquez de Molina, para lo cual los hemos señalado en el mapa adjunto. Rayándolos con color azul, el de la señora Paulina Dávila de Pardo; con rojo, el del señor Julio Pardo; con verde, el del señor Enrique Pardo; con amarillo, el del señor Manuel Pardo; y en sepia, el del señor Alfonso Pardo" (fs. 111 a 111 vto. ib.).

Por consiguiente, según el concepto de los peritos, en los títulos antiguos o diligencias de adjudicación, mensura y posesión de las mercedes otorgadas al dicho Andrés Vásquez de Molina, no se determinaron o singularizaron las estancias por sus lindes, sino que tal hecho ocurrió dos siglos más tarde, pues la primitiva adjudicación a Molina, según lo dicho antes, se llevó a efecto en el año de 1546 y la escritura invocada por los peritos fue otorgada el 12 de junio de 1792, sin que exista posibilidad alguna de hacer una confrontación sobre la exactitud de las lindes descritas en la escritura con los de las mercedes, porque, se repite, en éstas no

se determinaron en ninguna forma; y respecto de los pocos puntos de referencia contenidos en las diligencias de mensura o posesión de tales mercedes, en la inspección ocular, ni siquiera se intentó identificarlos o ubicarlos sobre el terreno, para que ahora se pudiera ensayar siquiera una posible identificación, con alguna base real.

En consecuencia, la conjetura o inferencia de los señores peritos en cuanto a que la hacienda de Tilatá esté dentro de las mercedes otorgadas a Andrés Vásquez de Molina, carece de una precisa y lógica fundamentación, por lo cual no puede apreciarse como una prueba suficiente, porque sin identificar y ubicar las primitivas mercedes, no puede afirmarse que los predios actuales de los demandantes estén dentro de aquéllas, porque desconocido el todo, tampoco puede determinarse las partes que lo integran.

Con el objeto de esclarecer estos extremos, en auto de fecha 10 de febrero de 1961, se dispuso:

"De acuerdo con el inciso 2º del artículo 719 del Código Judicial, antes de ordenar poner en conocimiento de las partes el anterior dictamen, los señores peritos se servirán aclararlo o ampliarlo en los siguientes puntos:

"a) Si en las respectivas diligencias y actuaciones, respecto de la merced pedida por Andrés Vásquez de Molina, se indicaron las lindes que comprenden o encierran las tierras concedidas en merced;

"b) En caso afirmativo, si tales lindes fueron identificadas o localizadas sobre el terreno, con indicación de la cabida aproximada, si en tales diligencias o actuaciones hubiere datos para calcularla;

"c) El área, siquiera aproximada, de los predios de los actores, de acuerdo con las lindes descritas en la demanda", (fs. 113 vto. ib.).

Los peritos en cuanto atañe a la cuestión distinguida con la letra a) del auto copiado, la eludieron, aun cuando tácitamente puede considerarse que admiten la falta de las lindes de las mercedes otorgadas a partir de 1546, ya que contestaron: "En los folios 15 y 16 del cuaderno número 4º encontramos que el señor Andrés Vásquez de Molina había pedido merced en unas tierras en el desaguadero de la Laguna de Guatavita, entre el río Chocontá y los páramos de Machetá, lugar que corresponde claramente a la hoya hidrográfica del río Sisga. Encontramos también en el expediente que al señor Andrés Molina le dieron posesión de la merced solicitada".

La Corte ha considerado en varias sentencias que la identificación de un predio no se ha hecho a cabalidad, cuando no se ha podido determinar uno de los lados del polígono, aun cuando sí lo estén los restantes; de manera que cuando la falta de determinación no tiene por objeto uno solo de los lados del predio, sino de todos, la indeterminación tiene que reputarse absoluta, como sucede en este litigio, en el cual no se indicaron, menos se localizaron, ninguno de los límites del inmueble por más que se cite en los títulos antiguos, como en el dictamen pericial "el desaguadero de la Laguna de Guatavita, entre el río Chocontá y los páramos de Machetá", que no fue objeto de identificación en la diligencia de inspección ocular, para establecer siquiera que el punto de la referencia estaba dentro de las tierras de la hacienda de Tilatá.

Al adjudicatario Andrés Vásquez de Molina, no una sino hasta tres veces, se le dio posesión de sus tierras, para mayor abundamiento como lo dice él, pero en ninguna de ellas se determinaron las lindes, sino que se llevó a efecto en una forma puramente rutinaria y sacramental, como puede verse en los apartes copiados en este fallo.

Con el fin de ratificar lo dicho antes, respecto a que la identificación del predio debe ser total o completa, respecto de todos sus lados, se transcribe el siguiente párrafo de la sentencia de la Corte de fecha 14 de junio de 1957:

"Sin embargo, tal documento deja sin precisar el lindero Norte de las tierras de Ferreira. Este lindero aparece trazado en los planos acompañados por los peritos con su dictamen, como una línea recta que parte un poco más al Norte de la quebrada Periquera, a tocar, siguiendo la dirección Oriente Occidente, la quebrada La Floresta. Esta línea no tiene la menor referencia en los documentos relativos a la Merced o adjudicación hecha a José Gregorio Ferreira, como se ha podido comprobar a lo largo de este estudio. Es, por tanto, una línea imaginaria.

"De lo expuesto se deduce forzosamente que el concepto pericial en estudio es igualmente infundado respecto a la determinación del globo de tierras que en extensión de 6 o 7 estancias fue adjudicado en 1766 a José Gregorio Ferreira". (G. J. Tomo LXXXV, pág. 628).

En cuanto a las lindes determinadas en la escritura de 12 de noviembre de 1792 se expusieron antes los motivos o razones para no considerarlos suficientes, porque, por una parte, el citado instrumento, *otorgado entre particulares,* deja en pie el mismo problema de la identificación, en cuanto habría que establecer que las lindes de la escritura son las mismas o que coinciden

con las señaladas en los títulos antiguos; por otra, la dificultad cobra mayor entidad si se tiene en cuenta que desde 1625 hasta 1730, tomando como referencia la escritura otorgada con motivo de la venta al Colegio de la Compañía de Jesús, se desconoce la forma como se operaron las distintas tradiciones, convenientes, no para establecer la propiedad actual, pero sí en cuanto hubiera hecho posible la confrontación o verificación de las lindes señaladas en los documentos respectivos, que en el otorgado a la Compañía de Jesús no se determinaron o señalaron, como se dijo antes; de manera, pues, que la determinación de las lindes sólo data del instrumento otorgado en 1792, más de dos siglos y medio después de expedidas las primitivas mercedes (1546) a Vásquez de Molina.

Por las mismas razones expuestas, el señalamiento hecho sobre los mapas elaborados por el Instituto "Agustín Codazzi", cuya exactitud y precisión técnica no se discute, resulta del todo inoperante, porque no se trata de ubicar el predio Tilatá por sus lindes actuales o por las determinadas en la escritura de 12 de noviembre de 1792, sino por la de los títulos expedidos en la Colonia a partir del año de 1546, previa ubicación sobre el terreno, cuando menos, de los puntos de referencia que permitieran cerrar el polígono.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Civil, en relación a las mercedes otorgadas a Andrés Vásquez de Molina, observa:

"En el folio 48 vuelto, del cuaderno de pruebas, aparece el título por el cual el señor Vásquez de Molina obtuvo del licenciado Miguel Díaz de Armendáriz que se le permutara una vega que era de su propiedad, por todos los páramos baldíos que hay en el repartimiento de Chocontá, el once de enero de 1550.

"El veintiuno de noviembre de 1580, solicitó Andrés Vásquez de Molina, que se le diera una posesión de la merced para estancias de ganados en los páramos de Chocontá que son (folio 49 C. Nº 4) entre el cerro de Chipa, que dijeron ser santuario y tiene su carrera y los cerros de *Chilaba,* que es santuario, que caen hacia la banda del Valle de Fulaque y Lenguazaque.

"De este título, no fue identificado, dentro de la diligencia de inspección ocular, ninguno de los puntos a que hace referencia; por tanto no tiene ningún mérito probatorio. Observa la Procuraduría que el título habla del Valle de Lenguazaque, a partir del cerro de Chilaba y que por tanto y valiéndose del mismo mapa de que se sirvieron los señores peritos para su dictamen (anexo Nº 1), las tierras que posiblemente componían esta merced se hallan, más hacia el norte, precisamente hacia la población de Lenguazaque y a partir del cerro de Chilaba el cual nos permitimos destacar por medio de un círculo negro, para fácil identificación por parte de esa honorable Sala.

"Parece hallarse confirmada la anterior suposición por la descripción que hizo el corregidor de Chocontá, al serle presentada la titulación por Juan Manuel de la Torre y que ubicó así:

'Pero evidentemente se tiene presente que en virtud de la consabida merced de los páramos baldíos en el repartimiento de Chocontá, tomó el insinuado Molina varias posesiones en los páramos que se hallan en medio de los resguardos del mencionado pueblo de Chocontá'. (f. 12 C. Nº 4).

"Efectivamente, buscando en el anexo número 1º de los peritos, se encontró que en las inmediaciones de Suesca y Chocontá, se halla el llamado 'Páramos de Ovejas', precisamente enfrentado al cerro de Chilaba.

"Afirma entonces la Procuraduría, que los terrenos que cobija este título, no se superponen en forma alguna a los terrenos de la hacienda de los demandantes, para lo cual se basa en los diversos nombres y anotaciones hechas anteriormente, sistema empleado por los señores peritos en la mayoría de sus conclusiones, ya que ante los datos de que se dispone los dictámenes matemáticos se hacen inoperantes". (fs. 137 y 138 C. Nº 1º).

IV. Posesión económica. En cuanto al concepto, parecer o conjetura de los peritos, sobre la posesión económica de los predios, sin entrar a decidir si es o no un medio apto para adquirir, por prescripción, la propiedad del subsuelo petrolífero, basta considerar que no hace plena prueba, porque no es un hecho que esté sujeto a los sentidos por referirse a sucesos pasados y remotos, por una parte; y por otra, tampoco está fundado en principios de ninguna ciencia o arte, que permitieran deducir como conclusión, la dicha posesión económica como algo evidente e inconcuso.

Según el artículo 722 del Código Judicial, "hace también plena prueba el dictamen uniforme de dos peritos sobre los hechos sujetos a los sentidos", porque en este caso, no solamente cooperan como expertos, sino también como testigos, para establecer hechos que han verificado directa y personalmente, mediante los sentidos; pero para esta verificación se requiere que los hechos sean palpables y objetivos, condiciones

que no llenan los hechos pasados, como el conocer o determinar si un predio ha estado poseído o explotado económicamente antes del 28 de octubre de 1873, por un lapso no menor de cuarenta años, que la legislación española señalaba para la prescripción calificada de inmemorial.

Cuando los peritos deben estimar o emitir concepto sobre hechos pasados, para darle fundamento, se requiere que estén probados en el juicio, porque no sería dable llegar a conclusiones ciertas con base en meras hipótesis más o menos probables, pero sin asidero real en el proceso; sin embargo, esto no significa que los peritos estimen el mérito probatorio de los medios de reproducción, dentro del juicio, de los hechos pasados en forma soberana e inmodificable, porque esta atribución le corresponde al juzgador, quien a la postre, decidirá tanto respecto de la aptitud del medio probatorio como del grado de certeza que produzcan los hechos aducidos como fundamento de la inferencia.

En este proceso, los peritos para tratar de conceptuar sobre la posesión económica de los predios con anterioridad al 28 de octubre de 1873, acudieron a los datos suministrados por dos contratos de compraventa, celebrados, el uno, el 24 de julio de 1736, y el otro, el 5 de febrero de 1787, en los cuales se determina el número de semovientes que pastaban en "las tierras de que se componen la hacienda en la forma como yo la he poseído, bajo los límites y linderos que son notorios y que constan de los instrumentos de propiedad que entrego al comprador, a que me remito", según el decir del vendedor Juan Antonio Ibáñez; sin embargo, aparte de otras razones, no se consideran bastantes los instrumentos aducidos como fundamento del dictamen, primero, porque nada se precisa en ellos respecto del lapso comprendido entre el año de 1787 y el de 1873, con el objeto de concluír, como lo hacen los peritos, que "la explotación económica de la hacienda Tilatá se ha efectuado por más de 137 años antes del 28 de octubre de 1873", con la mera referencia a las dos dichas escrituras, que no autorizan la inferencia de la explotación económica durante los primeros setenta años del siglo pasado; y porque, según suponen los expertos, una parte de las antiguas estancias adjudicadas a Andrés Vásquez de Molina tendría una cabida de diez mil hectáreas (fs. 116 C. Nº 4º), las cuales no podrían estimarse explotadas económicamente con "852 reses, 991 yeguas, 120 caballos, 65 muletos, 14 burros, 12 burras, 42 bueyes, 422 ovejas, 26 marranos", según se lee en el concepto de los peritos. (fs. 111 vto. C. Nº 4º).

En consecuencia, no puede aceptarse el concepto de los peritos en cuanto a la posesión o explotación económica de la hacienda Tilatá antes del 28 de octubre de 1873, con el fin de que el modo de la prescripción del suelo sirva de título para la del subsuelo, en la hipótesis de ser esto de recibo en la legislación sobre propiedad de los yacimientos petrolíferos.

Por los motivos expuestos, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, absuelve a la Nación de los cargos hechos en la demanda presentada el cinco de marzo del año de 1959 por el apoderado de Paulina Dávila de Pardo, Julio, Enrique, Manuel y Alfonso Pardo Dávila en relación con los inmuebles allí determinados.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial*, envíese testimonio de este fallo al Ministerio de Minas y Petróleos y archívese el expediente, previas las cancelaciones de rigor.

Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García M., Secretario.

OPOSICION A UNA PROPUESTA DE CONTRATO PARA EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEO

No hubo demostración en el juicio de los supuestos de hecho que exige la acción intentada. Cuáles son estos supuestos. Cómo se prueban.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. No puede recaer resolución favorable a las pretensiones de una demanda sino cuando el presupuesto de hecho en que ella se apoya aparece debidamente acreditado.

2. En materia de propiedad privada de hidrocarburos y de oposición a la propuesta de contrato para su exploración y explotación, la acción correspondiente supone: 1) Que los respectivos yacimientos salieron del patrimonio público en virtud de un título jurídico o modo de adquirir el dominio, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, fecha en que entró en vigencia el código fiscal que los reservó para el Estado; 2) Que habiendo salido del patrimonio nacional en la forma indicada, no han sido recuperados por el Estado por nulidad, caducidad, resolución de la adjudicación o cesión, o por cualquiera otra causa; 3) Que el predio donde se encuentran o se supone que existen aquellos yacimientos es el mismo singularizado en la demanda; 4) Que ese predio es asímismo el que fue objeto de enajenación por el Estado o forma parte de éste total o parcialmente; 5) Que este último inmueble corresponde a una realidad geográfica y topográfica, es decir, que es identificable sobre el terreno; 6) Que las áreas territoriales a que se ha venido haciendo referencia se hallan comprendidas total o parcialmente dentro del perímetro de la propuesta de contrato, o sea, que el área de esa propuesta se superpone total o parcialmente a ellas.

3. Este supuesto fáctico, que se infiere de la naturaleza de la acción y de las normas que en el Código de Petróleos reglamentan su ejercicio, obliga al demandante a demostrar, con medios idóneos: a) La salida del inmueble del dominio de la Nación antes de la reserva de 1873; b) La realidad geográfica y topográfica de los terrenos donde se ubican los hidrocarburos y de los globos de tierras que fueron objeto de enajenación o cesión por parte del Estado, para establecer, mediante su identificación, que la descripción que de ellos se hace en el libelo y en los títulos corresponde a aquella realidad; c) La superposición del área de la propuesta a la del predio respecto de cuyos petróleos subyacentes se solicita la declaración de propiedad particular.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diez y seis de febrero de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Carlos Peláez Trujillo).

La señora Angela Botero viuda de Giraldo, mayor de edad y vecina de la ciudad de Medellín, demandó, contra la Nación, por medio de apoderado, porque mediante juicio ordinario de única instancia se hagan en su favor las siguientes declaraciones:

"1) Que es de propiedad privada y no de la Nación, y pertenece a la señora Angela Botero v. de Giraldo el petróleo existente bajo los linderos de la finca 'Cocorná', 'Sacamujer' y 'Rebozo' delimitada así: 'Por el frente, río Mag-

dalena; por el costado o lado de arriba, el río Claro; subiendo éste, hasta encontrar una serranía (cordillera central), que atravesando ésta a lo largo por toda su cima, hasta encontrar o dar con el río Cocorná, se tiene el fondo, por ser esta línea el lindero por la espalda y de este punto (dicho río Cocorná) aguas abajo, por la quebrada nombrada también Cocorná, hasta su desagüe en el río Magdalena, que es el lindero del costado de abajo, y el inmueble proindiviso que se vende en la proporción dicha, linda en general así: 'De la confluencia del río Claro del Sur con el río de la Magdalena, este río aguas abajo, hasta donde le entra el caño Atascoso; éste arriba, hasta donde atraviesa el camino que de Sebastopol va para El Rebozo; de allí por los fangos, a buscar el caño de Arenales; este caño arriba, hasta su nacimiento en la cuchilla; esta cuchilla arriba, hasta encontrar el salto del río San Juan; de allí, al salto; San Juan arriba, mil doscientos metros; de allí con rumbo 96° 20' N/O, al río San Antonio; de aquí al Sur quinientos metros; de este punto, a la boca del caño de las Enjalmas; en el río Claro; éste abajo, hasta un mojón colocado cien metros arriba del palo marcado con la letra b); de allí, a la confluencia de los ríos San Juan y San Antonio; éste abajo, hasta su confluencia con el río Claro; éste abajo, hasta el río Magdalena, primer lindero''.

''2) Que en consecuencia, la Nación no puede contratar la exploración de petróleo subyacente bajo los linderos descritos en el numeral anterior.

''3) Que debe excluírse de la zona de la propuesta presentada por la Texas Petroleum Company la extensión comprendida dentro de los linderos de las tierras de 'Cocorná', 'Sacamujer' o 'Rebozo' de propiedad de la señora Botero v. de Giraldo. Por tanto, al celebrarse el contrato se excluirán de él la extensión en que la propuesta número 844 de la Texas Petroleum Company se superponga sobre los terrenos alinderados en el numeral primero de este capítulo.

''4) Que el contrato entre la Nación y la Texas Petroleum Company relativo a la zona de la propuesta número 844 debe excluírse la extensión comprendida dentro de los linderos de las tierras de la señora Botero v. de Giraldo delimitados en el numeral primero de este capítulo. Esto en caso de que cuando se produzca el fallo o durante la ejecutoria de él se haya celebrado o celebre el contrato de concesión.

''En subsidio de las peticiones 3) y 4), pido:

''Que se excluya de la zona de la propuesta número 844 o del contrato —si éste se hubiere celebrado antes de la ejecutoria del fallo que ponga fin a este juicio— la parte en que dicha zona se superpone sobre los linderos de los terrenos de la señora Botero v. de Giraldo especificados en el numeral primero de este capítulo.

''En subsidio de las peticiones 3) y 4) y de la anterior, pido:

''Que se declare que la Nación, por sí o por intermedio de persona alguna, no puede adelantar exploración o explotación de petróleo dentro de los linderos especificados en el numeral primero de este capítulo, y, en particular, dentro de la extensión (que se alinderará según lo que se establezca en el juicio) en que la propuesta número 844 se superpone sobre la extensión de terrenos de propiedad de la señora Botero v. de Giraldo''.

Como hechos en que se fundan las pretensiones que preceden enuncia la parte actora los siguientes:

''1) La señora Botero v. de Giraldo es dueña de un globo de tierras ubicado en jurisdicción de los Municipios de Sonsón y San Luis del Departamento de Antioquia, conocido con los nombres de 'Cocorná', 'Sacamujer' y 'Rebozo', comprendido dentro de los siguientes linderos: 'Por el frente, río Magdalena; por el costado o lado de arriba, el río Claro; subiendo éste, hasta encontrar una serranía (cordillera central), que atravesando ésta a lo largo por toda su cima, hasta encontrar o dar con el río Cocorná, se tiene el fondo, por ser esta línea el lindero por la espalda y de este punto (dicho río Cocorná) aguas abajo, por la quebrada nombrada también Cocorná, hasta su desagüe en el río Magdalena, que es el lindero del costado de abajo, y el inmueble proindiviso que se vende en la proporción dicha, linda en general así: 'De la confluencia del río Claro del Sur con el río Magdalena, este río aguas abajo, hasta donde le entra el caño Atascoso; éste arriba, hasta donde atraviesa el camino que de Sebastopol va para el Rebozo; de allí por los fangos, a buscar el caño de Arenales; este caño arriba, hasta su nacimiento en la cuchilla; esta cuchilla arriba, hasta encontrar el saldo del río San Juan; de allí, al salto; San Juan arriba, mil doscientos metros; de allí con rumbo 96° 20' N/O, al río San Antonio; de aquí al Sur, quinientos metros; de este punto, a la boca del caño de las Enjalmas; en el río Claro; éste abajo, hasta un mojón colocado cien metros arriba del palo marcado con la letra b); de allí, a la confluencia de los ríos

San Juan y San Antonio; éste abajo, hasta su confluencia con el río Claro; éste abajo, hasta el río Magdalena, primer lindero".

"2) El dominio de la señora Botero v. de Giraldo proviene de compraventa celebrada con el señor Fabio Giraldo J. por escritura pública número un mil treinta y cuatro (1.034) de veintiuno (21) de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954) de la Notaría 1ª de Sonsón, registrada en el Libro 1º, Tomo 31, Fs. 38, bajo la partida número 31 de ese mismo año; y, uniendo su posesión a la de los anteriores poseedores inscritos del inmueble, su posesión inscrita se remonta a un tiempo muy superior al lapso de la prescripción extraordinaria.

"3) Los terrenos especificados así, salieron del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y no volvieron al dominio de la Nación posteriormente.

"4) La señora Botero v. de Giraldo es poseedora inscirta (sic) de la finca mencionada.

"5) Registrada bajo el número 844, la Texas Petroleum Company hizo ante el Ministerio de Minas y Petróleos propuesta para la exploración y explotación de petróleo dentro de una zona de 49.701 hectáreas y 7.382,80 metros cuadrados, en jurisdicción del Territorio Vásquez del Departamento de Boyacá y de los Municipios de Sonsón y San Luis del Departamento de Antioquia, alinderada así: 'Como punto de referencia se toma el mojón astronómico de Puerto Boyacá II, situado en el sitio denominado Puerto Boyacá, jurisdicción del Municipio de Puna, en el Territorio Vásquez, Departamento de Boyacá, punto cuyas coordenadas geográficas son: latitud conco (sic) grados cuarenta y cinco minutos, veintisiete segundos y cuarenta centísimas de segundo al Norte del Ecuador (5° 45' 27" 40N); Longitud, cero grados, treinta y tres minutos, cuarenta y seis segundos, y diez centésimas de segundos al Oeste de Bogotá (0° 33' 46" 10W, de Bogotá). De este mojón que señala el punto astronómico se traza una recta de dos mil setecientos cuarenta y nueve metros con ochenta y dos centímetros (2.749,82 mts.), con rumbo Noroeste de siete grados, veintiún minutos, cero segundos y cuatrocientas cuarenta y seis milésimas de segundo (N. 7° 21' 00" 446 W), hasta encontrar el punto señalado con la letra A, base de la alinderación de la propuesta. De aquí con un rumbo Noroeste de sesenta grados, veinte minutos (N. 60° 20' W) se sigue una línea recta de quince mil ciento ochenta metros (15.180 mts.), hasta encontrar el vértice B. De éste se continúa en línea recta de veinticinco mil trescientos dos metros (25.302 mts.), con rumbo Noreste de once grados, veintiún minutos (N. 11° 21' E) hasta llegar al punto C. De aquí se continúa en línea recta de siete mil ochocientos veintiséis metros con setenta y seis centímetros (7.826,76 mts.) con un rumbo Noreste de ochenta y seis grados, diez y siete minutos (N. 86° 18' [sic] E) hasta encontrar el punto D que coincide con el vértice G de la concesión número 638. De aquí continúa en línea recta de diez mil setecientos cuarenta metros (10.740) con un rumbo Noreste de ochenta y seis grados, diez y seis minutos, treinta y seis segundos y cuatrocientos cincuenta y dos milésimas de segundo (N. 86° 16' 36" 452 E) hasta encontrar el punto E., que coincide con el vértice F. de la concesión 638, situado en la desembocadura del caño o quebrada de Palagua en el río Magdalena. De aquí se continúa por la margen oriental del río Magdalena, aguas arriba hasta llegar al punto F. La línea recta imaginaria que une los puntos E y F, tienen una distancia de ocho mil ciento treinta metros (8.130 mts.), con un rumbo Suroeste de un grado, cinco minutos (S. 1° 05' W). Del punto F se sigue por la misma margen del río Magdalena hasta llegar al punto G. La línea recta imaginaria que une los puntos F y G tiene un rumbo Suroeste de ocho grados, quince minutos (S. 8° 15' W) y una distancia de diez mil trescientos diez metros (10.310). Del punto G se continúa por la citada margen del río Magdalena, aguas arriba, hasta encontrar el punto A, base de alinderación de la propuesta. La línea recta imaginaria que une los puntos G y A tiene una distancia de diez y siete mil quinientos metros (17.500 mts.) y un rumbo Suroeste de veintinueve grados, cuarenta y cinco minutos (S. 29° 45' W)".

"6) La anterior propuesta fua (sic) admitida por Resolución número 1272 de 13 de diciembre de 1957 del Ministerio nombrado y el extracto de la misma fue publicado en el *Diario Oficial* número 29630, correspondiente al 28 de marzo de 1958.

"7) Ignoro en qué estado se halla la propuesta número 844 y si se ha celebrado contrato en relación con ellas.

"8) El inmueble delimitado en el hecho primero de esta demanda está totalmente incluído dentro de los linderos generales de la zona de la propuesta número 844 de la Texas Petroleum Company.

"9) Los títulos sobre el terreno dan a la señora Botero de Giraldo derecho al subsuelo petrolífero comprendido bajo sus linderos".

En derecho, invoca, para sustentar la acción, lo dispuesto en los artículos 5º —codificación de petróleos— (Decreto 1056 de 1953); en el Decreto 3050 de 1956 y en el Código Fiscal.

Con la demanda trajo a los autos los siguientes documentos:

a) Copia de la escritura pública número 2417 de 31 de octubre de 1957 por medio de la cual la demandante señora Angela Botero v. de Giraldo celebró un contrato con los señores doctor Jorge Hernán Tejada y Leonel Arana B.;

b) Copia de la escritura pública número 258 de 19 de agosto de 1940 de la Notaría 1ª de Sonsón que contiene la venta de un derecho vinculado en el globo de tierras que es objeto de la demanda, hecha por Delfina Montoya a favor de la demandante Angela Botero v. de Giraldo;

c) Copia de la escritura pública número 1034 de 21 de julio de 1954 por medio de la cual el señor Fabio Giraldo Jaramillo vende a la demandante Angela Botero v. de Giraldo un derecho vinculado en el globo de tierras materia de este juicio, y

d) Certificado Nº 46 de fecha 19 de marzo de 1958, expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Sonsón sobre propiedad y libertad del derecho que la demandante adquirió por compra a Fabio Giraldo Jaramillo.

Admitida la demanda, de ella se dio traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil, quien la contestó oponiéndose a la acción y negando los hechos en que ella se apoya.

Recibido el negocio a pruebas, las partes produjeron dentro del respectivo término las que aparecen en los cuadernos números 2 y 3.

Corridos los traslados para alegar de conclusión y citadas las partes para sentencia, es llegada la oportunidad de pronunciar la que ponga término al juicio, a lo cual se procede previas las consideraciones siguientes:

El artículo 593 del Código Judicial consagra el principio de que "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"; por lo cual no puede recaer resolución favorable a las pretensiones de la demanda sino cuando el presupuesto de hecho en que ella se apoya aparece debidamente acreditado.

En materia de propiedad privada de hidrocarburos y de oposición a la propuesta de contrato para su exploración y explotación, la acción correspondiente supone: 1) Que los respectivos yacimientos salieron del patrimonio público en virtud de un título jurídico o modo de adquirir el dominio, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, fecha en que entró en vigencia el Código Fiscal que los reservó para el Estado; 2) Que habiendo salido del patrimonio nacional en la forma indicada, no han sido recuperados por el Estado por nulidad, caducidad, resolución de la adjudicación o cesión, o por cualquiera otra causa; 3) Que el predio donde se encuentran o se supone que existen aquellos yacimientos es el mismo singularizado en la demanda; 4) Que ese predio es asimismo el que fue objeto de enajenación por el Estado o forma parte de éste total o parcialmente; 5) Que este último inmueble corresponde a una realidad geográfica y topográfica, es decir, que es identificable sobre el terreno; 6) Que las áreas territoriales a que se ha venido haciendo referencia se hallan comprendidas total o parcialmente dentro del perímetro de la propuesta de contrato, o sea, que el área de esa propuesta se superpone total o parcialmente a ellas.

Es claro que este supuesto fáctico, que se infiere de la naturaleza de la acción y de las normas que en el Código de Petróleos reglamentan su ejercicio, obliga al demandante a demostrar, con medios idóneos: a) La salida del inmueble del dominio de la Nación antes de la reserva de 1873; b) La realidad geográfica y topográfica de los terrenos donde se ubican los hidrocarburos y de los globos de tierras que fueron objeto de enajenación o cesión por parte del Estado, para establecer, mediante su identificación, que la descripción que de ellos se hace en el libelo y en los títulos corresponde a aquella realidad; c) La superposición del área de la propuesta a la del predio respecto de cuyos petróleos subyacentes se solicita la declaración de propiedad particular.

Ninguno de los supuestos de hecho que se acaban de enunciar ha sido demostrado en el juicio, pues si bien la parte actora pidió oportunamente varias pruebas encaminadas a ese fin, no las hizo practicar; y en tales circunstancias no aparece establecida la verdad de los hechos alegados para fundamentar la oposición, por lo cual ésta no puede prosperar y la sentencia ha de ser absolutoria.

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, declara infundada la oposición de la parte actora en este juicio a la celebración del contrato sobre exploración y explotación de hidrocarburos propuesto a la Nación por la Texas Petroleum Company, y consiguientemente, se absuelve a la Nación de los cargos contenidos en la demanda.

Publíquese, cópiese, notifíquese, remítase copia al Ministerio de Minas y Petróleos, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese el expediente.

Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

INCIDENTE DE REGULACION DE PERJUICIOS

La Corte revoca la regulación hecha por el Tribunal. La deficiencia de elementos probatorios hace imposible la fijación pedida, en cuantía determinada. El incidente, ordenado por sentencia condenatoria anterior, tenía por objeto determinar el lucro cesante derivado de la semidestrucción de un camión particular, chocado por un vehículo oficial. Valor probatorio del testimonio único.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, febrero veintiséis de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Luis Carlos Zambrano).

Mediante sentencia definitiva dictada por esta Sala de la Corte en el juicio ordinario promovido por León y Ernesto Preciado contra el Departamento del Tolima, sobre indemnización de perjuicios originados por las averías que recibiera un camión de los actores al chocar con un vehículo automotor perteneciente a la entidad de derecho público demandada, se condenó a esta última a pagar a los querellantes en mención la cantidad de doce mil trescientos pesos ($ 12.300.00) por concepto del daño emergente sufrido.

Se dispuso, además, en el ordinal 2º de dicho fallo:

"Condénase igualmente al Departamento del Tolima a pagar a León Preciado Escobar y Ernesto Preciado Escobar, mayores de edad y vecinos del Municipio de Venadillo, los perjuicios sufridos por la parcial destrucción del camión especificado en el ordinal 1º anterior, por razón del lucro cesante, esto es, del provecho que han dejado de derivar por la explotación de dicho vehículo desde la fecha del accidente, en 23 de septiembre de 1955, hasta el vencimiento del término que se acredite como prudencial para haberse llevado a cabo la reparación del mismo.

"La liquidación del perjuicio correspondiente al lucro cesante, se regulará en incidente separado y mediante el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial, teniendo particularmente en cuenta las bases que se indican en la parte motiva de esta providencia. No es procedente la condena en costas".

Con fundamento en la referida sentencia, parcialmente reformatoria de la dictada por el Tribunal Superior de Ibagué el 10 de junio de 1957, solicitó el apoderado especial de los actores la liquidación del valor de los perjuicios correspondientes al lucro cesante, y, en orden a esa misma finalidad, presentó la siguiente estimación motivada:

"Un camión de ocho toneladas de las características del de mis representados, en las rutas y plazas explotadas por ellos y en el estado de conservación en que se hallaba, el de ellos, al tiempo del accidente, tiene un resultado, en promedio, de cinco mil pesos ($ 5.000.00) moneda corriente habida consideración del valor de los fletes y de la carga que ordinariamente se transporta entre las plazas atendidas por el de mis poderdantes. Me refiero a la época durante la cual el de los señores Preciado estuvo inmovilizado en razón de las reparaciones a que hubo de ser sometido.

"El sueldo del chofer de un camión de esos no puede ser inferior a $ 600.00 mensuales o a $ 20.00 diarios.

"En garajes, gasolina, aceites, repuestos, llantas, reparaciones, peajes, impuestos, etc., un camión, como el de mis representados, tiene egresos, en promedio, que alcanzan a la cantidad de $ 1.400.00 moneda corriente.

"Renta líquida del camión, en promedio, $ 3.000.00 moneda corriente mensuales que, dividida, en treinta días, daría la suma de $ 100.00 por día.

"Todos estos valores se refieren a la época del lucro cesante.

"*Total de la renta líquida,* o sea del lucro cesante durante los diez y ocho meses que duró en reparación, *cincuenta y cuatro mil pesos* ($ 54.000.00) moneda corriente".

Dicha liquidación fue impugnada por el demandado.

El Tribunal *a quo,* previa la tramitación legal del caso, desató el incidente por medio de providencia que fijó el valor de los perjuicios reclamados a este respecto en la suma de dos mil quinientos veinte pesos ($ 2.520.00) moneda corriente, decisión contra la cual interpusieron recurso de apelación las partes trabadas en la litis.

Sometida la alzada al procedimiento ritual pertinente, se procede a resolver, teniendo en consideración que las partes recurrentes se han abstenido de presentar alegaciones.

Para fijar el Tribunal de Instancia la cuantía líquida del lucro cesante de acuerdo con lo solicitado por los actores del incidente, tuvo aquél en cuenta los siguientes elementos de juicio y motivaciones, según aparece de los fundamentos finales expuestos en el auto apelado:

"Alfonso Novoa sostiene: que la obra de reparación del vehículo con suministro normal de repuestos y mano de obra hubiera durado cuarenta días; Arquimedes Puerto afirma que en la pintura total de un camión se gastan veinte días; y el mecánico Antonio Polanco afirma que el ajuste de ese camión duró un mes, pero que desde que haya suministro normal de repuestos y mano de obra, el trabajo se hace en ocho días.

"Concretando esos datos, que se hallan dispersos, se llega la conclusión de que si en la pintura se gastan veinte días y en el ajuste del motor ocho, el tiempo prudencial para llevar a cabo la total reparación del vehículo y ponerlo otra vez en explotación, no pudo pasar de treinta días a partir de la fecha del accidente. Pero a esto hay que agregar que a los vehículos de transporte en actividad hay que cambiarles aceite, engrasarlos, lavarlos, ajustarlos, cambiarles llantas, etc., cada ocho o quince días. Entonces a los quince días de trabajo hay que restarles por lo menos dos días, y así el tiempo efectivo de trabajo no puede pasar de veintiocho días.

"..... .....

"El demandante sostiene que el camión es de ocho toneladas, pero en los autos hay pruebas que acreditan que no era sino de siete; también sostiene que los producidos líquidos del camión son de cien pesos, partiendo de la base que se trata de camión de ocho toneladas y nuevo; ya se vio que es un camión de siete toneladas y de segundo año de servicio, en cuyo caso las entradas diarias son inferiores a cien pesos, por razón de los gastos de conservación o sostenimiento, los que aumentan a medida que el vehículo va teniendo más tiempo de servicio.

"Así se llega a la conclusión de que tratándose de un camión de siete toneladas, como el que fue estrellado, no produjo los cien pesos líquidos diarios que pretende el demandante sino una cantidad menor, o sea, noventa pesos diarios. Ese producido líquido diario en los veintiocho días, que es el término prudencial en que pudo llevarse a cabo la reparación del mismo, como atrás se ha dicho, monta a la suma de dos mil quinientos veinte pesos ($ 2.520.00) que es la cantidad que de acuerdo con lo alegado y probado, debe pagar el Departamento del Tolima a los señores León y Ernesto Preciado, por razón del lucro cesante y provecho que han dejado de derivar por la explotación de dicho vehículo desde la fecha del accidente hasta cuando el vehículo fue debidamente reparado y puesto nuevamente al servicio, de conformidad con el ordinal 2º de la sentencia de primero de septiembre de mil novecientos cincuenta y nueve, proferida por la Corte Suprema de Justicia".

Precisamente por la presencia de algunos factores contingentes que pueden advertirse en el desarrollo y productividad de la industria del transporte automotor y por la dificultad de fijar con rigor el *quantum* del perjuicio cuestionado, al no conocerse con relativa exactitud las condiciones en que los damnificados hubieran podido desenvolver la actividad pertinente en el tiempo posterior al accidente de tránsito, se fijaron en la parte motiva de la sentencia referida las siguientes bases para la estimación del daño, ya que los elementos de convicción allegados al juicio sólo permitían una condena en abstracto: que el período de tiempo al cual se extienda el lucro cesante, únicamente "abarque un lapso comprendido entre la fecha en que quedó inutilizado el vehículo y el vencimiento de un término prudencial para su reparación", habida consideración de las averías sufridas por

ese automotor; que para tal tasación se tenga en cuenta, además, "el valor promedio de lo que se demuestre que en ese tiempo ganaron otras personas dedicadas a la misma actividad y en vehículos de características similares a éste".

Ahora bien: sabido es —como lo ha indicado ya esta Sala de la Corte— "que cuando se hace una condenación en abstracto, por falta de las demostraciones necesarias para hacerla en concreto, es incuestionable que subsiste para el demandante, dentro del correspondiente incidente de liquidación, la obligación que tenía inicialmente de dar la prueba sobre la cuantía determinada en sus pretensiones. Pero, además, como en la demanda incidental de liquidación se hacen apreciaciones o afirmaciones motivadas sobre el monto de la regulación a que se aspira, también por este aspecto correspóndele al demandante la prueba de sus afirmaciones. *Actori incumbit probatio*".

Durante el término probatorio del incidente solicitó el apoderado de la parte demandante, en primer lugar, la recepción de las declaraciones de los testigos Luis A. Casas Jiménez y Miguel Troncoso a fin de establecer la capacidad transportadora del camión de los actores y su líquido rendimiento diario de cien pesos, y las de Alfonso Novoa y Arquimedes Puerta con el objeto de acreditar la circunstancia de que la reparación del automotor colidido requirió 18 meses de trabajo.

En segundo término, pidió la práctica de un dictamen pericial para justipreciar "los perjuicios correspondientes al lucro cesante del camión Ford placas del Tolima 2135, de propiedad de mis representados desde la fecha del accidente, en 23 de septiembre de 1955, hasta el vencimiento del término que se acredite como prudencial para haberse llevado a cabo la reparación del mismo".

Mas en relación con esta prueba pericial debe advertirse que no es el caso de adelantar su valuación jurídica, por cuanto quedó incompleta y no logró obtenerse con observancia de las fórmulas y requisitos legales. En efecto, según aparece de las correspondientes constancias procesales (fs. 15 y 18 del C. Nº 7) no se alcanzó la intervención del perito tercero para dirimir el desacuerdo de los principales, ni éstos rindieron su concepto conforme al cuestionario que les fuera sometido, por todo lo cual, como era obvio, no se puso esa peritación en conocimiento de los interesados.

En cuanto a los testimonios de Luis A. Casas Jiménez y Miguel Troncoso, prueba cuya valoración es de innegable influencia para determinar el monto de la regulación pretendida y a la cual sólo alude en forma somera el Tribunal de instancia, debe observarse:

El primero de los citados declarantes dice en lo pertinente de su exposición (fls. 6. v. cuaderno en mención): "... yo no puedo decir con precisión qué utilidad líquida mínima diaria pudo haber dejado un camión Ford de los señores León y Ernesto Preciado, deducidos el sueldo del chofer, el combustible y los demás gastos, porque eso depende de muchos factores, entre ellos, el volumen de carga que se tenga para mover, los sitios a donde se tenga que transportar la carga, la administración del vehículo, etc.; y además porque yo no he tenido carros de ese tonelaje ni tampoco he sido transportador para el público". Agrega que un camión de su propiedad, destinado al transporte de mercancías propias y de características distintas al de los Preciados, le produjo en el primer año de explotación de novecientos a mil pesos mensuales, pero que "de allí en adelante las entradas líquidas empiezan a disminuír, porque aumentan los gastos de conservación y sostenimiento". Y, finalmente, expresa: "Ya dije atrás que yo no puedo decir con precisión qué utilidad deja diariamente un camión Ford de ocho toneladas y atrás expliqué por qué no puedo dar ese concepto, así que yo no puedo explicar en detalle lo que se me pregunta".

El testimonio es una prueba esencialmente subjetiva que deriva su valor no sólo de las condiciones morales del testigo, sino también de otros factores, tales como los relacionados con el objeto de la declaración y con la formación del testimonio. Es una narración al Juez de cómo han sido percibidos los hechos por el testigo, por lo cual, además de un fundamento moral de veracidad, exige la conformidad del conocimiento del testigo con la realidad. Y si —como lo ha dicho lá Corte— una de las condiciones esenciales del testimonio es la de que deba ser fundado sobre hechos subjetivos del declarante, para lo cual es necesario que éste exprese las circunstancias de su observación personal inmediata sobre hechos susceptibles de caer bajo la acción de sus sentidos, debe concluírse que resulta falla y deficiente la deposición testifical anterior en cuanto se la someta a las reglas de la crítica racional, porque, según lo manifiesta el mismo declarante, existen diversas circunstancias que no le han permitido tener conocimiento del hecho por el que se le interroga, ni dar razón de su dicho.

Miguel Troncoso comienza por manifestar que conoció, en su calidad de empleado de los demandantes, el camión de estos marca Ford, tipo F-900, con una capacidad de siete toneladas para el transporte. Luégo de indicar la tarifa por tonelada entre Venadillo-Honda, Venadillo-Bogotá y Venadillo-Armenia, rutas recorridas por dicho automotor en el transporte de carga, dice así: "El producido diario de ese camión de los Hermanos León y Ernesto Preciado dejaba una utilidad líquida mínima de $ 100.00 diarios, deducidos el sueldo del chofer, el combustible y demás gastos".

De las observaciones precedentes se concluye que sólo el anterior testimonio de Troncoso tiende a acreditar la cuantía del lucro cesante que señalan los actores en la regulación presentada en esta demanda incidental, lucro cesante que según las motivaciones del fallo debía someterse a estas bases para la tasación de su monto: el valor promedio de lo que se demuestre ganaron otras personas dedicadas a la misma actividad transportadora y en vehículos de características similares al colidido; el tiempo que, dada la naturaleza de los daños sufridos por ese automotor, fuere necesario para su reparación.

Desde luego, el testimonio referido no prueba plenamente el *quantum* del perjuicio pretendido y determinado por los demandantes en este incidente de liquidación, porque según las claras voces del artículo 696 del Código Judicial "la declaración de un testigo no forma por sí sola plena prueba, pero constituye presunción más o menos atendible, según las condiciones del declarante y la sinceridad y claridad de su exposición".

Y precisamente en fuerza de la restricción límite establecida por la citada norma en el sentido de que un solo testigo no alcanza a probar plenamente, como también en atención a que la prueba del testimonio es directa, ha dicho la Corte: "En la vía de fijar el alcance probatorio de la presunción que resulta del testimonio único no puede el fallador acogerse a la regla que consagra el artículo 664 ibídem para asignarle el valor de plena prueba, porque el artículo 696 citado, expresamente estatuye que "la declaración de un testigo no forma por sí sola plena prueba...". Su valor es el de una simple presunción "más o menos atendible según las condiciones del declarante y la sinceridad y claridad de su exposición", que solamente cuando concurra con otros indicios, en las condiciones requeridas por el artículo 665 de la misma obra, alcanzaría a tener pleno valor probatorio". (G. J., T. LXVII, pág. 452).

En resumen: las pruebas que se han aportado a los autos en orden a la demostración del ya anotado extremo de la demanda incidental, o sea el atinente —como en ella se indica— a "la renta líquida del camión, en promedio, de tres mil pesos ($ 3.000.00) moneda corriente mensuales que, dividida, en treinta días, dará la suma de $ 100.00 por día", consisten apenas en el dictamen pericial y en las declaraciones de anterior análisis. El primero de esos elementos de convicción no puede ser estimado como prueba por no haberse producido y completado legalmente, según motivos ya expuestos. La declaración de Casas Jiménez es ineficaz, porque de su exposición y de las razones en que la funda sólo se desprende que el deponente, por limitaciones o deficiencias de observación personal del hecho determinado por el que se le pregunta, no puede decir "qué utilidad líquida mínima pudo haber dejado un camión Ford de los señores León y Ernesto Preciado...". Y con el sólo testimonio de Troncoso, cuyo alcance probatorio ya se fijó, no se ha acreditado con plenitud uno de los elementos fundamentales que permita desatar favorablemente el incidente de liquidación en consonancia con lo demandado o en la forma decidida por el sentenciador de primera instancia. En consecuencia, se repite, el haz probatorio examinado no permite fijar el lucro cesante en cuantía determinada.

Al faltar la demostración de uno de los elementos que tanto en la demanda incidental como en la sentencia en cuestión se señaló como indispensable para la apreciación y fijación del monto líquido de las prestaciones impetradas, se impone una decisión negatoria de la regulación pedida por falta de pruebas.

A virtud de las consideraciones anteriores, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia REVOCA la providencia objeto de la apelación, dictada en este negocio por el Tribunal Superior de Ibagué, y en su lugar DECLARA que no es el caso de decretar las peticiones contenidas en esta demanda incidental.

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

Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Luis Carlos Zambrano, Néstor Pineda, Conjuez.

Jorge García Merlano, Secretario.

PROPIEDAD PRIVADA DEL PETROLEO

Encuentra la Sala acreditados procesalmente los presupuestos de la acción de dominio del subsuelo petrolífero, y en consecuencia declara de propiedad privada el petróleo e hidrocarburos subyacentes en el globo de terreno a que se refiere la demanda, y ordena excluírlos de una propuesta de contrato.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Los elementos constitutivos de la acción de dominio del subsuelo petrolífero son los siguientes: Título proveniente del Estado con anterioridad a la reserva fiscal de 28 de octubre de 1873, o, a falta de éste, los documentos de origen oficial emanados de autoridad competente que demuestren su existencia; identificación de los terrenos objeto de la litis, y, por último, comprobación de la propiedad actual de la parte actora sobre los terrenos objeto de la declaración judicial impetrada.

2. La calidad de herederos puede probarse en juicio no sólo con las respectivas actas del estado civil, sino también con la copia del reconocimiento hecho en el juicio de sucesión, según doctrina reiterada de la Corte.

3. Aunque es cierto que los copropietarios de la cosa indivisa no se representan unos a otros, ni tampoco la comunidad, no es menos evidente que cada comunero posee la cosa en común, en todas y en cada una de sus partes, por lo cual la acción que uno o varios de ellos intenten en pro de ella, los beneficia a todos.

4. La demostración procesal de la identificación de los terrenos objeto del litigio, requisito indispensable para la prosperidad de acciones en donde se alega frente al Estado la propiedad privada del subsuelo petrolífero, presupone la comprobación de los siguientes hechos, según lo expresa un claro y constante criterio doctrinal al respecto: Singularidad objetiva del predio materia de la pretensión del actor, es decir, verificación adecuada de que las lindes contenidas en el título en que aquél fundamenta su dominio actual en ese bien raíz tienen su correspondencia en la realidad topográfica del terreno; identificación, también como realidad geográfica y topográfica, de las tierras que se afirma salieron del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1873, desde luego, a la luz del alinderamiento consignada en el título originario alegado como causa de tal desprendimiento dominical; demostración de que es uno mismo el terreno que se señala como salido del patrimonio estatal antes de la reserva fiscal ya indicada y aquél en donde radica el actual derecho de propiedad pretendido, o que el primero comprende a este último en todo o en parte; finalmente, determinación conveniente de que los terrenos materia de la litis están abarcados, en forma total o parcial, por los límites de la propuesta de contrato.

5. Esta Sala de la Corte ha tenido oportunidad de sustentar y ratificar la tesis de que verificado el remate de una finca raíz antes del 28 de octubre de 1873 y aprobado también antes de la misma fecha por el Gobierno, aunque la diligencia respectiva se haya registrado después, los efectos del registro se retrotraen a la fecha del respectivo remate.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, febrero veintisiete de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Luis Carlos Zambrano).

El doctor Jesús María Arias, obrando en su propio nombre y en su carácter de apoderado especial de Elena Fernández v. de Zuleta, quien a su vez actúa como representante legal de sus menores hijos Saúl, Iván, Bertha y Gonzalo Zuleta Fernández, presentó ante esta Sala de Negocios Generales de la Corte demanda contra la Nación en libelo datado el 25 de octubre de 1958, a fin de que en juicio ordinario de única instancia y con audiencia del señor Procurador Delegado en lo Civil, se hicieran las siguientes declaraciones:

"*Primera.* Que en virtud del remate o venta en subasta pública y adjudicación hecha al doctor José Alonso, el 5 de junio de 1873, o sea antes del 28 de octubre del citado año, salió del patrimonio del Estado el suelo y el subsuelo del globo de terreno rural denominado 'Leche Miel', ubicado en el Corregimiento de Barranca de Upía, Intendencia Nacional del Meta, antes Corregimiento de Cabuyaro, comprendido dentro de los siguientes linderos generales, según la diligencia de remate y adjudicación: 'Por el Norte, el río Upía; por el Sur, el río Cabuyarito; por el Oriente, las sabanas de Cabuyaro, y por el Occidente, las sabanas que median entre el río Cabuyarito y el río Upía', linderos que en el plano de adjudicación y delimitación del ingeniero agrimensor se concretan sobre el terreno así: 'Del punto llamado Mata de Yapinto, se baja una perpendicular al río; éste aguas abajo, tomando por el brazo de la derecha, hasta dar con otra perpendicular bajada al mismo río Upía de un mojón situado al N. E. de éste, una recta a otro mojón situado a orillas del río Cabuyarito, arriba de las bocas del caño 'El Tigre'; de éste, una recta a la mata de 'Tablón'; y de ésta, una recta al punto de partida'.

"*Segunda.* Que como consecuencia de la anterior declaración, se declare, que son de propiedad privada de Jesús M. Arias y de la sucesión de Silvestre Arboleda o Silvestre Zuleta Arboleda, el petróleo y demás hidrocarburos que se hallen o puedan hallarse en el subsuelo del globo de terreno denominado 'Leche Miel' delimitado en la petición primera y en la proporción de 9.200 y 800 hectáreas, respectivamente, proindiviso entre los dos.

"*Tercera.* Que en la parte total o parcial que interfiera o superponga dichos terrenos, según el dictamen pericial, carece de validez y eficacia el contrato de exploración y explotación celebrado por el Gobierno Nacional —Ministerio de Minas y Petróleos— con la Compañía 'Shell Condor S. A.' el 24 de diciembre de 1957, de que da cuenta el *Diario Oficial* número 29757 de 5 de septiembre de 1958, y que, por tanto, deben excluírse de dicho contrato los petróleos y demás hidrocarburos que se hallen o puedan hallarse en el globo de terreno denominado 'Leche Miel', delimitado en la petición primera".

Los hechos en que se funda la anterior demanda pueden sintetizarse así:

a) El 28 de diciembre de 1872, por intermedio de apoderado, solicitó José Alonso al Prefecto del Territorio Nacional de San Martín, hoy Intendencia del Meta, que se le adjudicaran a título de venta en remate público tres globos de terrenos baldíos uno de los cuales es el denominado 'Leche Miel' con una extensión superficiaria de 10.000 hectáreas, ubicado en los Corregimientos de San Pedro de Upía y Barranca de Upía, y singularizado por los linderos generales descritos en las súplicas de la demanda.

b) Admitida la propuesta de compra el 12 de enero de 1873 y ordenada la tramitación legal correspondiente, se hizo la medida del referido globo de terreno por el agrimensor Sixto Solano B., previo contrato con el Gobernador del Estado Soberano de Cundinamarca, y también se designaron peritos avaluadores del inmueble en cuestión; una vez rendido el respectivo informe por el ingeniero agrimensor ya citado, al cual acompañó los planos pertinentes, se llevó a cabo el remate de tales tierras el 5 de junio de 1873, fecha señalada al efecto, habiéndose adjudicado "en plena propiedad y a nombre de la República (al doctor José Alonso) los terrenos de 'Leche Miel', objeto de este juicio, por la cantidad de dos mil pesos que pagó en el momento del remate".

"c) Dicho remate fue aprobado por el Despacho de Hacienda y Fomento el 20 de junio de 1873, resolución en la cual se expresa que para la venta de tales terrenos se cumplieron las formalidades previstas en el artículo 14 de la Ley 3ª, parte 5ª, Tratado 1º de la Recopilación Granadina, y, además, las prescripciones de los artículos 16, 17 y 18, 20 y 21 del Decreto de 7 de enero de 1870, sobre requisitos que deben lle-

narse en la adjudicación y enajenación de tierras baldías. Remitido el expediente al Prefecto del Territorio Nacional de San Martín y no obstante que por virtud del remate se había ya realizado la enajenación de esas tierras desde el 5 de junio de 1873, pidió el rematador y adjudicatario el 26 de julio de 1874 que se ordenara la entrega material de ellas, antes de efectuarse el registro, lo que se dispuso así en auto de 4 de agosto siguiente, mediante comisión conferida al Corregidor de Cabuyaro, quien la llevó a cabo el 31 de agosto de 1874 con intervención del Agente Fiscal del Territorio.

"d) Aunque la diligencia de remate y adjudicación aprobada por la Secretaría de Hacienda y Fomento, constituía legalmente el título suficiente de propiedad para el rematador o adjudicatario, conforme al artículo 13 del Decreto de 20 de agosto de 1856, si el cesionario lo solicitaba, se le hacía escritura pública, lo cual ocurrió, habiéndose extendido en la Notaría de Villavicencio, para tal efecto, la número 54 de 5 de noviembre de 1874, registrada el 13 de los mismos, en el Libro 1º, Tomo 1º, pág. 149".

e) Salido del patrimonio del Estado el terreno de Leche Miel, en virtud de los títulos anotados, el demandante relata las sucesivas tradiciones del dominio de que ha sido objeto desde 1918.

f) La Compañía "Shell Condor S. A.", domiciliada en Bogotá, formuló al Gobierno Nacional —Ministerio de Minas y Petróleos— propuesta de contrato para la exploración y explotación de petróleos sobre una zona de terreno de 69.908 hectáreas de extensión, ubicada en el Corregimiento de San Pedro de Upía y en el Municipio de Campo Hermoso del Departamento de Boyacá, como también en el Corregimiento de Barranca de Upía de la Intendencia Nacional del Meta, zona de terreno determinada por los linderos que allí se señalan (hecho XV). El área del globo de tierras abarcado por la propuesta se superpone, total o parcialmente, al inmueble objeto del remate público celebrado el 5 de junio de 1873 y que se denomina "Sabanas de Leche Miel".

g) La propuesta en cuestión, registrada bajo el número 726, la aceptó el Ministerio de Minas y Petróleos mediante Resolución número 145 de 24 de febrero de 1956, sin que los actores formularan a ella oposición administrativa, por lo cual es procedente la iniciación de este juicio y se está dentro del tiempo hábil para promoverlo por la vía ordinaria. En desarrollo de la aludida propuesta culminaron las pretensiones de la Compañía "Shell Condor S. A." con la celebración del contrato para la exploración y explotación de los petróleos que se encuentren en el globo de tierras objeto de aquélla.

El actor, además de citar las disposiciones legales que estimó pertinentes a la acción promovida, acompañó al libelo principal documentos y escrituras que respaldan los hechos sustentantes de su demanda, los cuales serán objeto de posterior análisis.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, al descorrer el traslado de la demanda, expresa su oposición a que se decreten favorablemente las súplicas allí impetradas, y en cuanto a los hechos, manifiesta que los niega para que se prueben.

Durante la etapa correspondiente del juicio se decretó la práctica de varias pruebas, entre ellas, una inspección ocular con intervención de peritos al predio materia de la litis, a fin de establecer la identificación de éste en el terreno de acuerdo con el alindamiento contenido en la demanda y en los títulos presentados, y de determinar si dicho terreno está encerrado total o parcialmente por la zona de la concesión petrolífera de la Compañía "Shell Condor S. A." ya indicada.

Como se ha surtido el correspondiente trámite de la instancia, procede la decisión del negocio en el fondo.

Antes de entrar al estudio de los medios de convicción traídos al proceso y tendientes a la demostración de los elementos constitutivos de la acción propuesta, a saber: título proveniente del Estado con anterioridad a la reserva fiscal de 28 de octubre de 1873, o, a falta de éste, los documentos de origen oficial emanados de autoridad competente que demuestren su existencia; identificación de los terrenos objeto de la litis, y, por último, comprobación de la propiedad actual de la parte actora sobre los terrenos objeto de la declaración judicial impetrada, procede advertir en cuanto al reparo formulado por el Procurador 2º Delegado en lo Civil en relación a la personería de los menores Saúl, Iván, Bertha y Gonzalo Zuleta Hernández, representantes de la sucesión ilíquida de Silvestre Arboleda o Silvestre Zuleta Arboleda, que tal reparo carece de fundamento porque la calidad de herederos de Arboleda o Zuleta Arboleda que se les atribuye en la demanda está comprobada con la providencia que en copia autenticada fue allegada al juicio antes de que se hubiera repar-

tido el libelo inicial, providencia según la cual el Juzgado Civil del Circuito de Villavicencio declaró a los citados menores Zuleta Hernández herederos del causante Silvestre Arboleda o Zuleta Arboleda en su condición de hijos de aquél, con fundamento en las respectivas actas del estado civil. Y sabido es que la calidad de herederos puede probarse en juicio no sólo con las respectivas actas del estado civil, sino también con la copia del reconocimiento hecho en el juicio de sucesión, según doctrina reiterada de la Corte (G. J. T. LIX, pág. 79; T. LXXI, pág. 102; T. LXXVIII, pág. 79). De otra parte, los demandantes no actúan como propietarios exclusivos del terreno en relación con cuyo subsuelo petrolífero se impetra frente a la Nación la declaración de dominio privado, sino como miembros de una comunidad en una cosa determinada. Y aunque es cierto que los copropietarios de la cosa indivisa no se representan unos a otros, ni tampoco la comunidad, no es menos evidente que cada comunero posee la cosa en común, en todas y en cada una de sus partes, por lo cual la acción que uno o varios de ellos intenten en pro de ella, los beneficia a todos. Y en el caso de autos los prenombrados herederos de Silvestre Arboleda o Zuleta Arboleda, en su condición de representantes de la sucesión ilíquida ya citada, tienen el carácter de comuneros proindiviso en el globo de terreno cuyo subsuelo petrolífero es objeto de esta demanda, según se desprende de la escritura número 1241 de 16 de octubre de 1957, a la cual se hará posterior referencia.

Según ha tenido oportunidad de sostenerlo la Sala en innúmeros fallos, cuestión de fundamental y previo análisis en juicios de esta naturaleza es la atinente a la demostración procesal de la identificación de los terrenos objeto del litigio. Y tal determinación, que es requisito indispensable para la prosperidad de acciones en donde se alega frente al Estado la propiedad privada del subsuelo petrolífero, presupone la comprobación de estos hechos, según lo expresa un claro y constante criterio doctrinal al respecto: Singularidad objetiva del predio materia de la pretensión del actor, es decir, verificación adecuada de que las lindes contenidas en el título en que aquél fundamenta su dominio actual en ese bien raíz tienen su correspondencia en la realidad topográfica del terreno; identificación, también como realidad geográfica y topográfica, de las tierras que se afirma salieron del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1873, desde luego, a la luz del alindamiento consignado en el título originario alegado como causa de tal desprendimiento dominical; demostración de que es uno mismo el terreno que se señala como salido del patrimonio éstatal antes de la reserva fiscal ya indicada y aquél en donde radica el actual derecho de propiedad pretendido, o que el primero comprende a este último en todo o en parte; finalmente, determinación conveniente de que los terrenos materia de la litis están abarcados, en forma total o parcial, por los límites de la propuesta de contrato.

Con el fin de acreditar los anotados extremos de la acción, se ordenó por solicitud de la parte actora la correspondiente práctica de una diligencia de inspección ocular, en asocio de peritos, a las tierras materia del pleito. Del acta que recogió el mencionado reconocimiento judicial, el cual practicó el Juez Civil del Circuito de Villavicencio, en los días 30 de abril, 1, 2 y 3 de mayo de 1959, se desprende lo siguiente:

Con asistencia del señor Procurador Segundo Delegado en lo Civil, de los peritos principales ingenieros Manuel Laverde Aponte, Jorge Chaparro y del tercero Agustín Montes Herrera, del abogado demandante Jesús María Arias y del Juez comisionado por esta Sala, se procedió a la identificación del predio denominado "Leche Miel", ubicado en el Corregimiento de Barranca de Upía, jurisdicción de la Intendencia del Meta. En primer término, el referido personal de la vista de ojos se trasladó al sitio conocido con el nombre de "Mata de los Yopitos" con el fin de fijar el lindero inicial de la mencionada hacienda, el cual parte de ese punto y llega hasta un mojón que se encuentra cercano al "Estero de las Babillas", siguiendo la misma dirección del río Upía. Luégo de haberse efectuado la localización de la línea limítrofe antes descrita, se prosiguió en el reconocimiento de otros puntos básicos del alindamiento del predio objeto del litigio, o sea, "de los mojones situados a orillas del río Cabuyarito, un poco arriba de la desembocadura del caño 'El Tigre' en dicho río, y el mojón situado en la mata de 'El Tablón', para determinar en esta forma los cuatro mojones que encierran el perímetro de la finca 'Leche Miel'. Agrega el acta que después de haberse localizado "los cuatro mojones que encierran el perímetro de la nombrada hacienda, se procedió a identificarla, concluyendo que está comprendida por los mismos linderos relacionados tanto en la demanda del doctor Jesús María Arias, como en las copias de las actas de remate que se hallan agregadas al expediente, lo mismo que se pudo constatar con el examen del plano, cuya copia auténtica obra en el expediente, que los linderos del predio 'Le-

che Miel' son los mismos que contempla el plano en cuestión''.

Concretamente la prueba de inspección ocular y la concurrente de peritos se decretaron en este juicio para establecer los siguientes hechos, indicados en el respectivo memorial petitorio: ''... que se haga el recorrido y reconocimiento que sea de rigor sobre el propio globo de terreno contratado por el Gobierno Nacional con la Shell Condor S. A. para la exploración y explotación de petróleo, según la propuesta tramitada e inscrita en el Ministerio de Minas y Petróleos, bajo el número 726, y sobre el globo de terreno denominado 'Leche Miel' con el fin de que se verifique o constate la identidad de esos globos de terreno con los señalados en la demanda que origina este juicio, en presencia de los títulos y planos presentados, de los planos originales que reposan en el Ministerio de Agricultura y en el de Minas y Petróleos, sobre adjudicación de 'Leche Miel' y sobre la contratación hecha por el Gobierno sobre el petróleo mencionado, todo con el auxilio de mosaico aerofotográfico que exhibiré a los peritos y de planos especiales de la región. Que hechos los estudios técnicos de rigor sobre el expediente y los terrenos, oídas las declaraciones que puedan o deban recibirse, los peritos expongan si los planos presentados en copias responden a los originales, si los linderos de la parte Noreste del globo contratado por el Gobierno, u otros, se extienden hasta comprender todo o parte de los terrenos de 'Leche Miel' y en qué extensión superficiaria los comprenden o si al menos se acercan a 'Leche Miel' en una distancia menor de cuatro kilómetros. La extensión que se interfiera por los terrenos de la concesión sobre los de 'Leche Miel', será señalada en los planos y en el terreno en forma de apreciarse a escala y poderse identificar en cualquier momento, mediante mojones u otros medios que los peritos determinen''.

Conceptuaron los expertos:

''*Primero:* Verificámos y constatámos tanto en el Ministerio de Minas y Petróleos como en el Ministerio de Agricultura y Ganadería, que las copias auténticas de los planos a nosotros suministradas, y que obran en el expediente, son en un todo idénticas a los originales que en dichos Ministerios reposan. Dichos planos, según constatamos, establecen la identidad de los globos de terreno señalados en el libelo demandador, hecho y petición primeros con que se inicia este juicio, el cual libelo tiene fecha 15 de octubre de 1958, y el contratado por el Gobierno con la Compañía Shell Condor S. A. según descripción y linderos constantes en la misma demanda, conclusión extraída de la observancia atenta de los planos y títulos que obran en el expediente, relativos a la adjudicación y propiedad de la hacienda 'Leche Miel' y la propuesta número 726 de la Shell Condor S. A.

''*Segundo:* Del estudio detallado hecho sobre el terreno, de la comparación de los planos tanto de 'Leche Miel' como de la propuesta distinguida con el número 726 en el Ministerio de Minas y Petróleos, del cotejo hecho de estos planos relacionados con el mosaico aerofotográfico, recorrida en toda su extensión el área integrante de la hacienda 'Leche Miel', verificados los cuatro mojones —plantados en los cuatro ángulos— que determinan la parte encerrada dentro de este cuadrilátero de la hacienda 'Leche Miel', así como recorrida la parte restante de la hacienda 'Leche Miel', comprendida dentro del costado oriental de dicho cuadrilátero y el río Upía, llegamos a la conclusión de que realmente el costado Noreste del globo de terreno contratado con la Shell Condor S. A. por el Gobierno Nacional, atraviesa el predio de 'Leche Miel' dividiendo dicha hacienda en dos sectores, uno comprendido dentro del globo contratado entre el Gobierno y la Shell Condor S. A. y otro sector fuera de él (de los planos).

''De la verificación y comprobación de la parte encerrada por el globo de terreno contratado, de la Isla, que aparece en el río Upía, de la distancia al caserío de Barranca de Upía, de puntos arcifinios inmodificables que aparecen tanto en los planos de la propuesta distinguida con el número 726, como en los de la hacienda 'Leche Miel', y en el mosaico aerofotográfico, pudimos determinar que el costado Noreste del globo de tierra contratado por el Gobierno Nacional con la Compañía Shell Condor S. A., corta el lindero oriental del cuadrilátero principal de la hacienda 'Leche Miel', determinada según los linderos que aparecen indicados en el hecho primero de la demanda —y en otros puntos de la misma—, que son los mismos e idénticos a los que se refiere la diligencia de remate verificada el cinco (5) de junio de mil ochocientos setenta y tres (1873), idénticos a los contenidos en la escritura número 1.241 de 16 de octubre de 1957, pasada ante la Notaría de Villavicencio, e idénticos a los señalados en el hecho primero de la demanda y su primera petición, a una distancia de mil cuatrocientos noventa y ocho metros (1.498) y un azimuth de 157° 12' 35.5'', que es el mismo que tiene este costado del cuadrilátero

partiendo del mojón situado en la Mata del Yopito. Dicho punto fue identificado sobre el terreno con un mojón marcado I.

"Por los medios técnicos mismos determinamos que la línea A B, lindero Noreste del globo de terreno contratado por el Gobierno Nacional con la Sociedad Shell Condor S. A., sale de los terrenos de 'Leche Miel', cortando el costado occidental de 'Leche Miel' en un punto situado a quinientos sesenta metros (560 M.) del mojón plantado sobre el río Cabuyarito, arriba de la desembocadura del caño nombrado 'El Tigre', en dicho río, siguiendo un azimuth de 310° 14' 35.5". Dicho punto fue identificado en el terreno con un mojón marcado II.

"Por lo tanto, dicha línea que tiene un azimuth de 216° 01' 38", corta los terrenos de 'Leche Miel' en una longitud de doce mil doscientos veintinueve metros con 11/100 (12.229, 11 M) y divide dicho globo en dos partes. La parte de la hacienda 'Leche Miel', comprendida dentro del globo de terreno contratado por el Gobierno Nacional con la Shell Condor S. A., mide una extensión superficiaria de *cinco mil trescientos cuarenta y dos hectáreas con cuatro mil seiscientos diez y siete* (4.617 M.) metros cuadrados. (Son: 5.342 has. y 4.617 M. 2)".

Por medio de auto datado el 23 de junio de 1959 y a solicitud de la parte actora, el Magistrado sustanciador dispuso que los peritos ampliaran su dictamen con el fin de que dichos expertos hicieran la "delimitación precisa del área o polígono que en parte de la hacienda 'Leche Miel' interfiere o se superpone la concesión hecha a la Shell Condor S. A.". Expresaron aquéllos en la respectiva ampliación: "Tal área superpuesta, como lo expresamos en el dictamen anterior, es de *cinco mil cuatrocientos treinta y dos hectáreas con cuatro mil seiscientos diez y siete metros cudrados,* y se delimita dentro de la hacienda 'Leche Miel', así: A partir del mojón M. situado en el sitio denominado 'Mata del Yopito' en recta a la margen derecha del río Upía en longitud de 225,92 metros y azimuth de 67° 12' 35,5"; de este punto siguiendo por toda la orilla del mencionado río, distancia en recta aproximada de 1.300, azimuth próx. de 157°. De este último punto en la margen derecha del río Upía en longitud de 420 metros, azimuth de 216° 01' 38,9" al mojón M I; de este mojón distancia recta de 12.229, 11 metros, azimuth de 216° 01' 38,9" al mojón M II cerca al río Cabuyarito; del mojón M II, al mojón de El Tablón longitud recta de 7.198.05 azimuth de 310° 14' 35,5"; de este mejón a la Mata del Tablón, línea recta al mojón punto de partida en la mata del Yopito, con una longitud de 13.649 metros y un azimuth de 59° 32' 35,5". Los azimuths son astronómicos.

"Aclaramos que en el plano general de la hacienda de 'Leche Miel', entregado por nosotros a la honorable Corte, este último lindero aparece con un azimuth de 106° 30' 35,5" en lugar de 59° 32' 35,5" que es el verdadero. Tal error fue cometido involuntariamente por el dibujante".

En su alegato de conclusión expresa el señor Procurador Delegado en lo Civil que en el juicio se produjo la plena prueba de la determinación de los terrenos que fueron objeto del acto de enajenación y adjudicación por parte del Estado antes de 1.873, acto en virtud del cual dichos terrenos pasaron al patrimonio de los particulares, como también la debida y real verificación del área o extensión territorial concretada en la demanda y a que se refieren los títulos actuales de propiedad privada de los actores sobre tales terrenos.

Dice al respecto el señor Representante legal de la Nación (pág. 113 del C. Nº 1): "Mediante comisión que se le confirió para ese efecto, el Juez Civil del Circuito de Villavicencio llevó a cabo en diligencia de inspección ocular con asesoría de dos peritos y un tercero para caso de discordia, designados en forma debida, para la identificación del terreno denominado 'Leche Miel', como puede apreciarse según actas de folios 58 vto. del C. Nº 2. Pruebas de la parte demandante. Así que en cuanto a la identificación del inmueble denominado 'Leche Miel', por los linderos que se expresan en la demanda y constan en los títulos aportados al juicio, relativos a ese inmueble, estuvo plenamente satisfecha la exigencia legal". Añade que por ese mismo medio probatorio se estableció la identificación y ubicación del inmueble que se individualiza en el título presentado para probar que esas tierras se desprendieron del patrimonio nacional antes de la reserva del petróleo de 1873, inmueble "que es el mismo o se confunde con el que es objeto de este litigio".

Y la Sala —aceptando a este respecto las conclusiones de la Procuraduría Delegada en su referido alegato final— encuentra acreditada con plenitud tanto la determinación objetiva de la actual finca denominada "Leche Miel" en relación con cuyo subsuelo petrolífero suplican los actores declaración de propiedad particular, como la del inmueble desprendido del dominio nacional en virtud de la diligencia de remate verificada el 5 de junio de 1873. En efecto, aparece con evidencia de las ya relacionadas prue-

bas de inspección ocular y de peritos, a las cuales debe conferírseles el crédito probatorio contemplado en los artículos 730, 722 y 723 del Código Judicial, que fueron localizados topográficamente, por verificación directa cumplida mediante dicho reconocimiento judicial, los linderos del inmueble a que se contrae este juicio, comprobándose —como lo revela el fundamentado dictamen de peritos— que el alindamiento en el terreno de la hacienda "Leche Miel" descrito en el hecho primero de la demanda, es el mismo contenido en la precitada diligencia de remate de 1873 y también igual al señalado en los títulos de dominio actual de los actores.

De otra parte, en cuanto al esclarecimiento del requisito de la acción propuesta referente a la demostración de que las tierras de 'Leche Miel" están superpuestas con el área de la propuesta de contrato número 726, total o parcialmente, expresa la Procuraduría Delegada que ese extremo o presupuesto de aquella "no se ha establecido en el juicio en forma debida, por cuanto tal superposición no puede acreditarse con la prueba de peritos recibida al efecto, ya que el respectivo dictamen carece de fundamentación".

Expresa en este particular que de las actas de inspección ocular y los términos del dictamen, aparece que "los peritos con la sola identificación del globo de terreno llamado "Leche Miel" determinaron a priori, sin todavía determinar el globo de terreno objeto de la propuesta número 726 formulada por la Shell Condor S. A. a la Nación, y sin siquiera llegar a alguno de los vértices o puntos arcifinios de esta propuesta, ni menos establecer las direcciones en el terreno de las líneas que demarcan este globo de la propuesta, que ésta penetraba su perímetro en parte en la hacienda "Leche Miel". ¿Esto lo hicieron con base en qué? En la comparación de los planos que reposan en el expediente, y los que existen en el Ministerio de Minas y Petróleos y de Agricultura y Ganadería. No en el terreno mediante la vista física.

"Y luégo 'por los mismos medios técnicos', 'determinan que la línea A B, lindero noreste del globo de terreno contratado por el Gobierno Nacional con la Sociedad Shell Condor S. A., sale de los terrenos 'Leche Miel', cortando el costado occidental de 'Leche Miel', en el punto situado a quinientos sesenta (560) metros del mojón plantado sobre el río Cabuyarito, arriba de la desembocudura del caño nombrado El Tigre, en dicho río, siguiendo un azimuth de 310° 14' 35,5". Dicho punto fue identificado en el terreno con un mojón marcado II'.

"Es decir, con la sola identificación que había hecho el Juzgado en la diligencia de inspección ocular del globo de terreno 'Leche Miel', y con la comparación empírica y carente de realidad en el terreno, salvo en cuanto a pisar e identificar de nuevo el de 'Leche Miel', los peritos pudieron conceptuar, sin establecer la ubicación sobre el terreno físico de los puntos o mojones del globo de terreno de la propuesta número 726 de la Shell Condor S. A. a la Nación, que la línea o lindero Noreste, tal como lo pide la parte actora, penetra en el lindero de 'Leche Miel' y vuelve a salir, abarcando así aquel perímetro parte de esta hacienda".

La deficiencia fundamental del dictamen de peritos, según las anteriores apreciaciones del representante legal de la Nación, radica en la circunstancia de que sólo en forma empírica se hizo la determinación del área de la propuesta de contrato número 726 y de que, por lo tanto, la superposición parcial de ésta respecto del predio litigioso, anotada en esa peritación, carece de certidumbre y fuerza probatorias.

SE OBSERVA

Los peritos concurrieron con el Juez comisionado a las tierras materia del debate judicial con el fin de estudiar y verificar objetivamente —y aplicando aquellos expertos sus conocimientos técnicos— los ya antes indicados extremos de la acción propuesta y, entre ellos, el atinente a la comprensión del inmueble objeto de las declaraciones de la demanda, en todo o en parte, por el área de la propuesta varias veces citada.

Las actas de la inspección ocular relatan la forma como se llevó a cabo el examen y reconocimiento de ese y otros hechos litigiosos relacionados con esta controversia, quedando en aquéllas testimonio de la real determinación de puntos y líneas fundamentales en el estudio de la cuestión relacionada con la superposición de áreas.

Y así, por ejemplo, en la parte final del acta de la prenombrada vista de ojos datada el 1º de mayo de 1959 (fl. 59 v. C. Nº 2), se expresa: "... En este estado, los señores peritos ingenieros manifestaron que era necesario antes de identificar los terrenos materia de la diligencia, localizar los mojones de la Mata de los Yopitos y luégo el de la orilla del río Cabuyarito con el objeto de poder determinar tanto el punto por donde entra la línea de la concesión a los terrenos de 'Leche Miel' como el punto de salida de la misma línea de los terrenos antes di-

chos, o si dicha línea no atraviesa esos terrenos o pasa por fuera de ellos. En este estado, los peritos ingenieros procedieron a la localización de los mojones antes citados, labor que se llevó todo el día y por lo cual el Juez suspendió la diligencia, etc.''.

Esta prosiguió en los tres días siguientes y de las respectivas actas se concluye que los peritos, junto con el resto de personal de la diligencia, continuaron en la localización de los mojones y líneas que sirven para individualizar el predio ''Leche Miel'' y, además, procedieron *in situ* a efectuar las mensuras y estudios de rigor para quedar en capacidad de absolver el resto del fomulario que les fuera sometido. También en las posteriores observaciones del acta final de este reconocimiento judicial, y respecto del anotado hecho o circunstancia litigiosa, manifiesta el funcionario que la practicó: ''El suscrito Juez se permite dejar las siguientes consideraciones, de acuerdo con lo que objetivamente pudo apreciar a lo largo de esta diligencia:... *Segunda:* Que de acuerdo con la identificación que se hizo del predio 'Leche Miel' en la forma antes expresada y con el examen de los planos del mismo predio, y de la Shell Condor, en su solicitud de concesión, se pudo establecer que la solicitud de la Shell Condor encierra gran parte de la hacienda 'Leche Miel'.''

Por manera que los expertos —y así se desprende de los testimonios dejados en las precitadas actas y de la misma exposición que fundamenta el dictamen pericial— reconocieron sobre el terreno los puntos necesarios en la identificación del predio objeto del juicio, las líneas que unen esos puntos y contienen esas tierras en un polígono cerrado, en forma tal que pudieron relacionar ese alindamiento con el que determina el área de la concesión petrolífera, todo lo cual permitió a dichos peritos fijar y concretar en una zona y extensión territorial determinada la magnitud y forma que ofrece la interferencia entre los perímetros de las áreas en cuestión. Y como la aludida peritación reviste seriedad y validez técnicas, viene ilustrada con un gráfico o plano que representa objetivamente la manera y proporción como se ha realizado tal superposición; está fundada en la identificación real de las tierras del litigio y de las comprendidas en la propuesta, de lo cual da razonada cuenta este informe pericial, es claro que debe aceptarse como idóneo medio de convicción para acreditar este extremo de la acción en estudio, por la precisión, exactitud y claridad de sus conceptos y de las conclusiones a que llegan los expertos según ya se indicara.

La prueba de que el predio ''Leche Miel'' salió del patrimonio del Estado con anterioridad a la reserva fiscal de 1873, se hace consistir en la adjudicación mediante remate público de terrenos baldíos ubicados en el Territorio Nacional de San Martín y, entre ellos, el de anterior mención. Las copias de las diligencias adelantadas a este respecto expedidas por la Secretaría General del Ministerio de Agricultura o contenidas en la escritura pública número 54 de 5 de noviembre de 1874 de la Notaría de Villavicencio, dan cuenta de que José Alonso, por medio de apoderado, hizo solicitud el 28 de diciembre de 1872 al Prefecto del ya citado Territorio Nacional para ''comprar en pública subasta unas cuantas hectáreas de tierras baldías en tres globos distintos situados en el Corregimiento de Cabuyaro en el paraje conocido con el nombre de Sabana de Leche Miel y las otras dos en el Corregimiento de Medina en los puntos llamados ''Mesa de Cura'' y ''Guichiral''.

A la anterior propuesta de compra de tierras baldías, la cual contiene los linderos generales de los terrenos así denunciados y la petición de que se haga el avalúo y mensura de los mismos, recayó la siguiente providencia: *''Prefectura del Territorio Nacional de San Martín.* Villavicencio, doce de enero de mil ochocientos setenta y tres. De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 354 de la Ley 3ª, parte 5ª, tratado 1º de la R. G. se resuelve: *Primero:* Admítese el denuncio y la propuesta de compra de tierras baldías que hace Emiliano Restrepo E., en su calidad de apoderado de José Alonso. *Segundo:* Líbrense los despachos necesarios para poner en conocimiento de los colindantes expresados por el solicitante el denuncio dado. *Tercero:* Nómbrase como agrimensor a Sixto Solano a quien se le oficiará para que si acepta el cargo celebre el contrato con el señor Gobernador del Estado Soberano de Cundinamarca, empleado a quien se comisiona para la celebración de tal contrato. Para este efecto, líbrese el exhorto suplicatorio del caso incluyendo las bases que debe tener en cuenta. *Cuarto:* Para que se practiquen los avalúos de los terrenos denunciados, en los términos ordenados por el artículo 6º de la ley recopilada citada, se hacen los siguientes nombramientos de avaluadores: Para el globo de tierra denominado 'Leche Miel', *Ciriaco Castro* y *Ricardo Rojas,* y para los globos denominados 'Guichiral' y 'Mesa de Cura' se nombra a *Ramón Cadena* y *Calasán Vela,* a quienes se hará comparecer para su aceptación, juramento y posesión del cargo. Líbrense todos los despachos y exhortos del caso y cuando se hayan cumplido

todas las providencias dictadas en el presente auto, póngase el expediente al despacho para señalar el día del remate.—Nicolás Fajardo, Gregorio E. Sampedro, Secretario''.

Practicadas las diligencias de rigor legal, entre ellas, la de mensura y deslinde con amojonamiento de tales tierras, según se desprende de los informes del agrimensor prenombrado, se llevó a cabo su remate en pública subasta el 5 de junio de 1873, el cual fue definitivamente aprobado por providencia emanada de la Secretaría de Hacienda y Fomento el 20 de junio del mismo año, que en lo pertinente reza: ''Hecho el exámen del expediente de la adjudicación promovido por el señor Emiliano Restrepo E. como apoderado del señor José Alonso resulta, que tanto el interesado como los funcionarios públicos que en él intervinieron han cumplido estrictamente con las prescripciones de las Leyes 3ª, parte 5ª, tratado 1º de la R. G. y 4ª de la misma parte y tratado del apéndice de la Recopilación, ambas vigentes. Que las operaciones de mensura y levantamiento del plano se hallan de acuerdo con la exposición del agrimensor, señor Sixto Solano B., nombrado oficialmente por el señor Prefecto del Territorio; en consecuencia, el Poder Ejecutivo, resuelve: Apruébase definitivamente el remate y la adjudicación hechas a José Alonso de once mil ciento dos hectáreas con cinco mil dos metros cuadrados (Hs. 11.102, 5.002) de tierras baldías situadas en los Corregimientos de Medina y Cabuyaro, Territorio Nacional de San Martín, verificado en Villavicencio el 5 del presente mes en esta forma: . . . Las de 'Leche Miel', en el Corregimiento de Cabuyaro, son (linderos): del punto llamado Mata del Yopito se baja una perpendicular al río, y éste aguas abajo tomando por el brazo de la derecha hasta dar con una perpendicular bajada al mismo río Upía de un mojón situado al N. E., de éste una recta a otro mojón situado a orillas del río Cabuyarito, arriba de las bocas del caño El Tigre; de éste una recta a la mata de Tablón, y de éste una recta al punto de partida. El terreno está separado por todas partes de baldíos nacionales, esto es, lindando con ellos y fuera de las 5.000 Hs. adjudicadas al Corregimiento de Cabuyaro para nuevos pobladores. Su posición geográfica es de cuatro grados treinta y cuatro minutos latitud norte y un grado doce minutos de latitud oriental del meridiano de Bogotá. Dichos terrenos tienen una extensión de diez mil hectáreas. La venta de los terrenos a que se refiere esta resolución se hace conforme a las disposiciones que se enumeran en el artículo 14 de la Ley 3ª, parte 5ª, tratado 1º de la Recopilación Granadina, y además a las prescripciones de los artículos 1672 y 1826 del Decreto de 7 de enero de 1870, sobre formalidades que deben observarse en la adjudicación y enajenación de tierras baldías (D. O. Nº 1804). Queda entendido que las que se enajenan llevan consigo la obligación de dar camino para las tierras adyacentes que lo necesiten... Transcríbase esta resolución al señor Prefecto del Territorio Nacional de San Martín para los efectos del artículo 21 del Decreto 7 de enero de 1870. Comuníquese y publíquese.—El Secretario, Aquileo Parra''.

Posteriormente, a solicitud del mismo rematador, se le hizo entrega material de dicho bien raíz mediante diligencia practicada el 29 de agosto de 1874 por el Corregidor de Cabuyaro, comisionado para efectuar dicha entrega administrativa.

También el apoderado del adjudicatario Alonso pidió la protocolización del título de ese remate, o sea, de los documentos principales relacionados con la solicitud de adjudicación, tramitación de ésta, diligencia de remate, resolución ejecutiva aprobatoria del mismo, etc., relativos todos ellos a los expresados globos de terreno, para lo cual el Prefecto Nacional de San Martín, comisionado al efecto, compareció ante el Notario Público de Villavicencio e hizo otorgar la escritura número 54 de 5 de noviembre de 1874, insertándose en ella los referidos documentos, escritura que fue registrada el 23 de noviembre del año de su otorgamiento.

La Procuraduría Delegada, después de relacionar brevemente la actuación precedente, expresa en cuanto a la validez y suficiencia para acreditar con ella el desprendimiento dominical del Estado de tales terrenos, lo siguiente: ''... El título respectivo que se le expidió (a José Alonso) con causa del remate, fue registrado el 13 de noviembre de 1874, esto es, posteriormente al 28 de octubre de 1873. Pero la obligación de registro no existía entonces como medio de trasmitir el dominio ni como complemento forzoso y esencial o de solemnidad de la escritura o título. Parece que el remate efectuado daba título al rematador, y que la entrega material y el registro eran diligencias consecuenciales a la adquisición de ese título de dominio entonces''.

La anterior documentación presentada por la parte actora para demostrar la propiedad privada del petróleo que pueda encontrarse en el predio conocido con el nombre de ''Leche Miel'', por los linderos ya descritos, acredita con plenitud que el Estado colombiano se desprendió

con anterioridad a la reserva fiscal de 28 de octubre de 1873 del dominio sobre ese inmueble. En efecto: obra en los autos la plena prueba de la adjudicación hecha por el Estado colombiano al señor José Alonso de las tierras baldías que éste remató en Villavicencio por ante el Prefecto del Territorio Nacional de San Martín, en los términos y mediante las formalidades de rigor legal de que da pormenorizada cuenta el acta de la diligencia de remate de fecha *5 de junio de 1873,* acta en la cual se singularizan esos terrenos por su ubicación, extensión y linderos antes indicados. Además, el remate referido y la correspondiente adjudicación fueron aprobados "definitivamente" por el Poder Ejecutivo Nacional, Secretaría de Hacienda y Fomento, en Resolución dictada en Bogotá el *20 de junio de 1873,* según aparece de documento ya transcrito en sus apartes fundamentales. Luego, se hizo al rematador la entrega material y administrativa de los terrenos en referencia, diligencia que llevó a cabo por comisión el Prefecto de Cabuyaro el 31 de agosto de 1874.

En cuanto a la cuestión jurídica suscitada por el señor Procurador en su vista de fondo, relativa a que el "título respectivo que se expidió a José Alonso con causa del remate fue registrado el 13 de noviembre de 1874", —como efectivamente ocurrió—, ya esta Sala de la Corte ha tenido oportunidad de sustentar y ratificar la tesis de que verificado el remate de una finca raíz antes del 28 de octubre de 1873 y aprobado también antes de la misma fecha por el Gobierno, aunque la diligencia respectiva se haya registrado después, los efectos del registro se retrotraen a la fecha del respectivo remate. (G. J. T. LI, pág. 373; T. LIII, pág. 766).

Para acreditar que el dominio del cuestionado bien raíz se ha radicado en cabeza de los actores, éstos acompañaron con el libelo inicial un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Villavicencio y los títulos en él referidos, debidamente registrados, de los cuales aparece:

Por escritura pública número 872 de 22 de mayo de 1918 de la Notaría 2ª de Bogotá, Carmelo París adquirió la finca "Leche Miel", por los linderos descritos en la demanda, en virtud de compra a Constancia González v. de Angulo, quien la había adquirido por adjudicación que se le hizo en la sucesión de Felipe Angulo.

Carmelo París, por medio de apoderado general y por escritura número 18 de 16 de diciembre de 1937, otorgada en la Notaría de Arauca, ratificó la venta que de dicho globo de terreno se le había hecho a Silvestre Arboleda por Rafael M. Cruz, según escritura número 3417 de 10 de diciembre de 1930 de la Notaría 2ª de Bogotá.

Al tenor de la escritura número 2891 de 5 de noviembre de 1937, pasada ante la Notaría 4ª de Bogotá, los terrenos en cuestión pasarían a ser propiedad de Elías Abad Mesa, por compra a Silvestre Arboleda; mas Abad Mesa a su vez los transfirió, a título de venta, al precitado Arboleda por escritura número 3081 de 2 de agosto de 1944 de la Notaría 1ª de Medellín.

Por instrumento público número 696 de 14 de septiembre de 1944, otorgado en la Notaría de Villavicencio, Silvestre Arboleda vendió las referidas tierras a la sociedad de responsabilidad limitada que giró bajo la razón social "Ganadería Oriental Ltda.".

Los cinco socios fundadores de la sociedad en mención, resolvieron disolverla y liquidarla, acordando la forma y las bases de la liquidación que consignaron en la respectiva acta, con la cual su gerente, doctor Jesús María Arias, otorgó en la Notaría de Villavicencio la escritura pública número 1241 de 16 de octubre de 1957, debidamente registrada, que contiene la adjudicación proindiviso de la hacienda "Leche Miel" al mismo doctor Arias y a Silvestre Arboleda o herederos suyos, en la proporción de 9.200 y 800 hectáreas, respectivamente. Se advierte en dicho instrumento que Silvestre firmaba sólo con el apellido materno, siendo en realidad Zuleta Arboleda. El registro comercial de la disolución se hizo en la Cámara de Comercio de Bogotá, con el extracto de la Notaría, y asímismo se efectuó la publicación del mismo en debida forma.

De todas las consideraciones precedentes surge la conclusión de que se hallan acreditados procesalmente los extremos o presupuestos de la acción de dominio del subsuelo petrolífero incoado en relación con el terreno denominado "Leche Miel", cuyo dominio, como se acaba de ver, radica actualmente en cabeza de los actores.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Negocios Generales—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

DECLARA:

Son de propiedad privada el petróleo y los demás hidrocarburos que se encuentren en el subsuelo de la finca conocida con el nombre de

"Leche Miel", ubicada en el Corregimiento de Barranca de Upía, Intendencia Nacional del Meta, alindada en los títulos respectivos, en el área en que la propuesta número 726 se superpone sobre los linderos de dicho predio, así: "A partir del mojón M, situado en el sitio denominado 'MATA DE YOPITO' en recta a la margen derecha del río Upía en longitud de 225,92 metros y azimuth de 67° 12' 35,5" de este punto siguiendo por toda la orilla del mencionado río, distancia en recta aproximada de 1.300, azimuth aprox. de 157°. De este último punto en la margen derecha del río Upía, en longitud de 420 metros, azimuth de 216° 0,1' 38,9" al mojón M I; de este mojón distancia recta de 12.229,11 metros, azimuth de 216° 01' 38,9" al mojón M II cerca al río Cabuyarito; del mojón M II, al mojón de El Tablón longitud recta de 7.198,05, azimuth de 310° 14' 35,5"; de este mojón de la Mata del Tablón, línea recta al mojón punto de partida en la mata del Yopito con una longitud de 13.649 mts. y un azimuth de 59° 32' 35,5" que es el verdadero. Los azimuths son astronómicos".

2º La propiedad privada reconocida en el punto anterior pertenece proindiviso y en la proporción señalada por la escritura número 1241 de 16 de octubre de 1957 de la Notaría de Villavicencio, al doctor Jesús María Arias y a la sucesión de Silvestre Arboleda o Silvestre Zuleta Arboleda, representado por sus menores hijos Saúl, Iván, Bertha y Gonzalo Zuleta Fernández.

3º Como consecuencia de las declaraciones anteriores, el petróleo y los demás hidrocarburos que se encuentren en los terrenos individualizados en el punto 1º, no pueden ser objeto de contrato que la Nación celebre sobre exploración y explotación de petróleos y, en consecuencia, deben excluírse de la propuesta de contrato número 729 de la Shell Condor S. A.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese el expediente.

Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

OTRAS SENTENCIAS NO PUBLICADAS

También fueron dictadas por la Sala de Negocios Generales, durante los meses de enero y febrero de 1962, las sentencias absolutorias que se relacionan a continuación, recaídas en juicios ordinarios sobre dominio privado del subsuelo petrolífero. La Sala se abstuvo de ordenar la publicación de estos fallos en la "Gaceta" en consideración a su falta de interés doctrinal.

Demandante	Demandado	Fecha	Magistrado
1. Elvira Forero v. de Gaitán	La Nación.	Enero 19.	Dr. Zambrano.
2. Matilde Latorre de Luque	" "	Enero 19.	Dr. Zambrano.
3. Emilia Mendoza de Páez	" "	Enero 22.	Dr. Zambrano.
4. Orden de Frailes Menores Capuchinos	" "	Enero 22.	Dr. Peláez T.
5. Luis Enrique Pinzón	" "	Enero 22.	Dr. Peláez T.
6. María Ignacia D. v. de Ruge	" "	Enero 23.	Dr. Peláez T.
7. Francisco González N.	" "	Enero 24.	Dr. Peláez T.
8. José A. Bonnet	" "	Enero 24.	Dr. Zambrano.
9. Elvira Barriga de Calderón	" "	Enero 24.	Dr. Araújo G.
10. Alfonso Pinzón A.	" "	Enero 26.	Dr. Araújo G.
11. María Cecilia Correa C.	" "	Enero 31.	Dr. Araújo G.
12. Sara María Forero de Forero	" "	Febrero 2.	Dr. Peláez T.
13. Alvaro Muñoz Mariño y otra	" "	Febrero 7.	Dr. Peláez T.
14. Graciela Pinzón de Torres	" "	Febrero 10.	Dr. Osejo P.
15. Ruth Bickembach de Lender	" "	Febrero 10.	Dr. Osejo P.
16. Bernardo Carrasquilla G.	" "	Febrero 15.	Dr. Araújo G.
17. Víctor Julio Gaitán	" "	Febrero 20.	Dr. Araújo G.
18. Comité Católico de Inmigración	" "	Febrero 28.	Dr. Zambrano.

ADVERTENCIAS

PRIMERA. — Ya que temporalmente y como medida necesaria para descontar el atraso lo más pronto posible, la publicación de la GACETA JUDICIAL se adelantará simultáneamente en la Imprenta Nacional y en los Talleres Gráficos Mundo al Día, se previene a los lectores sobre la inevitable alteración del orden cronológico en la aparición de los fallos y doctrinas, puesto que la Imprenta Nacional atenderá a la publicación de las sentencias dictadas por la Corte en el presente año, mientras la de Mundo al Día seguirá editando las proferidas en el curso del año pasado y los Indices atrasados.

SEGUNDA. — También debe advertirse que se aspira a lograr que los extractos que se publican como encabezamiento de las sentencias ofrezcan una fácil indicación acerca de las doctrinas que en ellas se desarrollan, lo que quiere decir que sería equivocado tomarlos como transcripciones completas, cuando no pretenden ser sino simples enunciados jurídicos de las doctrinas, despojados de la argumentación con que vienen sustentados en el fallo, cuya lectura, como es obvio, se impone para quien desee conocer exactamente el pensamiento de la Corte. Se anota sí, que esta necesaria y conveniente concisión no se refiere sino a aquellos extractos que acompañan a la sentencia, porque en cuanto a los que se publican, alfabéticamente clasificados, en el Indice y Jurisprudencia de cada Tomo, lo más indicado parece ser que se conserve la forma amplia y detallada que se acostumbra, a fin de que, presentadas las doctrinas en su integridad, no se pierdan detalles o matices que puedan ser útiles a la mejor inteligencia de la ley.

EL RELATOR

INDICE

SALA PLENA

Páginas

Proposición de reconocimiento a los Magistrados doctores Carlos Peláez Trujillo y Angel Martín Vásquez A., por el digno desempeño, en su orden, de la Presidencia y Vicepresidencia de la Corte.—Aprobada en sesión plenaria de 25 de enero de 1962 3

Moción de condolencia aprobada en Sala Plena con motivo del fallecimiento de la señorita doña Carmen Posada P.—Sesión de fecha 25 de enero de 1962 3

Sanciones disciplinarias.—La Corte encuentra que no tiene fundamento la queja formulada contra un Magistrado de Tribunal Superior de Distrito a quien, por lo mismo, no se le impone sanción alguna.—En sentencia de 19 de febrero de 1962, así lo resuelve la Corte, respecto de la queja formulada contra el Magistrado, doctor Carlos Eastman.—Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R. 4

SALA DE CASACION CIVIL

Aclaración de sentencias.—Se deniega la solicitud de aclarar una sentencia, dictada anteriormente por la Corte, en juicio ordinario sobre nulidad de un testamento cerrado.—En providencia de 23 de enero de 1962, así lo decide la Corte en el ordinario adelantado por Wenceslao Sabogal y otros contra Barbarita Posada v. de Chaves y otros.—Magistrado ponente, doctor Enrique López de la Pava ... 5

Acción reivindicatoria.—No se casa la sentencia que negó la restitución, para una sociedad conyugal disuelta y una sucesión ilíquida, de una finca rural.—La sentencia acusada no halló demostrados los elementos integrantes de la acción de dominio.—No atacó el recurrente todos los soportes del fallo.—Por sentencia de 24 de enero de 1962, así lo decide la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el ordinario reivindicatorio promovido por la sucesión de María Amaya de González contra Alberto Sánchez Jiménez.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón 7

Filiación natural, reforma del testamento y restitución de bienes.—No se casa la sentencia que halló acreditada la posesión notoria del estado de hijos naturales alegado por los demandantes.—La sentencia acusada ordenó también la reforma del testamento del padre natural, así como la restitución de ciertos bienes herenciales.—Por sentencia de 29 de enero de 1962, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el ordinario adelantado por Pedro Jesús Torres Cuadros y otros contra Flor de María o Flor del Carmen Lozano viuda de Torres y otros.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 12

Filiación natural, petición de herencia y reforma del testamento.—Se desestiman los reparos formulados contra la sentencia que hizo declaración sobre filiación natural y ordenó la reforma del testamento otorgado por el padre.—El demandante, quien actuó representado por su madre, nació con posterioridad al fallecimiento de su padre natural.—Por sentencia de 30 de enero de 1962, la Corte no casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario de Carlos Adolfo Mejía, representado por su madre, Clara Inés Mejía, contra Olga Pinzón Ramírez de Pinzón Neira.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón 16

Acción resolutoria.—Violación directa de la ley sustantiva en la sentencia acusada.—Esta

Páginas

consideró improcedente la acción resolutoria respecto de cierto contrato de permuta de vehículos.—La Corte lo declara resuelto.—Por sentencia de 30 de enero de 1962, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el ordinario sobre resolución de un contrato de permuta de un vehículo automotor, adelantado por J. Célimo Lucero contra Miguel Angel Pérez Ch. y otro.—Magistrado ponente, doctor Arturo C. Posada 25

Simulación relativa.—No prosperan los cargos contra la sentencia que declaró simulado un contrato de compraventa de inmuebles para encubrir una donación y que ordenó ciertas restituciones a favor de una sucesión.—Medios de que puede servirse el heredero para probar la simulación cumplida por su causante.—Por sentencia de 31 de enero de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario adelantado por Julio E. Peláez A. contra Rosa Emilia Grajales de Ceballos.—Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R. 34

Impugnación de la legitimación.—No halla la Corte violación directa ni indirecta de la ley en la sentencia que se negó a invalidar una legitimación.—La demanda original pretendió obtener la anulación del acto jurídico por medio del cual fue legitimada la demandante, pero el sentenciador no encontró demostrados los elementos de la acción intentada.—Por sentencia de 23 de febrero de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el ordinario adelantado por Ana Dolores Martínez contra Luis Enrique Martínez y otra.—Magistrado ponente, doctor José J. Gómez R. 41

Acciones de reivindicación y recobro.—Excepción de prescripción adquisitiva.—No se casa la sentencia que desestimó las súplicas de la demanda al hallar probada la excepción de prescripción adquisitiva.—Reclamaba la actora cierto lote de terreno que, para la época en que le fue adjudicado, se hallaba en manos de compradores de buena fe, por cuanto desde tiempo atrás había sido vendido por los otros herederos, en mayor extensión y como cuerpo cierto.—Así lo resuelve la Corte en fallo de 27 de febrero de 1962, respecto del proferido por el Tribunal Superior de Pasto, en el ordinario adelantado por María Rosero Victoria de Torres contra Segundo Verdugo

Páginas

y otra.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 49

Salvamento de voto del Magistrado doctor José J. Gómez R., en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este índice .. 53

Nulidad del testamento y petición de herencia. Presupuesto procesal de capacidad para ser parte.—Personas jurídicas.—No se casa la sentencia que, encontrando que faltaba el presupuesto procesal de capacidad para ser parte en la entidad demandada, se abstuvo de resolver en el fondo.—La demanda tendía a obtener la anulación de un testamento por falta de solemnidades y a reclamar una herencia.—Por sentencia de 28 de febrero de 1962, así lo decide la Corte, respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el ordinario adelantado por María Josefa Castaño López contra Epitacio Vélez y otros. Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón 57

SALA DE CASACION PENAL

Faltas contra la ética profesional del abogado. Confirma la Corte la providencia que declaró prescrita la acción penal en lo tocante a las contravenciones investigadas, y la adiciona en el sentido de disponer que se investigue la posible comisión de un delito.—Así lo dispone la Sala en providencia de 25 de enero de 1962, respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en las diligencias adelantadas contra el doctor Eusebio Muñoz Perea.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 64

Colisión negativa de competencias.—Se abstiene la Corte de decidir una colisión de competencias por considerar que en realidad no tuvo ocurrencia.—El principio de desacuerdo entre los dos Comandos, uno del Ejército y otro de la Policía, fue oportuna y expontáneamente solucionado por ellos mismos, haciendo innecesaria la intervención de la Corte.—La investigación se originó en las muertes y lesiones ocasionadas por la explosión de un artefacto de artillería.—Así lo resuelve la Sala, en providencia de 26 de enero de 1962, respecto de la suscitada en el sumario que se adelanta en averiguación de los responsables de la muerte del agente de la Polinal José

Páginas

Díaz Ruiz y otros.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 67

Abuso de autoridad.—Se confirma la providencia que declaró prescrita la acción penal, en un proceso adelantado para investigar la morosidad de los funcionarios de un Juzgado, en la tramitación de un negocio penal.—En providencia de 30 de enero de 1962, así lo resuelve la Corte, respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso adelantado a los doctores Luis Eduardo Mejía Jiménez y otros, en su calidad de Jueces del Juzgado Primero Superior de Medellín.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 72

Dictámenes de los médicos legistas.—Emoción violenta y homicidio agravado.—No proceden los cargos que, con invocación de las causales 4ª, 7ª y 3ª de casación, se formularon contra la sentencia que acogió el veredicto del Jurado y profirió condena por homicidio calificado.—Por sentencia de 31 de enero de 1962, no se invalida la proferida por el Tribunal Superior de Montería en el proceso adelantado a Rafael Primera Berrío.—Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta 73

Impedimentos.—Las partes en el proceso penal.—La Sala Penal de la Corte declara infundado el impedimento manifestado por un Magistrado del Tribunal de Aduanas, consistente en grave enemistad con el denunciante del contrabando investigado.—Por providencia de 31 de enero de 1962, así lo resuelve la Sala en el proceso adelantado contra Ildefonso Castaño y otros.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 81

Violencia carnal.—Impugnación de sentencias basadas en veredicto.—Se desechan los cargos que se formularon contra la sentencia que condenó por delito de violencia carnal a un agente de la Policía.—La sentencia acusada fue proferida por el Tribunal Superior Militar, en armonía con el veredicto de los vocales del respectivo Consejo Verbal de Guerra.—Por providencia de 6 de febrero de 1962, se desecha el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido en el proceso adelantado a Felipe Soto Palma.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria 83

Homicidio agravado.—Indefensión de la víctima.—No se invalida la sentencia que profirió condena por doble homicidio con características de asesinato.—La impugnación invocó las causales 1ª y 2ª de casación e intentó demostrar que no se configuraba la agravación del homidicio.—Detenido estudio de la Sala sobre el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal.—Por sentencia de 6 de febrero de 1962, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso adelantado contra Juan Rivera Torres.—Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A. 87

Posesión ilegal de armas, municiones y explosivos.—Prevalencia de la ley favorable en materia penal.—Acumulación y conexidad.—Se invalida la sentencia recurrida, y se ordena reponer parte del proceso.—Sólo la granada, encontrada en la vivienda del procesado, era de uso exclusivo de las Fuerzas Armadas, no así el grass antiguo, los cartuchos y la escopeta. Aplicación indiscriminada del procedimiento establecido en el artículo 2º del Decreto 284 de 1958.—Por sentencia de 7 de febrero de 1962, así lo decide la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior Militar, en el proceso adelantado a Hernando Rodríguez Rodríguez.—Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres 101

Se confirma una providencia de Tribunal por medio de la cual se sobresee en forma definitiva, a favor de un ex Juez de Circuito, de ciertos cargos que se le habían hecho.—Por auto de 7 de febrero de 1962, así lo resuelve la Corte, respecto del proferido por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso adelantado al doctor Abel de J. Agudelo, por el delito de falsedad en documentos públicos.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 106

Salvamento de voto del Magistrado, doctor Angel Martín Vásquez A., en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este índice 108

Homicidio, incendio y lesiones personales.—Violación de la ley procedimental.—Prospera la causal 4ª de casación.—La condena recaída en el proceso por homicidio, incendio y lesiones personales, había sido impuesta a tres procesados.—La nulidad constitucional deducida afecta la sentencia y parte de lo actuado.—Indebida aplicación del Decreto 0012 de 1959.—Por sentencia de 8 de febrero de 1962,

Páginas

se invalida el fallo proferido por el Tribunal Superior de Popayán, en el proceso adelantado a Celestino Isco Tenorio.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 109

Homicidio agravado.—Violación de la ley procesal penal.—La sentencia acusada, por medio de la cual se le impuso al procesado, en su condición de coautor de varios asesinatos, la pena de veinticuatro años de presidio, recayó en un proceso viciado de nulidad supralegal, por cuanto se aplicó el Decreto 0012 a hechos anteriores a su vigencia.—Invalídase la sentencia y ordénase reponer el procedimiento en parte.—Así lo resuelve la Corte, en sentencia de 10 de febrero de 1962, respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso adelantado a Nemesio Angarita Guzmán.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo ... 113

Colisión de competencias negativas.—Dirímese la suscitada entre dos jueces superiores pertenecientes a distintos distritos judiciales. Los hechos investigados —de estafa o abuso de confianza— se cumplieron en lugares diferentes.—En providencia de 13 de febrero de 1962, proferida en el proceso adelantado a César Augusto Gallo Cardona, la Sala atribuye el conocimiento del negocio al Juzgado 4º Superior de Medellín.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 116

Homicidio.—Funcionarios de Instrucción Criminal.—Deséchase el recurso de casación interpuesto contra la sentencia condenatoria acusada.—La Constitución se viola, según el recurrente, cada vez que los funcionarios administrativos dictan providencias judiciales. Además de la nulidad procesal, se alegó falta de acuerdo entre la sentencia y el veredicto. Así lo resuelve la Sala en providencia de 14 de febrero de 1962, respecto del interpuesto contra el fallo del Tribunal Superior de Ibagué, proferido en el proceso seguido a Manuel Antonio Mayorga.—Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres 119

Homicidio.—Violación de normas procesales.—Se invalida la sentencia condenatoria recurrida, y se ordena subsanar el procedimiento adelantado conforme al Decreto 0012 de 1959 e imprimirles a los autos la tramitación ordinaria.—Así lo resuelve la Corte, en sentencia de 15 de febrero de 1962, respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en

Páginas

el proceso adelantado a José de Jesús Zapata Gil.—Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres 123

Homicidio.—Quebrantamiento de normas procesales.—Invalídase el fallo condenatorio acusado y ordénase reponer la actuación a efecto de imprimirle al negocio el trámite ordinario.—Indebida aplicación del procedimiento establecido en el artículo 3º del Decreto 0012 de 1959.—Por sentencia de 19 de febrero de 1962, así lo resuelve la Corte respecto del fallo proferido por el Tribunal Superior de Buga, en el proceso adelantado a Pedro María Mora y otros.—Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres 125

Homicidio, robo y violación de domicilio.—Complicidad no necesaria.—Errada interpretación de los hechos e indebida aplicación de la ley.— La Corte invalida la condena proferida contra el recurrente a quien, en cambio, absuelve.—El proceso, referente a graves hechos cumplidos por una banda de asesinos y ladrones, culminó en instancias, con una serie de condenas.—Sólo uno de los procesados recurrió en casación.—La Corte halla insuficiente la prueba de donde se dedujo su complicidad no necesaria.—Por sentencia de 20 de febrero de 1962, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el proceso adelantado contra Luis Alfredo Calderón Saavedra y otros.—Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta 127

Abigeato.—Causal 5ª de Revisión.—Bienes mostrencos.—Niégase el recurso de revisión interpuesto contra una sentencia condenatoria por delito de abigeato.—Alegó el recurrente ser mostrenco uno de los semovientes materia del ilícito.—Naturaleza de los bienes mostrencos, especialmente como objetos de delitos contra la propiedad.—Por sentencia de 20 de febrero de 1962, así lo resuelve la Corte respecto de las proferidas por el Alcalde Municipal de Mercaderes y la Gobernación del Cauca, en el proceso adelantado contra Nabor Noguera Moncayo.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 137

Homicidio.—Inepta demanda.—Causal 2ª de casación.—La Sala desecha el recurso propuesto contra la sentencia que condenó por homicidio simplemente intencional.—En qué consiste la ineptitud sustantiva de una demanda.

Páginas

Condiciones para el éxito de la causal 2ª de casación.—Por sentencia de 21 de febrero de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso adelantado contra Libardo Oviedo Sánchez.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo .. 143

Lesiones personales.—Derecho de defensa. Anulación parcial de sentencias.—Se invalida el fallo acusado por cuanto condena al recurrente y se mantiene por cuanto absuelve al otro de los dos sindicados.—La anulación depende de la violación de las garantías constitucionales de la defensa.—Defensa material y defensa formal.—Disposiciones del Código de procedimiento Penal que se ocupan de garantizar al procesado los medios de defensa. Por sentencia de 22 de febrero de 1962, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el proceso adelantado contra Arturo Cardona Ramírez y otro.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 148

Homicidio.—Violación de las normas procesales.—En cuanto condenatoria del recurrente se invalida la sentencia acusada.—En el proceso se dio indebida aplicación retroactiva al Decreto 0012 de 1959.—Quedan en pie las absoluciones que favorecieron a otros procesados.—Por sentencia de 22 de febrero de 1962, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso adelantado contra Noel o Noé Avila Almanza.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 152

Grave anomalía psíquica.—Hubo error en la sentencia acusada cuando desconoció el dictamen de los médicos legistas.—Al tiempo de cometer el homicidio, en su legítima esposa, el agente padecía de una grave anomalía psíquica.—Razones que imponen acoger el dictamen.—Medidas de seguridad para el responsable.—Por sentencia de 23 de febrero de 1962, se invalida la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el proceso adelantado contra Tarcisio Cabrera.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria ... 154

Violencia carnal.—Facultades del Tribunal de Segunda Instancia.—Objeto de la consulta de providencias penales.—No se invalida la sentencia condenatoria acusada.—El recurrente pretendió que el Tribunal no estaba autorizado para revocar un sobreseimiento definitivo sustituyéndolo por un llamamiento a juicio.—Infundada acusación de la causal 4ª. Por sentencia de 23 de febrero de 1962, así lo resuelve la Corte respecto a la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el proceso adelantado contra Resuro Nieto.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 169

Contrabando.—Prescripción de la acción en esta materia.—Naturaleza de la sentencia de que trata el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal.—La Corte estima bien denegado el recurso de casación interpuesto contra una sentencia que declaró prescrita la acción penal en un proceso por contrabando y que ordenó devolver una nave retenida.—Examen, conforme a la jurisprudencia y la doctrina, de la naturaleza sui generis *de las sentencias dictadas en cumplimiento del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal.*—Por providencia de 26 de febrero de 1962, así lo resuelve la Corte respecto del interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Aduanas, en el proceso adelantado contra Carlos Rogers y otros.—Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez A. ... 173

Homicidio.—No prospera la impugnación tendiente a demostrar error de hecho en la sentencia condenatoria.—Según el recurrente, el procesado habría obrado, al ocasionar la muerte de la víctima, en circunstancias de legítima defensa subjetiva.—Por providencia de 27 de febrero de 1962, se desecha el recurso de casación propuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Buga en el proceso adelantado contra Jesús Antonio Zuleta Marín.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria 179

Robo de vehículos.—Técnica del recurso de revisión.—Su objeto específico.—Niégase la revisión de un proceso que culminó con sentencia de relegación a colonia agrícola.—Versó la investigación sobre el robo de un automóvil. Precisa la Sala cuál es la finalidad propia y por consiguiente la técnica especial del recurso de revisión.—Por sentencia de 27 de febrero de 1962, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida por el juzgado 2º Superior de Policía de Bogotá, en el proceso adelantado contra Jaime Angel.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 187

SALA DE CASACION LABORAL

Páginas

Enfermedad profesional.—Prestaciones médicas, quirúrgicas y hospitalarias.—Inadecuada e incompleta impugnación contra la sentencia que condenó al I. C. S. S. a pagar al actor el valor de los gastos hechos por éste en razón de servicios médicos, hospitalarios y quirúrgicos.—No se casa la sentencia acusada.—Por sentencia de 22 de enero de 1962, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral promovido por Guillermo Acosta Amador contra el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.—Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo 190

Reclamación de cesantía y de indemnizaciones compensatorias y moratorias.—Violación directa.—Interpretación errónea.—No se casa el fallo absolutorio acusado.—El actor no logró demostrar que la sentencia, que negó la vinculación laboral entre los litigantes, hubiera violado directa o indirectamente la ley.—Así lo resuelve la Corte en sentencia del 24 de enero de 1962 respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral promovido por Guillermo Peña contra Tito Forero.—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 195

Indemnización moratoria.—No se casa una sentencia que condenó al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones.—La impugnación se orientó a lograr la casación del fallo en lo relativo a la condena de indemnización moratoria.—Buena fe patronal e indemnización por mora.—La compensación en materia laboral.—Cuándo ocurre la aplicación indebida de la ley.—En sentencia de 25 de enero de 1962, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral promovido por Pablo Naizaque Alba contra Gerardo Contreras. Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 199

Reclamación de prestaciones por accidente de trabajo, auxilio de cesantía y plazo presuntivo.—Reemplazo de trabajadores.—No se casa la sentencia absolutoria atacada.—La Sala no halló configurado el ostensible error de estimación probatoria que se le atribuye a la sentencia.—La absolución del Tribunal se fundó en que no llegó a demostrarse la existencia del vínculo laboral entre las partes. Por sentencia del 1º de febrero de 1962, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Humberto Segura Niño contra la sociedad Silva Mujica Hermanos Ltda.—Magistrado ponente, doctor Roberto De Zubiría C. 203

Indemnización moratoria.—Se casa parcialmente la sentencia acusada por el empleado demandante, y se efectúa una nueva liquidación de la indemnización moratoria para ajustarla a la ley.—Por varios aspectos analiza la Sala el verdadero sentido y alcance del artículo 65 del Código del Trabajo.—Por sentencia del 1º de febrero de 1962, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario laboral adelantado por Alejandro Llinás Ossio contra "Manufacturas Metálicas Umco".—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez ... 208

Reclamación de prestaciones sociales.—No se probó el ostensible error en la estimación de las pruebas que alegó el recurrente, y por consiguiente no se casa la sentencia absolutoria acusada que declaró probada la excepción de prescripción.—El actor, contabilista de una sociedad, pretendía que se le reconociera una cesantía y otras prestaciones.—Por sentencia de 12 de febrero de 1962, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral promovido por Liborio Casanova contra "Ingeniería Colombiana Limitada".—Magistrado ponente, doctor Roberto De Zubiría C. 215

No accede la Sala a decretar la anulación de lo actuado en el presente recurso de casación.—El peticionario alegó que cierta irregularidad procesal hacía imposible, a causa de dejar jurídicamente inválida la sentencia acusada, el recurso de casación.—Sentido y finalidad del artículo 571 del Código Judicial. Por providencia de 12 de febrero de 1962, así lo resuelve la Corte, en el ordinario laboral promovido por José Joaquín Padilla contra Tulio Gómez.—Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A. 219

Contrato de trabajo y contrato de obra.—Se casa la sentencia que condenó a pagar al actor —asentador de baldosas—, auxilio de cesantía y otras prestaciones.—Aplicación indebida de

Páginas

la ley a causa de errores de hecho.—Ausencia de los elementos constitutivos del contrato de trabajo.—Por sentencia de 12 de febrero de 1962, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario laboral adelantado por Gabriel Casas Hernández contra "Industrias Roca Limitada".—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 222

Se niega una petición.—Reembolso de gastos procesales.—La petición hecha a la Corte consistió en que ésta se abstuviese de oír al recurrente en casación hasta tanto no hubiese reembolsado al peticionario una suma pagada por éste, a nombre de aquél, al perito que estimó la cuantía de la demanda de reconvención.— Por providencia de 14 de febrero de 1962, así lo resuelve la Corte en el proceso adelantado por la vía laboral por Fernando Díaz González contra los Ferrocarriles Nacionales de Colombia.—Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo 229

Indemnización moratoria.—No se casa la sentencia que condenó a la sociedad demandada a pagarle a un empleado suyo, técnico de construcción, el valor correspondiente a la indemnización moratoria.—Por sentencia de 19 de febrero de 1962, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral promovido por Abraham Jan Cornelius Brower contra "Hein Lehmann & Co. A. G.".—Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo ... 231

Reclamación de salarios, prestaciones e indemnizaciones.—Defectuosa y por tanto ineficaz acusación contra una sentencia condenatoria.—El recurrente (administrador de unas fincas del demandado) estimó que la sentencia del Tribunal se había quedado corta en el reconocimiento de sus derechos.—Por sentencia de 19 de febrero de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Ignacio Chaves Velosa contra Rafael E. Díaz García.—Magistrado ponente, doctor Roberto De Zubiría C. 235

Prestaciones sociales e indemnización moratoria.—No prosperan los cargos hechos contra la sentencia que condenó a una empresa siderúrgica a pagar lucro cesante, prima de servicios e indemnización moratoria.—Alegó la empresa recurrente haber tenido motivo justificado para despedir al trabajador.—Por sentencia de 20 de febrero de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Carlos Iván Espitia contra "Acerías Paz del Río S. A.".—Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo 239

Prestaciones sociales e indemnización moratoria.—No se casa la sentencia que condenó a una sociedad extractora de carbón mineral a pagar a los herederos de un trabajador varias cantidades de dinero por razón de prestaciones y de indemnización moratoria.—La acusación incurrió en graves defectos de forma y de fondo.—Por sentencia de 27 de febrero de 1962, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral promovido por Rita Sánchez v. de Beleño y otros contra "Carboneras San Francisco - Muñoz y Aldana, Limitada".—Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo 245

Pensión de jubilación y auxilio de cesantía.—No se casa la sentencia que condenó a la empresa demandada a pagar una pensión vitalicia de jubilación, con cargo del trabajador de reintegrar, por cuotas, la suma recibida por cesantía.—Incompatibilidad relativa entre estas dos prestaciones.—Oportunidad para optar. Por sentencia de 28 de febrero de 1962, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida Por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario laboral adelantado por Rafael Cardona contra la sociedad "Arrocera Central Limitada".—Magistrado ponente, doctor Roberto De Zubiría C. 248

Trabajo independiente y contrato de trabajo. Indemnización moratoria.—No se casa la sentencia, acusada por ambas partes litigantes, que condenó al patrono a pagar prestaciones y lo absolvió de la sanción moratoria.—Negó el patrono la vinculación laboral; el trabajador (agente viajero) pidió que también se profiriera condena por la mora.—Por sentencia de 28 de febrero de 1962, así lo resuelve la Corte respecto de la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario laboral promovido por Uriel Valencia Restrepo contra Enrique Samper.—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 252

Indemnización moratoria.—No incurrió el Tribunal en error de hecho al condenar a una

Páginas

empresa editorial a pagar a un agente vendedor empleado suyo salarios insolutos, prestaciones e indemnización moratoria.—Por sentencia de 28 de febrero de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral promovido por Max Gutiérrez contra "Editorial Camilo Torres".—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 267

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Agencia oficiosa.—Necesidad de la ratificación. Declárase desierta y consiguientemente terminada la actuación en este proceso sobre oposición a una propuesta de explotación de petróleo.—Lo actuado estaba en parte viciado de nulidad.—Se precisan las consecuencias de la falta de ratificación de lo actuado por agencia oficiosa.—Por providencia de 13 de febrero de 1962, así lo resuelve la Sala en el ordinario adelantado por el doctor Carlos Holguín Holguín, en calidad de agente oficioso de Raquel Stella Arango Terán contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo 270

Acción de dominio del subsuelo petrolífero. Niéganse las peticiones de la demanda.—No se identificaron los terrenos a que se refieren los títulos antiguos.—Por fallo de fecha 15 de febrero de 1962, así lo resuelve la Sala en el ordinario adelantado por Paulina Dávila de Pardo y otros contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña 273

Oposición a una propuesta de contrato para exploración y explotación de petróleos.—No hubo demostración en el juicio de los supuestos de hecho que exige la acción intentada.—Cuáles son estos supuestos.—Cómo se prueban. Por sentencia de 16 de febrero de 1962, se absuelve a la Nación en el juicio ordinario que le adelantó la señora Angela Botero viuda de Giraldo.—Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo 285

Incidente de regulación de perjuicios.—La Corte revoca la regulación hecha por el Tribunal. La deficiencia de elementos probatorios hace imposible la fijación pedida, en cuantía determinada.—El incidente, ordenado por sentencia condenatoria anterior, tenía por objeto determinar el lucro cesante derivado de la semidestrucción de un camión particular, chocado por un vehículo oficial.—Valor probatorio del testimonio único.—Por sentencia de 26 de febrero de 1962, se revoca la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el incidente de regulación de perjuicios promovido por León Preciado Escobar y otro, contra el Departamento del Tolima.—Magistrado ponente, doctor Luis Carlos Zambrano 290

Propiedad privada del petróleo.—Encuentra la Sala acreditados procesalmente los presupuestos de la acción de dominio del subsuelo petrolífero, y en consecuencia declara de propiedad privada el petróleo e hidrocarburos subyacentes en el globo de terreno a que se refiere la demanda, y ordena excluírlos de una propuesta de contrato.—Por sentencia de 27 de febrero de 1962, así lo resuelve la Sala, en el ordinario promovido por Jesús María Arias y otros contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Luis Carlos Zambrano 294

11568-62

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: DOCTOR LUIS IGNACIO SEGURA A.
RELATOR DE LA CORTE

TOMO XCVIII Bogotá - Colombia Marzo y Abril de 1962 Números 2253 - 2254

SALA PLENA

PROPOSICION APROBADA EN CORTE PLENA, CON MOTIVO DEL RETIRO DEL DOCTOR MANUEL MARIA MONTENEGRO, MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE PASTO

"La Corte Suprema de Justicia acepta, por irrevocable, la renuncia del cargo de Magistrado del Tribunal Superior de Pasto, presentada por el doctor Manuel María Montenegro, lamenta su retiro y relieva sus sobresalientes condiciones de Juez, demostradas a lo largo de su carrera judicial.

"Transcríbase en nota de estilo y publíquese en la Gaceta Judicial".

(Sesión de fecha 5 de abril de 1962).

MOCION DE DUELO CON MOTIVO DEL FALLECIMIENTO DEL SEÑOR MARCO JULIO ARANGO FRANCO

"La Corte Suprema de Justicia lamenta la muerte del señor MARCO JULIO ARANGO FRANCO, padre político del señor Magistrado doctor Gustavo Rendón Gaviria, y envía a éste, a su distinguida esposa y a todos sus familiares su más profunda expresión de pésame.

"Transcríbase en nota de estilo y publíquese en la Gaceta Judicial".

(Aprobada en sesión de Corte Plena de fecha abril 26 de 1962).

IMPEDIMENTOS

Incidente de impedimento surgido dentro de un juicio sumario sobre imposición de sanciones disciplinarias. Incompetencia de la Corte para resolverlo.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

No tratándose de proceso criminal en su acepción propia y no habiendo disposición alguna que atribuya competencia a la Corte para dirimir un incidente de impedimento en los juicios sumarios de que trata el Decreto 3665 de 1950, sobre sanciones disciplinarias, la Sala Plena, como las demás Salas de la Corte, carece de jurisdicción para pronunciarse en el presente caso.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA PLENA.—Bogotá, abril siete de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Rendón Gaviria).

En las presentes diligencias sumarias adelantadas por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué contra el doctor Jorge Arturo Moncaleano, Juez Civil del Circuito del Guamo, de conformidad con el Decreto legislativo 3665 de 1950, manifestó el Magistrado Luis Enrique Sáiz Ramírez, en providencia de 14 de febrero de 1961, estar impedido para conocer del proceso por concurrir la causal primera del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal.

Calificado dicho impedimento en Sala Dual, fue declarado infundado y se ordenó en el proveído enviar "la actuación a la honorable Corte Suprema de Justicia, conforme lo dispone el artículo 74 del Código de Procedimiento Penal" (Auto de 17 marzo de 1961).

Irregularmente las diligencias fueron remitidas a la Sala Penal de la Corte, lo que determinó la siguiente providencia del magistrado sustanciador, dictada el 2 de mayo del citado año:

"Como este negocio inicialmente se ha venido tramitando como queja, de acuerdo con el procedimiento establecido por el Decreto 3665 de 1950, el impedimento manifestado por el Magistrado doctor Luis Enrique Sáiz Ramírez, debe ser calificado por los restantes Magistrados del Tribunal de Ibagué, o sea, por la Sala Plena de dicho Tribunal, y no por la Sala Dual, que fue la que calificó dicho impedimento en providencia de fecha 17 de marzo del presente año.

"En consecuencia, devuélvase el proceso al Tribunal de origen a fin de que se tramite el impedimento en la forma indicada".

En atención al anterior ordenamiento, ya en Sala Plena y por auto de 26 de septiembre último, se hizo la calificación del impedimento en los mismos términos adoptados por la Sala Dual, y ordenó el Tribunal enviar "la actuación a la honorable Corte Suprema de Justicia, conforme lo dispone el artículo 74 del Código de Procedimiento Penal para lo consiguiente".

SE CONSIDERA:

1. Si bien las faltas disciplinarias a que se refiere el Decreto 3665 de 1950 pueden estimarse como integrantes del Derecho Penal Administratvo, y por analogía en proceso de esa naturaleza ser admisibles los motivos de impedimento previstos en el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, el mismo criterio analógico no es pertinente a efecto de atribuír a la Corte Suprema (Sala Plena) competencia para dirimir el incidente, dado que las normas en esta materia son de orden público y de modo expreso deben surgir por mandato de la Constitución o de la ley.

2. Lo previsto y ordenado en el artículo 74 del citado Código es únicamente para procesos

criminales, y el "Juez o Magistrado inmediatamente superior" de que allí se habla es la Sala Penal de la Corte.

3. No tratándose de proceso criminal en su acepción propia y no habiendo disposición alguna que atribuya competencia a la Corte para dirimir un incidente de impedimento en los juicios sumarios de que trata el Decreto 3665, la Sala Plena, como las demás Salas de la Corte, carece de jurisdicción para pronunciarse en el presente caso.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, SE DECLARA INCOMPETENTE para resolver el incidente de impedimento ameritado y ORDENA devolver lo actuado al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase. Publíquese en la *Gaceta Judicial.*

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

Ricardo Ramírez, Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

ACCION DE RETROVENTA

Condiciones de validez del pacto de retroventa. Diferencias con la promesa de compraventa. Oportunidad legal de ejercitar la acción respectiva.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Si el pacto de retroventa no contradice la esencia ni pugna con la naturaleza del contrato de compraventa, no queda, sin embargo, al arbitrio de las partes desconocer, directa o soslayadamente, la prohibición de estipular por lapso mayor de cuatro años la facultad de recobrar la cosa vendida (arts. 1943 y 16 del C. Civil).

2. Aunque para los bienes destinados al comercio humano puede con frecuencia presentarse el evento práctico de que regresen a manos del primitivo titular después de una o varias enajenaciones y, por lo mismo, que a través de pacto de retroventa o de promesa contractual de retrocompra haya en favor de quien vende la facultad de recobrar el objeto, es indudable que sin confundir dos figuras que tienen características propias y específicas —el pacto de retroventa y la promesa de compraventa sobre el mismo objeto enajenado— la libertad de las convenciones no puede romper el marco de cuatro años perentoriamente ordenado por el legislador.

3. Expreso el pacto de retroventa en la escritura registrada hace resolubles los derechos reales constituídos en favor de terceros, como secuela de la resolución de la transferencia misma. Mientras la simple promesa de venta del mismo objeto, hecha por el comprador al vendedor actual, apenas liga a las partes, sin proyección de efectos contra terceros.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE CASACION CIVIL.—Bogotá, tres (3) de marzo de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez).

Se ha discutido en el presente juicio y es materia del recurso extraodinario ante la Corte el alcance de la cláusula sexta de la escritura pública 226 de 10 de marzo de 1946, Notaría 2ª de Ipiales. Ese instrumento recoge el contrato en que Julio César Portilla vende e Isabel y Tulia Ester Portilla compran dos inmuebles llamados *El Espino* y *La Aguada* en el Municipio de Aldana, por linderos allí descritos. Y expresa la referida cláusula:

"*Sexto.* Que las señoritas compradoras se comprometen a vender al actual vendedor señor Julio César Portilla, los mismos inmuebles objeto de este contrato, siempre que se haya vencido un término de diez años a partir de esta fecha, y que el valor será de ocho mil quinientos pesos ($ 8.500) oro, que lo fijan desde hoy; advirtiendo que en caso de fallecimiento del señor Portilla, obtendrán ese beneficio los herederos de éste".

Diez años después Julio César Portilla adelantó diligencias judiciales tendientes a obtener que Isabel y Tulia Ester Portilla le retrovendieran aquellos dos inmuebles. No prosperaron tales gestiones, y entonces las citó al presente juicio, incoado por demanda que contiene estas súplicas:

"a) Que las demandadas contractualmente y en fuerza del contenido de la cláusula 6ª de la escritura pública 226 de 16 de marzo de 1946, otorgada en la Notaría 2ª de Ipiales, están obligadas a otorgarle a mi poderdante escritura de venta de los inmuebles en este instrumento especificados; por el precio que la misma cláusula indica; y del cumplimiento de cuya obligación se hallan en mora desde el 16 de marzo de 1956.

"b) Que el precio de la compraventa deberá pagarse por el comprador Julio César Portilla al momento de otorgarse la escritura de que trata la declaración anterior; por lo cual, y dada la circunstancia de él haber estado y estar listo a cumplir su obligación de pagarlo, por su parte, no ha incumplido, ni ha estado en mora de cumplir el compromiso que la cláusula contiene.

"c) Que las demandadas, sin perjuicio de cumplir con lo dispuesto en el numeral a), por el mero retardo en que han incurrido de cumplir su expresada obligación de otorgar a mi poderdante la escritura de venta a que comprometieron, deben ser condenadas —y se las condena— a indemnizarle los perjuicios que le han causado y causan por la mora.

"d) Que las demandadas deben proceder a otorgar la escritura a que están obligadas, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria del fallo; y llegado el caso —si no lo hacen— procederá el Juzgado a otorgarla de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 66 de 1945.

"Subsidiariamente a las declaraciones y condenas que preceden:

"A) Que es nulo, de nulidad absoluta, en su totalidad, o en todas sus cláusulas, el convenio acordado por mi poderdante y las demandadas en la referida escritura pública número 226.

"B) Que consecuencialmente a la declaración de nulidad, volviendo las cosas al estado anterior al contrato, Julio César Portilla restituirá a las demandadas la suma de ocho mil pesos; y éstas a su vez, le devolverán el dominio y posesión de los inmuebles enajenados. Debiendo cada parte cumplir en favor de la otra las prestaciones mutuas de ley. Y debiéndose verificar las correspondientes entregas del precio y de los dos inmuebles enajenados, una vez que se hayan cancelado la escritura y su registro; para lo cual ha de ordenarse (y se ordena) al Notario 2º, en la matriz, y al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito, en el Libro 1º, hacer las anotaciones respectivas".

El 14 de enero de 1959 finalizó la primera instancia procesal mediante sentencia del Juzgado Civil del Circuito de Ipiales, que absolvió a las demandadas e impuso las costas al actor, quien apeló para abrir el segundo grado que a su turno tuvo remate por sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, proferida el 10 de octubre de 1960, objeto del recurso extraordinario que la Corte resuelve.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Alude el sentenciador a las normas que organizan el pacto de retroventa y a la cláusula sexta de la escritura 226, y dice:

"Se admite que en un mismo instrumento pueden confluír las voluntades de los contratantes en contratos independientes sin subordinación de ninguno de ellos; o en contratos de distinto tipo pero dependientes de uno principal; o en pactos accesorios de un contrato principal. Precisamente el Título anteriormente citado (XXIII, Libro IV Código Civil) admite los pactos accesorios del de compraventa; y naturalmente con el de compraventa puede estar unido externamente cualquier otro contrato independiente; pero si se pacta retroventa, cualquiera que sea la forma que se le dé al pacto, tiene que someterse a lo dispuesto en los artículos 1939 a 1943 del Código Civil. La naturaleza de tal pacto así lo exige.

"En el juicio especial surtido entre los mismos litigantes para hacer efectivo el pacto de retroventa, el Tribunal consideró que la promesa de celebrar un contrato es, en sí misma, un contrato principal; que 'subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención', según la definición del artículo 1499 del Código Civil. Anotó que tiene el carácter de preliminar, pues de acuerdo con el objeto de llegar a la realización de otro contrato que tiene la calidad de definitivo; que por serlo no se puede admitir que pueda convertirse en pacto accesorio del contrato de compraventa. Advierte que la promesa reglamentada por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, es una convención sustantiva y acabada como otra cualquiera. Aun cuando las consideraciones de la mentada providencia no tengan el carácter de cosa juzgada, sí constituyen un argumento potísimo; porque siendo la promesa un contrato principal, necesariamente se convertiría en accesorio al otorgarlo en el mismo contrato de compraventa del bien: por el mismo hecho surge como innegable la íntima relación de los

dos convenios y la subordinación del de promesa de compraventa al de venta".

Después de algunas otras consideraciones al respecto, el sentenciador concluye:

"En el pacto de retroventa de la escritura 226 se estipuló un término de diez años para efectuar la retroventa. Los contratantes se excedieron del tiempo que el artículo 1943 del Código Civil permite para efectuar el retracto; ese término es de cuatro años; de modo que la retroventa pactada sólo tuvo vigencia hasta el vencimiento del término que autoriza la ley; la escritura es de 16 de marzo de 1946; el término venció en 1950; la demanda es de 18 de marzo de 1957. La reserva del pacto de retroventa constituye una condición resolutoria potestativa; que no se cumplió en su oportunidad; y este es el fundamento legal de la sentencia apelada, absolutoria".

LA IMPUGNACION

Dos cargos por la causal 1ª contiene el libelo respectivo:

I. El recurrente acusa la sentencia "por ser violatoria, *de manera indirecta,* a consecuencia de la errónea interpretación, o cometiendo en ello un error de hecho flagrante, que salta a la vista de la simple lectura de la escritura número 226 de 16 de 1947 (sic) *que hizo del contrato de compraventa contenido en las cláusulas 1ª y 5ª inclusive, y del contrato de promesa (unilateral o bilateral) de vender los fundos 'La Aguada' y 'El Espino', que contiene la cláusula 6ª de la misma escritura,* por ser violatoria, digo, de estas disposiciones sustantivas: 1939, 1940, 1943, 1494, 1602, 1495, 1501, 1610 del Código Civil; artículo 89 de la Ley 153 de 1887 y artículo 1º de la Ley 66 de 1945, primordialmente".

En su concepto la cláusula 6ª no contiene pacto de retroventa, ni condición resolutoria del dominio sobre la cosa vendida, sino promesa de contrato de revender, la que aunque figure en la misma escritura no puede tener el alcance de aquel pacto. Y dice:

"Violó los artículos 1494, 1495, 1501 y 1602, porque no los aplicó al caso debatido siendo el caso de aplicarlos, en efecto: pasó por alto el mandato del primero, de tener a la voluntad libremente expresada, siempre que su fin no sea contrario al orden público, la moral o la ley misma que prohiba su manifestación, como fuente de obligaciones, y lo pasó por alto, en el caso debatido, al negarle a la manifestación de voluntad de las vendedoras hecha en la cláusula 6ª esa consecuencia de crear obligaciones, o la obligación que de la cláusula se desprende, sin mayor esfuerzo, con su simple lectura; pasó por alto el segundo, de que se entiende por contrato el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, porque no le da entidad de un verdadero contrato, al contenido de dicha cláusula que, no es otra cosa, precisamente, sino un acto por el cual las señoritas Portilla se obligaron para con Julio César Portilla *a hacerle escritura de reventa;* y pasó por alto, finalmente, los mandatos de los dos últimos artículos que dicen que son de la esencia de un contrato aquellos distintivos o cosas sin los cuales no produce efecto alguno, y que todo contrato, legalmente celebrado, es ley para los contratantes; pues la cláusula 6ª sin el distintivo de implicar una condición resolutoria potestativa del vendedor, no es pacto de retroventa, y como la cláusula se celebró legalmente, o en ejercicio de la facultad que concede el Código para contratar, si se la irrespeta, por no aplicar el artículo 1602, es claro que el sentenciador lo pasó por alto, asímismo".

Deduce falta de aplicación de los artículos 89 de la Ley 153 de 1887 y 1610 del Código Civil, por ser la cláusula 6ª promesa de reventa, que contiene obligación de hacer; y del artículo 1º de la Ley 66 de 1945, por cuanto en las condiciones allí previstas puede el Juez dar cumplimiento a nombre del deudor a la obligación consistente en suscribir documento o escritura pública, como la que hubiera de otorgarse a favor de Julio César Portilla según aquella cláusula.

Censura en seguida a la sentencia "por haber interpretado indebidamente el contrato que contiene la escritura 226 inclusive habida cuenta de la cláusula 6ª", como "cuestión de hecho que puede estar sujeta a error", y afirma:

"...aparece de bulto que la tesis, o interpretación que se hace del contrato en la sentencia acusada por el Tribunal de Pasto, es ilógica, irracional, basada en un error de hecho palpable, cual es, hacerle decir a la cláusula 6ª lo que ella no dice: dar por cierto lo que es falso, es decir, sostener que el contrato de compraventa no es puro y simple sino bajo condición resolutoria de trasmitir o no el dominio al vendedor, según que hubiese ejercido o no dentro de cuatro años a partir de la fecha del contrato, la supuesta reserva o derecho de retraer que el Tribunal ve en la cláusula".

Y concluye en el sentido de que es absurdo suponer que lo pactado en la cláusula 6ª pierda su carácter de promesa de contratación por no haberse hecho en documento separado.

II. El mismo reparo de que la cláusula 6ª no constituye pacto de retroventa se presenta en segundo término por el aspecto de que no aparece inscrita en el registro ninguna condición resolutoria emanada de ese pacto, de donde "el Tribunal dio por probado lo que no estaba probado: la existencia del gravamen, condición resolutoria o limitación del dominio; lo cual equivale a haber apreciado la escritura 226 y su registro, con error de hecho, que es protuberante".

Agrega que con la sola escritura y el certificado de registro incompleto, puesto que no se trajo copia de la partida de inscripción, no pudo entenderse probada la modalidad resolutoria. Y desprende quebranto indirecto por aplicación indebida del artículo 1939 del Código Civil.

SE CONSIDERA:

1. Por motivos de orden público vinculados a la estabilidad jurídica y al régimen del dominio inmobiliario, "el tiempo en que se podrá intentar la acción de retroventa no podrá pasar de cuatro años contados desde la fecha del contrato" (1943. Código Civil).

De esta suerte, si el pacto de retroventa no contradice la esencia ni pugna con la naturaleza del contrato de compraventa, no queda sin embargo al arbitrio de las partes desconocer, directa o soslayadamente, la prohibición de estipular por lapso mayor de cuatro años la facultad de recobrar la cosa vendida. En campos vedados por la ley no existe libertad de contratación (16. Código Civil).

2. Aunque para los bienes destinados al comercio humano puede con frecuencia presentarse el evento práctico de que regresen a manos del primitivo titular después de una o varias enajenaciones y, por lo mismo, que a través de pacto de retroventa o de promesa contractual de retrocompra haya en favor de quien vende la facultad de recobrar el objeto, es indudable que sin confundir dos figuras que tienen características propias y específicas —el pacto de retroventa y la promesa de compraventa sobre el mismo objeto enajenado— la libertad de las convenciones no puede romper el marco de cuatro años perentoriamente ordenado por el legislador. Es lícito a las partes elegir cualquiera de las dos vías, cuyos efectos varían frente a terceros, pero por ninguna de las dos les está permitido sustraerse del imperio prohibitivo de la ley en cuanto al máximo de cuatro años para el ejercicio de la acción de retroventa.

3. Es obvio y elemental que el pacto de retroventa necesita expresarse, puesto que no pertenece a la naturaleza del contrato. Claro resulta asímismo que expreso en la escritura registrada, hace resolubles los derechos reales constituídos en favor de terceros, como secuela de la resolución de la transferencia misma. Ni se remite a duda que la simple promesa de venta del mismo objeto, hecha por el comprador al vendedor actual, apenas liga a las partes, sin proyección de efectos contra terceros. Entre lo uno y lo otro hay libertad de escogencia, pero no existe autonomía para traspasar en fraude a la ley por ninguno de esos dos mecanismos el límite de cuatro años del imperativo en referencia.

4. Es ostensible que la cláusula 6ª debatida en el juicio tiene carácter subordinante de la contratación ajustada por la escritura 226. Condicionó el consentimiento como parte integrante del convenio, sin desarticulación posible para darle al pacto anexo el valor de contrato autónomo. Entonces no es censurable el sentenciador por yerro en la calificación jurídica, y muy menos por error manifiesto de hecho en el tratamiento probatorio. Ningún esfuerzo interpretativo es conducente a probar contraevidencia, que para serla debe resplandecer a la mirada por su presencia sola.

5. Otro aspecto, y superabundante, consiste en que la cláusula 6ª no se presta a recibir la nomenclatura de promesa contractual en vez de pacto de retroventa. Porque ahí no se fija la época en que ha de celebrarse el contrato, que es lo exigido en cuanto a la sustancia por el ordinal 3º, artículo 89 de la Ley 153 de 1887 para que la promesa de celebrar contrato produzca obligaciones. Se fijan en la cláusula diez años como tiempo durante el cual no ha de celebrarse el contrato, que es precisamente lo contrario de lo establecido en la ley. Y puesto que vencidos los diez años cualquier instante indefinido en el futuro bastaría según la cláusula para que el vendedor Portilla o sus herederos gozaran del beneficio de retrocompra por precio de $ 8.500, no podría darse mejor modo de no "fijar la época en que ha de celebrarse el contrato". Ni podría tampoco encontrarse inestabilidad mayor que la del contrato indeterminadamente resoluble, a pesar de estar ejecutado por ambas partes. Y para el comprador se presentaría el equivalente de la obligación irredimible: nunca podría colocar al acreedor en mora de recibir.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 10 de octubre de 1960 pronunciada en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

No aparecen costas causadas en casación.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JOSE J. GOMEZ R.

Diferencias entre el pacto de retrovendendo y la promesa de compraventa. Interpretación de contratos.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto decidió el juicio seguido entre Julio César Portilla e Isabel Portilla y otra, considerando que la cláusula 6ª de la escritura número 226, de 10 de marzo de 1946, de la Notaría 2ª de Ipiales, contiene un pacto de retrovendendo y no una promesa de compraventa.

La sentencia de la Honorable Corte no casa la recurrida. Nos hemos separado, muy a nuestro pesar, del respetable concepto de los honorables Magistrados de mayoría, por considerar que la casación ha debido pronunciarse con apoyo en el cargo primero formulado por el recurrente, es decir, por error de hecho y de orden jurídico sufridos por el Tribunal de instancia, en la apreciación de la dicha cláusula, la cual en nuestra modesta opinión, expresa llanamente una promesa de venta.

Estos son los motivos que tenemos para ello:

1. Se transcribe primeramente la cláusula sexta:

"Que las señoritas compradoras se comprometen a vender al actual vendedor señor Julio César Portilla, los mismos inmuebles objeto de este contrato, siempre que se haya vencido un término de diez años a partir de esta fecha, y que el valor será de ocho mil quinientos pesos ($ 8.500.00) oro, que lo fijan desde hoy; advirtiendo que en caso de fallecimiento del señor Portilla obtendrán ese beneficio de la venta los herederos de éste. Presentes las compradoras, a quienes conozco, dijeron: que aceptaban esta escritura y su contenido".

De esta cláusula se sigue:

1º Que Isabel y Tulia Ester Portilla convinieron en vender a Julio César Portilla los mismos inmuebles, vencido que fuere el término de diez años;

2º Que el precio de tal venta sería de $ 8.500;

3º Que dicha venta, de hacerse, sería a solicitud de Julio César Portilla, no a petición de Isabel y Tulia Ester;

4º Que si el primero falleciere antes de vencerse los diez años, sus herederos gozarían del mismo derecho.

2. No hay duda de que los términos llanos de la cláusula configuran una promesa unilateral de compraventa de los inmuebles, en que la opción compete a Julio César Portilla, el término para perfeccionarla es de diez años y el precio de $ 8.500.00. Así que, fuera de la forma objetiva e idiomática, en la cual no podría contenerse una figura que no fuera de promesa de venta, la cláusula encierra los elementos esenciales de este contrato, al tenor del artículo 89 de la Ley 153 de 1887. En efecto:

a) Fue otorgada por escrito, en este caso mediante la escritura pública número 226;

b) No hubo error en cuanto a la sustancia o calidad de la cosa, determinante del consenti-

miento, según el artículo 1511 del Código Civil, error que aquí no se ha alegado siquiera;

c) Se estipuló un plazo para el perfeccionamiento del contrato; y

d) Este fue determinado de tal manera que para su perfeccionamiento no faltaban sino las formalidades legales, ya que en él figuran los elementos de la venta, de suerte que sólo se requería el otorgamiento de la escritura ante Notario.

Así que a las voces claras e inequívocas corresponden precisamente los elementos que configuran en derecho la promesa de venta.

3. Según la doctrina jurisprudencial, los jueces de instancia gozan de autonomía en el juicio estimativo del contrato, pero tal autonomía no es plena, porque no puede en ello desconocerse las voces claras, que ninguna duda suscitan, de la convención (error de hecho); ni los textos de la ley que señalan el valor probatorio del instrumento que da cuenta del contrato (error de derecho), o determinan la naturaleza del acto (error jurídico), según se expone en casación de 24 de marzo de 1955 (LXXIX. 2151, 791); ni tampoco las reglas de hermenéutica contractual, de acuerdo con casación de 23 de febrero de 1961 (juicio de la Sociedad Ordinaria de Minas Telembí, Patía y Magüí contra la Compañía Minera de Nariño. XCIV, 2235-2236, 535 s. s.). Estos límites en la función del Juez ofrecen, en casación, otros tantos medios de impugnación de las sentencias, con fundamento en la causal primera, por violación de la ley sustantiva.

El error de hecho en este campo se produce si se da por existente una estipulación que no existe, o al contrario, cuando se niega que existe, contra la evidencia. Es la aplicación sencilla del régimen del error de hecho que puede cometerse en examen de las pruebas.

Pero, se da también esta especie de error cuando sin negar la presencia material de una estipulación, el Juez, no obstante la claridad, llaneza y precisión de las palabras, de las cuales no surge duda sobre el contenido material de la estipulación, y por lo mismo, en cuanto a la voluntad de los contratantes, les atribuye un sentido distinto del que fluye naturalmente de esas palabras, desvirtuando, desnaturalizando o alterando la estipulación.

4. Repetidos fallos de la Corte lo tienen consagrado: "La apreciación de hechos relativa a la intención de las partes en la cláusula de un contrato corresponde al Tribunal que falle el asunto en segunda instancia, en tanto que no desnaturalice, so pretexto de tal interpretación, los términos claros y no ambiguos de la convención" (Casación junio 30 de 1896. XII. 573 y 574. 9). "La interpretación del sentido de una cláusula de un contrato hecha por el Tribunal sentenciador es punto de hecho que la Corte no puede variar sino en el caso de que sea absolutamente contraria a la evidencia" (Casación, julio 8 de 1906. XVIII. 892 y 893. 51). "La soberanía que corresponde a los Tribunales Superiores para la interpretación de los contratos solamente está limitada, en el desarrollo del recurso de casación, por la demostración de errores de hecho cometidos en la labor interpretativa, de modo que mientras la adoptada por el Tribunal no desnaturalice los términos claros y no ambiguos de la convención rompiendo su armonía, desconociendo sus fines o la naturaleza específica del contrato, debe ser respetada por la Corte" (Casación, julio 27 de 1946. LXII. 2046. 36).

En el caso presente la sentencia ha desconocido la cláusula en referencia, como si no hiciese parte de la escritura número 226, al atribuírle el sentido de retroventa, a pesar de que sus términos literales, "no ambiguos", tienen un significado distinto, el de promesa de venta. Lo cual constituye manifiesto error de hecho, refrendado en este caso por el error jurídico sufrido al calificar la estipulación.

5. La calificación legal de un contrato o de determinada cláusula de un contrato, es asunto que atañe a la causal primera de casación, porque con ella puede quebrantarse la ley sustancial. Se expuso antes que esta causal ofrece varias formas de acusación al respecto del examen, interpretación o calificación del contrato, entre las cuales figura el error jurídico en que puede incurrir el juzgador al determinar su naturaleza, al calificarlo en derecho, para deducir las correspondientes aplicaciones o consecuencias, tarea en la cual es necesario relacionar entre sí las diferentes cláusulas del convenio y enfrentar éstas a las disposiciones de la ley que fueren pertinentes.

6. En el caso actual la demanda de casación, en un solo cargo ha enlazado las dos expresadas formas de acusación, al atacar la sentencia por error de hecho en la apreciación de la cláusula controvertida y por las razones en que el Tribunal sustenta la calificación de *pacto de retrovendendo* que diera a dicha cláusula.

Debe, pues, saberse si en tal calificación erró o no el sentenciador en el campo puramente jurídico.

A) No basta que aparezca en el contrato de compraventa una cláusula de promesa de vender el mismo bien que se enajena, para que se tenga aquella cláusula como pacto de retroventa. No hay texto que prohiba ese acuerdo. Ni es contrario a la naturaleza de la venta el interés de los contratantes en acordar allí mismo una forma de readquirir el dominio, sin acudir a la retroventa, la que implica una limitación de propiedad, que repercute sobre los terceros adquirentes de derechos reales sobre la cosa, y no admite sino un término de cuatro años. Más se opondría, si se quiere, a la naturaleza de la venta la retrovendición, que traspasa el dominio condicionadamente, que la promesa, que lo traspasa sin limitación, y sin embargo, es en la venta misma donde la retroventa debe pactarse.

Cuando ésta lleva el germen del regreso automático del dominio al vendedor, por la sola entrega de la suma convenida, como efecto necesario de una condición resolutoria expresa, la mera promesa nada de esto implica, ya que de ella no nacen sino obligaciones personales, cuya inejecución genera las acciones que consagra el artículo 1546 del Código Civil. Carece de mérito, por tanto, la afirmación del fallo de instancia, según la cual la promesa acordada en el mismo instrumento de venta, es contraria a la naturaleza de este contrato.

B) Los múltiples motivos particulares bien pueden llevar a las partes a combinar un título traslaticio de propiedad, con un acuerdo por medio del cual pueda ésta volver al vendedor, que bien puede ser pacto de retroventa, o de promesa o de otra especie. Y si el acuerdo reúne los requisitos que prescribe el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, será una promesa, celébrese en el mismo instrumento de venta, o en instrumento separado, al tiempo con la venta o después.

C) Se resiente de cierta arbitrariedad en la interpretación de la voluntad contractual, que es fruto de su autonomía, tan sólo atemperada por el orden público, las buenas costumbres y los textos legales imperativos, convertir una estipulación en la cual las partes prevén una simple posibilidad de readquirir el dominio de una cosa, sin someterla al régimen de las limitaciones de la propiedad, en un pacto que persiga precisamente lo contrario. No hay motivo válido en derecho que impida aquel convenio; no lo prohibe ningún texto de ley y no contraviene al orden público ni a las buenas costumbres (artículo 16, Código Civil). La simple circunstancia de pactarse en el mismo contrato de venta, no lo convierte en retroventa; ni se ve cómo la sola simultaneidad haga incompatible la obligación de traspasar en dominio una cosa, obligación originada de la venta, con la promesa de volver a transferirla al tradente, sin que la propiedad enajenada quede sometida a las limitaciones propias del pacto de retrovendendo.

La Corte (Casación, junio 22 de 1922. XXIX 1512. 189) y los autores admiten que la retroventa convenida posteriormente a la compraventa, equivale a una promesa de venta (Colin y Capitant "Droit Civil Français". II. pág. 497; Josserand. "Droit Civil Positif Français" II. Número 1154. Planiol, Ripert y Hamel. "Traité Pratique". X. Número 187). A. Pérez Vives "Compraventa y Permuta en Derecho Colombiano". Número 384). Se fundan en que la retroventa es un pacto accesorio, dependiente, por tanto, del contrato principal. Pero, no contemplan la situación de la promesa convenida al vender, caso en el cual se trata, no de un contrato principal con un pacto accesorio, sino de dos contratos principales: la venta y la promesa.

D) Las diferencias cardinales entre el retracto del dominio y la promesa sirven para evitar que un acuerdo se tome por otro, porque el consentimiento no adhiere de la misma manera a figuras jurídicas tan distanciadas en su naturaleza y en sus consecuencias. En efecto:

1º La retroventa encierra una condición resolutoria expresa; esta es su esencia; y en razón de esta condición, la propiedad queda limitada, esto es, sometida al regreso del derecho y a la restitución de la cosa al cumplirse el evento futuro. Este consiste en la entrega del dinero convenido, por parte del vendedor, dentro del término señalado; y siendo *expresa,* al cumplirse opera inmediata y definitivamente, es decir, el dominio vuelve de manera automática al vendedor, sin necesidad de acudir a la vía ordinaria para que se declare resuelto el contrato y se ordene la restitución.

2º Propiedad resoluble es propiedad limitada por la carga que pesa sobre el comprador —y por lo mismo sobre sus sucesores universales o singulares—; carga que subsiste mientras el vendedor no haga uso del pacto o no haya transcurrido el tiempo estipulado. Las mutaciones del dominio que sufre el bien raíz mientras esté pendiente la condición, no alteran la limitación por constar ésta en escritura pública registrada.

3º En la promesa de venta que se agrega al contrato de compraventa de un inmueble, no hay condición resolutoria: el dominio se transfiere pleno, sin limitación, al inscribirse el título

en el Registro. Se trata de un nexo personal entre los prometientes vendedor y comprador, cuyo cumplimiento genera sólo las acciones de los artículos 1576 y 1610 del Código Civil. En las mutaciones que de la propiedad se efectúen mientras esté corriendo el plazo previsto, no repercute ese compromiso personal, de manera que si el prometiente vendedor no cumple, o enajena a otro la cosa prometida, ello no se refleja sobre ésta, hállese o no en manos del mismo prometiente vendedor .

Estas divergencias están llamadas a influír en las partes, para adoptar un camino u otro, y también en el intérprete de la declaración de voluntad, porque —se repite— el consentimiento no abraza del mismo modo estructuras tan diferentes.

E) Al indagar por la razón de que la ley no permite estipular la retroventa por más de cuatro años, se palpa el interés de que las limitaciones del dominio —al fin y al cabo trabas en el movimiento de los bienes, especialmente raíces— tengan una duración lo más corta posible. Mas, la promesa de venta no participa de ese carácter, y por lo mismo, no tiene limitada su duración, sin duda por no implicar limitación alguna del dominio, de manera que la presencia de un lapso mayor en una promesa pactada en el mismo instrumento de venta, está probando que los contratantes han querido recurrir a la promesa que les permite más largo término, sin los inconvenientes de la retroventa.

F) Se citan los artículos 1619 y 1622 del Código Civil, en apoyo de la interpretación dada en el fallo a la cláusula sexta. Mas, el primero no se ve quebrantado, porque en tratándose de dos contratos principales, deben interpretarse conforme a la voluntad de las partes en relación con cada uno. Tampoco el segundo, porque hay coherencia evidente entre dos contratos principales, de venta el uno, y de promesa el otro, entre los cuales no existe incompatibilidad, según antes se expuso.

En resumen: no siendo contrario a la naturaleza de la venta un convenio de promesa incluído en el mismo instrumento en que aquélla se perfecciona; careciendo de fundamento jurídico la afirmación de que la presencia en un contrato de compraventa, de un acuerdo que de alguna manera pueda conducir al recobro de la cosa vendida, es una retroventa; tratándose de dos contratos principales que pueden convivir independiente y separadamente; y además, sin regir, como no rige, precepto legal que prohiba tal coexistencia, ni causarse con ello agravio al orden público ni a las buenas costumbres, la cláusula en referencia tiene el valor de una promesa de venta de los mismos inmuebles objeto de la enajenación, de acuerdo con la expresión literal de sus términos inequívocos.

Fecha ut-supra.

José J. Gómez R.

DONACIONES ENTRE VIVOS

Nulidad de la donación de una casa a un Municipio, en cuanto excedió de dos mil pesos. Insinuación para donar. Donaciones con causa onerosa y donaciones con gravamen pecuniario.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Intereses de orden superior exigen, en relación con las donaciones entre vivos, la intervención prudente del Juez, a fin de que no se contravenga ninguna disposición legal y, ante todo, para evitar la ruptura del plano de equilibrio, correspondencia y proporción de la liberalidad con las facultades del donante, quien, como es natural, debe conservar medios adecuados a su futura congrua subsistencia y permanecer a salvo de entredicho por dilapidación (1458 C. C.).

2. Si la dádiva está impulsada por la destinación del objeto a cierto fin cultural, el hecho de que quien recibe un valor se encuentre ligado por el deber de cumplir la voluntad del donante, no suprime la nota liberal del acto sino cuando en concreto puede hallarse que el contenido económico de la operación lo transforma de gratuito en oneroso.

3. Dentro de los fines primordiales del Estado se encuentra el progreso de la cultura a través de todas las entidades de derecho público: Nación, Departamentos, Municipios. De modo que el aporte en bienes materiales y en servicios personales para fines educativos, de beneficencia o de interés público, hecho a tales entidades por los ciudanos sin recibir directamente contraprestación alguna, reviste con nitidez el carácter de donación, aunque el lleno de la finalidad determinante del acto liberal envuelva desembolsos más o menos cuantiosos como aporte que a su turno haya de hacer la entidad que recibe para ese fin concreto.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE CASACION CIVIL.— Bogotá, veintidós (22) de marzo de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez).

Aparece de la escritura pública 21, de 20 de febrero de 1950, Notaría de La Plata, que Primitivo Losada Muñoz "de su libre y expresa voluntad ha resuelto hacer donación gratuita al Municipio de La Plata, de la casa de dos pisos que de su propiedad posee en el centro de esta población, de construcción de ladrillo, cemento y teja de barro, con su solar y anexidades", por los linderos allí expresados.

Y el instrumento contiene estas cláusulas:

"*Cuarta.* Que esta donación la hace al Municipio de La Plata con la única y exclusiva finalidad de que se funde en esa casa un colegio para varones, para cumplir así sus constantes deseos de beneficiar de esa manera a la juventud platense, plantel que se denominará *Colegio de San Sebastián* y será regido por las normas de la Iglesia Católica, Apostólica, Romana, siendo por esto indispensable que la elección del profesorado lleve el visto bueno del prelado de la Diócesis.

"*Quinta.* Que el colegio debe fundarse y principiar a funcionar en el año lectivo de 1952, por lo cual dentro del lapso del año 1951 deben elaborarse los estatutos o prospectos, hacerse los demás aprestos necesarios para la apertura del establecimiento con el producido de la casa en el citado año de 1951.

"*Sexta.* Que el Municipio sólo quedará en posesión de la casa materia de este instrumento a

partir del 1º de enero del año de 1951, fecha en la cual quedará a disposición del Municipio, con las servidumbres existentes ese día y con sujeción a las cláusulas que lo integran, pues el donante se reserva el usufructo de la casa en el presente año" (1950).

Como cesionarios de los derechos de Primitivo Losada Muñoz y Herminia Yanguas de Losada, cónyuges entre sí, al tenor de la escritura 189, de 5 de julio de 1957, Notaría de La Plata, Stella Victoria Gruesso de Valenzuela Ramírez y Miguel Angel Hernández Fernández presentaron la demanda inicial de este pleito contra el Municipio de La Plata, tendiente a obtener la declaración de nulidad, en cuanto al exceso de dos mil pesos, de la referida donación, junto con sus consecuencias en derecho.

El primer grado procesal finalizó con pronunciamiento del 3 de abril de 1959, en que el Juez del Circuito de La Plata declaró probada "la excepción perentoria de carencia de acción" y dejó "en firme la escritura 21 de 20 de febrero de 1950".

Pero el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, al revocar con fecha 14 de septiembre de 1960 el fallo de primera instancia, resolvió así:

"1º Declárase que el vínculo jurídico que liga a los contratantes por medio de la escritura número 21 de 20 de febrero de 1950, de la Notaría de La Plata, es de una donación entre vivos hecha por Primitivo Losada M. al Municipio de La Plata.

"2º Declárase que esta donación es válida en cuanto a la cantidad de dos mil pesos en relación con el valor de cuarenta mil pesos asignado al inmueble, y es nula en el exceso de aquella suma, por falta de insinuación. El inmueble que está ubicado en el centro de la población de La Plata, es una casa de dos pisos, de construcción de ladrillo, cemento y teja de barro, con su solar y anexidades, delimitada así: ...

"3º Reconócese a la señora Stella Victoria Gruesso de Valenzuela Ramírez y a Miguel Angel Hernández Fernández como cesionarios de los derechos que correspondan en este litigio al donante Primitivo Losada y a su esposa Herminia Yanguas de Losada.

"4º En consecuencia, el Municipio de La Plata restituirá a Stella Victoria Gruesso de Valenzuela R. y a Miguel Angel Hernández Fernández el exceso de dicha donación en el bien citado, es decir, un derecho proindiviso en él, equivalente a la suma de treinta y ocho mil pesos en relación con el valor de cuarenta mil pesos asignado al mismo bien.

"5º El Municipio demandado deberá pagar a Stella Victoria Gruesso de Valenzuela y a Miguel Angel Hernández F., el valor de los frutos naturales y civiles de tal derecho proindiviso, desde cuando se le entregó el inmueble hasta el día de la entrega, y previo el abono de las mejoras a que hubiere lugar, según las normas generales sobre prestaciones mutuas en caso de reivindicación, considerándose al demandado como poseedor de mala fe, valor que se liquidará por el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial.

"6º No se hacen las demás declaraciones formuladas en la demanda, por quedar prácticamente incluídas en las anteriores, ni se declaran probadas las excepciones propuestas como perentorias.

"7º Comuníquese al señor Notario del Circuito de La Plata la parte resolutiva de esta sentencia para que se sirva anotarla al margen de la matriz de la escritura número 21 de 20 de febrero de 1950.

"8º Inscríbase el presente fallo en los libros correspondientes de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de La Plata.

"9º No hay condenación en costas".

EL FALLO IMPUGNADO

Expone el sentenciador las reglas generales sobre las donaciones entre vivos y la necesidad de que sean insinuadas en cuanto su valor exceda de dos mil pesos, transcribe varios apartes de doctrina de la Corte en la materia; y con referencia al acto consignado en la escritura 21, de 20 de febrero de 1950, se expresa así:

"Dice el señor Losada en la cláusula 1ª del tántas veces citado instrumento 'que de su libre y expresa voluntad ha resuelto hacer donación gratuita al Municipio de La Plata...' y a nombre de éste, su Personero acepta 'la donación que entraña la presente escritura'. Para que no quedara duda de que se estaba otorgando una donación y para evitarse, posiblemente, problemas posteriores por falta de requisitos legales, en la cláusula 3ª de la escritura se le dio como precio a la donación la cantidad de dos mil pesos, cuando está demostrado que el valor del inmueble era superior.

"Se perfila en el caso de autos una donación de las llamadas con causa onerosa, ya que al Municipio se le dona la casa para que la destine a un colegio. Estas donaciones requieren también la insinuación en los términos de los artículos 1458, 1459 y 1460 del Código Civil, según el artículo 1461 *ibídem*. No es una donación en que se haya impuesto al donatario gravamen pecuniario, caso en el cual no sería necesaria la insinuación sino con descuento del gravamen, pues la fundación de un colegio no viene a disminuír el valor de la donación. Por otra parte, el Municipio tiene hasta cierto punto la obligación de dar educación e instrucción a sus habitantes.

"Como la donación no fue insinuada, quedó afectada de nulidad en cuanto exceda de dos mil pesos y ya se vio que el inmueble fue avaluado en cuarenta mil pesos a la fecha de la escritura".

CARGO UNICO

Sobre la base de que en la escritura 21 se hizo constar un contrato de donación, estima el recurrente que no es gratuita sino que "aparece condicionada a la satisfacción por parte del Distrito donatario de un gravamen claramente descrito en las cláusulas 4ª y 5ª, sobre fundación de un colegio para varones. Y comenta:

"Apenas habrá para qué decir que la satisfacción de todas estas obligaciones en un futuro indefinido implican para el Distrito los gastos obviamente inherentes a todos los aspectos mencionados, a los cuales no proveyó el donante, quien se limitó a donar el inmueble en donde habría de funcionar el colegio". Toma lo que viene transcrito del fallo impugnado, y continúa:

"Confundió así el Tribunal una donación con causa onerosa con una donación con gravamen porque no reparó en que el sostenimiento de un plantel docente es susceptible de avaluarse en dinero, sea por meses o por años, y que por lo tanto del valor de la cosa donada debía descontarse el del importe del gravamen que, en el caso de autos por ser de duración indefinida, estaba destinado a compensarse con el valor de lo donado al llegar cierto momento, desde el cual comenzaría a excederlo desapareciendo el concepto de donación por dejar de constituír aumento alguno patrimonial en el Municipio, siguiendo el texto del artículo 1454 del Código Civil".

Trae citas de los comentadores Vélez y Barros Errázuris acerca de que las donaciones con gravamen son aquellas "en que se impone al donatario un gravamen pecuniario o que puede apreciarse en una suma determinada de dinero", en beneficio de tercera persona, distinta del donante y del donatario, lo cual produce el efecto natural de disminuír en su medida el monto de la liberalidad, que no está sujeta a insinuación sino con descuento del gravamen.

Alude en seguida a que el Tribunal para determinar el valor de la cosa donada tuvo en cuenta el dictamen pericial, en que no se justiprecia el gravamen ni se hace la operación de deducirlo del importe de la donación, así como tampoco se compara el valor comercial para quien tiene sobre el inmueble la totalidad de los atributos del dominio, con "lo que representa en poder del donatario, quien para no desconocer la modalidad de la donación no puede usarla ni disponer de ella libremente". Agrega que por otra parte el sentenciador se abstuvo de tener en cuenta las certificaciones del Tesorero Municipal acerca de "algunos gastos en que ha incurrido el Municipio para atender a la destinación docente que el donante asignó a la donación", que en su sentir debieron deducirse del avalúo dado al inmueble. De todo lo cual desprende que no procedía el pronunciamiento de nulidad respecto de un contrato de donación cuyo valor en realidad se ignora.

Y concluye:

"Al decidir como hizo, y con tales bases, el Tribunal incurrió en un triple error de hecho:

"a) El primero consistente en no ver en el texto de las cláusulas 4ª y 5ª de la escritura pública número 21 otorgada el 20 de febrero de 1950 en la Notaría de La Plata, la clara imposición de un gravamen susceptible, por su naturaleza, de apreciarse en una suma determinada de dinero, y en las expresiones del representante del Municipio, recogidas en el mismo instrumento, la aceptación del gravamen y de las obligaciones consecuenciales;

"b) El segundo consistente en ver en el dictamen pericial a que me he referido, y en que se funda la sentencia, el valor de la donación, aunque en él no aparece operación alguna apreciativa del gravamen, ni de lo que representa en el patrimonio del Municipio la cosa donada sujeta a las restricciones que la modalidad de la donación impone a su uso, goce y disposición;

"c) El tercero consistente en haberse abstenido de apreciar las certificaciones a que ya me referí, demostrativas de que se trata de una donación con gravamen y de parte del monto de éste.

"Estos errores de hecho llevaron al Tribunal a violar los artículos 1458, 1461 y 1746 del Código Civil, dándole indebida aplicación a un caso no regulado por ellos, a la violación consecuencial de los artículos 768 y 964 del Código Civil relativos a las prestaciones a que está sujeto el poseedor de mala fe, y a la transgresión de los artículos 1455 y 1462 del Código Civil, los cuales no aplicó al caso a pesar de estar regulado por sus previsiones.

"Por tanto acuso la sentencia recurrida por el segundo de los motivos contemplados en la causal primera de casación, o sea la violación por aplicación indebida de los preceptos que dejo señalados, proveniente de los errores de hecho a que me he referido, los cuales aparecen de modo manifiesto en los autos".

SE CONSIDERA:

1. No por antieconómicos los actos de empobrecimiento dejan de tener hondo significado y proteción jurídica si obedecen a motivos de solidaridad humana, encaminados al amparo de los humildes, al incremento de la cultura o al bienestar general. Así, la pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente de obligación (1524, Código Civil), con autonomía plena cuando el monto no excede de dos mil pesos, y con venia judicial si sobrepasa esa medida. Intereses de orden superior exigen la intervención prudente del Juez, a fin de que no se contravenga ninguna disposición legal y, ante todo, para evitar la ruptura del plano de equilibrio, correspondencia y proporción de la liberalidad con las facultades del donante, quien como es natural debe conservar medios adecuados a su futura congrua subsistencia y permanecer a salvo de entredicho por dilapidación (1458 *ibídem)*.

2. Si alguien que no espera retribución, merma voluntariamente su patrimonio por traspaso de bienes, es de elemental contrapartida que el acto redunde en beneficio de otra persona o en provecho de la sociedad. Y si la dádiva está impulsada por la destinación del objeto a cierto fin cultural, el hecho de que quien recibe un valor se encuentre ligado por el deber de cumplir la voluntad del donante, no suprime la nota liberal del acto sino cuando en concreto puede hallarse que el contenido económico de la operación lo transforma en todo o en parte de gratuito en oneroso.

3. Dentro de los fines primordiales del Estado se encuentra el progreso de la cultura a través de todas las entidades de derecho público: nación, departamentos, municipios. De modo que el aporte en bienes materiales y en servicios personales para fines educativos, de beneficencia o de interés público, hecho a tales entidades por los ciudadanos sin recibir directamente contraprestación alguna, reviste con nitidez el carácter de donación, aunque el lleno de la finalidad determinante del acto liberal envuelva desembolsos más o menos cuantiosos como aporte que a su turno haya de hacer la entidad que recibe para ese fin concreto. No es ciertamente su cuantía mayor o menor frente al importe total de la obra lo que haya de conceder o negar al acto individual la fisonomía enteramente gratuita de la ayuda pequeña o grande, pero meritoria siempre, que alguno haya dado para la realización del fin trascendente que se persigue, cualquiera sea el importe total de la obra estimable en dinero.

4. Si se contempla la creación de un colegio municipal de enseñanza pública, habrá en ello causa onerosa por motivo determinante de la donación, pero el aporte gratuito del edificio para su funcionamiento integra liberalidad cuya cuantía se mide por el valor que a la sazón tenga el inmueble, aunque el Municipio donatario no posea libertad de darle otra destinación y aunque el sostenimiento del plantel exija gastos que pueden ser incalculables en el transcurso del tiempo. La actividad municipal no es ni con mucho ajena al desarrollo de la educación pública, y en su logro habrá de comprometer por siempre muy buena parte de sus recursos para hallarse a la altura de su propia misión. Y el auxilio voluntario y libre que para ello reciba de las gentes tendrá el tratamiento de donación enteramente gratuita, aunque al poder municipal, por destinación, le esté vedado aplicarla a otros fines.

Es así como las donaciones con causa onerosa quedan sujetas a insinuación por el artículo 1461 del Código Civil, que cumplió el Tribunal en el fallo acusado, sin incurrir en error jurídico en la calificación del acto, y muy menos en yerro evidente de hecho, desde luego que estuvo ceñido al tenor de la escritura 21 de 20 de febrero de 1950.

RESOLUCION:

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

justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 14 de septiembre de 1960 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva.

No hay condenación en costas (576, Código Judicial).

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

ACCION DE RESTITUCION DE UNAS MEJORAS

Antitécnica formulación de cargos contra una sentencia que desestimó las peticiones del actor, relacionadas con la reivindicación de unas mejoras hechas en una finca. Violación directa de la ley sustantiva. Errores de hecho y errores de derecho en la estimación de pruebas.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Es bien sabido que la tacha por violación directa, en sentido amplio, de la ley sustantiva, nada tiene que ver con cuestiones de hecho o de índole probatoria, sino exclusivamente con la transgresión de las normas citadas por el recurrente, partiendo de los hechos tales como los acepta el fallador, para, sobre esta premisa, examinar si en realidad las aplicables al caso controvertido las interpretó contrariamente a sus términos o a su espíritu, o si habiéndolas entendido rectamente, hubo una aplicación indebida de ellas.

2. Como los errores evidentes de hecho en la estimación de las pruebas constituyen una violación indirecta de la ley sustantiva, la prosperidad de los cargos al respecto requiere demostrar que son evidentes en los autos, y citar las normas sustanciales que fueron infringidas a causa de tales errores.

3. El error de derecho, lo tiene repetido la Corte, ocurre cuando el sentenciador le da a una prueba un valor que no tiene, o le desconoce el que le señala la ley. Por lo mismo, la norma directamente violada es la que fija el alcance o mérito del medio, objeto de la tacha. Por consecuencia de esta infracción medio, se quebrantan las normas sustantivas aplicables al caso sub judice. A causa de esta doble violación en el error de derecho, la demanda de casación debe citar, en acatamiento a lo ordenado en el artículo 531 del Código Judicial, las dos especies de preceptos, para que el cargo, siendo fundado, tenga eficacia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE CASACION CIVIL.—Bogotá, marzo veintisiete de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: Arturo C. Posada).

Prudencio Ayala Romero demandó en el Juzgado 1º Civil del Circuito de Facatativá a Cecilia Flórez de Valdiri para que se resuelva:

"*Primero.* Que el actor es dueño de las mejoras 'consistentes en unas diez mil matas de café, plantaciones de fique, sombríos, árboles frutales, plataneras, pastos naturales y artificiales, cercas de alambre, una casa de bahareque y paja y un patio de cemento, mejoras plantadas en la finca denominada San José, vereda de Santa Teresa, Jurisdicción de San Juan de Rioseco, en terrenos de propiedad de Emilia Prado de Valdiri', alinderadas así: 'Por el pie, limita con mejoras pertenecientes a la hacienda Valdiri; por el costado derecho, con mejoras de propiedad de Ernestina Cárdenas, separa una hilera de fique; por cabecera con la carretera de Cambao; y por el costado izquierdo, mejoras de propiedad de Efraín Molina, separa cerca de alambre y encierra'.

"*Segundo.* Que se condene, en consecuencia, a la demandada Flórez de Valdiri a restituír al demandante dentro del término legal las expresadas mejoras, libres de todo gravamen, con sus frutos naturales, como poseedora de mala fe, desde el mes de mayo de 1957 en que entró en posesión de ellas, hasta el día de la restitución, los cuales deben ser estimados dentro del juicio o al ejecutarse la sentencia".

"*Tercero.* Que igualmente se condene a la demandada a resarcir al demandante de los perjuicios que le ha causado y le cause por la ocu-

pación fraudulenta de las mejoras, perjuicios que se deben estimar en forma legal".

La causa del derecho impetrado la expone en los siguientes hechos:

a) Prudencio Ayala Romero compró a Luis Arturo Roa Segura y María del Carmen Rodríguez por escritura número 31 extendida en la Notaría de San Juan de Rioseco, el 13 de febrero de 1956, debidamente registrada, "las mejoras, materia de la reivindicación".

b) Estas fueron plantadas por los vendedores hace más de diez y ocho años, con el consentimiento del dueño del terreno, como aparece del título mencionado.

c) Roa Segura y Rodríguez de Roa poseyeron las mejoras explotándolas económicamente, desyerbando las plantaciones, pagando los arrendamientos del terreno "y ejercitando los demás actos de dominio, bien directamente o por medio de arrendatarios o aparceros".

ch) El 8 de mayo de 1957 Roa Segura hizo entrega y puso en posesión de las mejoras a Ayala Romero en diligencia presenciada por el Juez 1º del Circuito de Facatativá.

d) El 17 del mismo mes de mayo fue despojado de ellas violentamente por la demandada Flórez de Valdiri, quien se hizo así a ellas, las posee actualmente, y debe restituírlas con todos los frutos, no solamente los percibidos sino los que el demandante hubiera podido percibir al haberlas tenido en su poder.

El Juzgado del Circuito negó las peticiones de la demanda en fallo de veintiocho de abril de mil novecientos cincuenta y nueve, que el Tribunal confirmó por el de diez y nueve de mayo último.

MOTIVACION DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Con fundamento en las pruebas aducidas por las partes halla lo siguiente:

Luis Arturo Roa Segura y María del Carmen Rodríguez de Roa entraron a poseer como señores y dueños las mejoras existentes en un lote de terreno de diez fanegadas aproximadamente, perteneciente a Emilia Prado de Valdiri, a quien pagaban los arrendamientos del suelo.

Dentro de un juicio ejecutivo seguido por Antonio Rubio contra los esposos Roa Rodríguez, se embargaron y secuestraron preventivamente dichas mejoras. Al secuestro, efectuado el 23 de octubre de 1949, se opuso José Miguel Pinzón, invocando su calidad de dueño y poseedor de ellas. Para acreditarlo presentó un documento de promesa de venta, suscrito por el ejecutado el 24 de marzo del mismo año y las declaraciones de tres testigos sobre el hecho de la posesión.

Las mejoras quedaron en poder de Pinzón en calidad de secuestre provisional.

Tramitada la oposición formulada por Pinzón, por auto de 28 de febrero de 1950 se declaró infundada, por cuanto el Juzgado la trasladó del campo de la posesión al del dominio, que no podía hallarse probado a base de un simple documento de promesa. Dispuso en consecuencia "que las mejoras le fueran entregadas al secuestre definitivo en el juicio".

En cumplimiento de esta resolución se le entregaron el 27 de octubre siguiente al depositario Hernando Valdiri, por no haberlo hecho Pinzón.

Luégo, mediante proveído de 25 de julio de 1953, el secuestro fue levantado por abandono del juicio y se dispuso la entrega de los bienes al ejecutado Roa Segura. Como prueba del cumplimiento de esta disposición, Hernando Valdiri suscribió dos años después, o sea, el 23 de mayo de 1955, un documento con Roa en el cual hacían constar la entrega realizada en esta fecha.

Más tarde, el 18 de junio siguiente, en el ejecutivo de José T. Olarte contra Carlos E. Rubio, al depositarse las mismas mejoras, se hallaron en poder de Roberto Moreno Neira, quien dijo tenerlas por cuenta de Carlos E. Rubio. Entregadas al secuestre Santos Noé Velosa, estuvieron en su poder hasta el 15 de noviembre del mismo año, en que de orden del Juez Sexto Civil del Circuito de Bogotá, las restituyeron a Moreno Neira, quien a su vez, se las entregó a Ramón Garzón Bejarano, propietario de ellas por haberlas comprado a Carlos Eduardo Rubio.

El 2 de marzo de 1956, en el ejecutivo de Ana Herminia Borda contra Prudencio Ayala, se hallaron nuevamente en poder de Roberto Moreno Neira, el cual se opuso a su entrega por tenerlas a nombre de Ramón Garzón Bejarano, pero su oposición no se tuvo en cuenta, pues el Juzgado las puso en poder del secuestre Luis Roa Segura.

Este depósito fue luégo levantado, y las mejoras se entregaron sin oposición alguna a Garzón Bejarano, quien a su turno las puso a disposición de Cecilia Flórez de Valdiri, en diligencia de 17 de mayo de 1957.

Al intimarse Roa Segura, el 31 de octubre de 1949, del mandamiento de pago librado en favor de Antonio Rubio, manifestó que la cuenta cobrada la había pagado "en poder de José Manuel Pinzón".

En el acto de notificarse del auto ejecutivo en el juicio de cobro que le instauró Prudencio Ayala, el 6 de julio de 1950, manifestó que el

crédito lo había pagado con dinero dejado en poder de José Manuel Pinzón Acuña, "a quien le vendí las mejoras... para que pagara esos créditos de don Prudencio Ayala y Antonio Rubio".

Esta declaración de Roa la halla el Tribunal coincidente con la oposición de Pinzón al secuestro "respecto de la propiedad y posesión en que este último fundaba su derecho, y que más tarde, mediante escritura número 3256 de cinco de julio de 1954 le transmitió a Carlos E. Rubio declarando que él tenía la posesión material de las mejoras desde el 5 de noviembre de 1953".

Carlos E. Rubio se las vendió luégo a Ramón Garzón Bejarano, por escritura número 4011 de 24 de octubre de 1955 de la Notaría 1ª de Bogotá... Y este último a doña Cecilia Flórez de Valdiri, demandada en este juicio, mediante escritura número 22 de 30 de enero de 1957".

A su turno, los esposos Luis Arturo Roa y María del Carmen Rodríguez de Roa, por escritura número 31 de 13 de febrero de 1956, otorgada en la Notaría de San Juan de Rioseco, las vendieron al demandante Prudencio Ayala "el mismo que en 1949 ejecutaba al primero, y en cuya intimación de la orden de pago confesó éste, haberlas ya vendido y entregado a don José Manuel Pinzón, causante mediato en el derecho de la señora Valdiri. Este el título con que se presenta a reivindicar".

De la pormenorizada relación de pruebas, prosigue el Tribunal, el dominio del actor "se funda, primordialmente, en la venta que le hicieran" Roa Segura y Rodríguez de Roa mediante la escritura número 31 de 15 de febrero de 1956, "sin ningún otro título anterior inscrito; pues el que tuvieran éstos últimos como sus causantes, sólo aparece justificado en autos mediante la posesión en que se hallaban desde el año de 1941 en que —se ha dicho— adquirieron las mejoras".

En cambio, el dominio alegado por la demandada Flórez de Valdiri, se apoya en la compra que le hizo a Ramón Garzón Bejarano por medio de la escritura número 22 de 30 de enero de 1957, quien las adquirió de Carlos E. Rubio, según escritura 4011 de 24 de octubre de 1955, el que, a su vez, las hubo de José Manuel Pinzón al tenor de la escritura 3256 de 5 de julio de 1954. "De suerte que, si se confrontan esas dos opuestas titulaciones, forzosamente debe prevalecer la que acredita el mejor derecho de la demanda (sic), por remontarse a época anterior a la fecha del título del actor".

Respecto de la posesión, luégo de considerar las incidencias registradas en el ejecutivo de Antonio Rubio contra Roa Segura en cuanto a la oposición de Pinzón al secuestro de las mejoras y haberse declarado infundada aquella, concluye el fallador: "La exacta realidad de las cosas es, que para el día 23 de octubre de 1949 en que se llevó a cabo el primitivo secuestro preventivo en la ejecución de Antonio Rubio contra Roa Segura, y desde el mes de abril anterior don José Manuel Pinzón era poseedor de las mejoras de que se viene hablando, a virtud de la venta y entrega que de ellas le hizo el señor Roa Segura, y que, se ha visto, fueron expresamente reconocidas por éste, al intimarse de las órdenes ejecutivas libradas a favor del mencionado señor Rubio, y del mismo don Prudencio Ayala, que aquí se presenta a reivindicarlas. Y que en esa posesión se mantuvo hasta el día 27 de octubre siguiente (1950) en que ilegalmente se le quitó con secuestro definitivo verificado en poder de Hernando Valdiri".

"Pero si, en punto a posesión, el derecho de las dos partes deriva de la que tuviera don Luis Arturo Roa Segura desde el año de 1941; y de esta posesión se desprendió dicho señor desde 1949 en beneficio de don José Manuel Pinzón causante de los derechos de la señora demandada en este juicio, como así lo manifestó bajo juramento, debe lógica y forzosamente concluírse el mejor derecho de éste frente a los pretendidos por el actor, cuya acción debe, por lo tanto, desecharse, como lo hizo el fallo que se revisa".

El demandante Ayala recurrió contra la sentencia del Tribunal en casación que la Corte entra a decidir.

DEMANDA DE CASACION

La demanda de casación le formula a la sentencia los siguientes cargos basados en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial.

Uno, por violación directa de los artículos 669, 673, 740, 741, 745, 749, 752, 756, 759 y 1857 del Código Civil y 1º de la Ley 200 de 1936; siete por errores de hecho, y seis por errores de derecho en la apreciación de las pruebas que llevaron al Tribunal a la infracción de las normas dichas y también del artículo 2577 del Código Civil.

Se estudian en el orden en que los presenta.

I

La primera tacha se refiere a que el Tribunal sostiene que el dominio del actor se funda primordialmente en la venta que le hicieron los cónyuges Roa Segura y Rodríguez de Roa por

la escritura 31 de 1956 sin que obre otro título inscrito, pues el que tuvieron estos últimos, sus causantes, sólo aparece en autos justificado con la posesión en que se hallaban desde 1941, en que dicen adquirieron las mejoras. En cambio, lo alegado por la demandada Valdiri se apoya en la compra que ella le hizo a Ramón Garzón Bejarano mediante la escritura 22 de 1957, con tradición que se remonta a 1954, en que Carlos E. Rubio, tradente inmediato de Garzón Bejarano las adquirió de José Manuel Pinzón, por escritura ya mencionada. Confrontadas estas dos titulaciones concluye el Tribunal que debe prevalecer la de la demandada, porque acredita un mejor derecho y se remonta a la fecha anterior del título del actor.

La impugnación del fallo la extiende también a la apreciación del Tribunal sobre que Pinzón tenía la posesión de las mejoras desde abril de 1949, en razón de la venta que de ellas le hizo Roa Segura, las cuales le fueron reconocidas por éste bajo juramento al intimarse de las órdenes ejecutivas de que hace mérito el fallo acusado, apreciación de la cual infiere el mejor derecho de la demandada frente al reclamado por el actor.

Pretende demostrar la censura con razonamientos que son en síntesis:

El quebrantamiento de los preceptos citados nace del error de apreciación en que incurre el Tribunal al estimar que Pinzón hubo las mejoras de Roa Segura por el simple hecho de haber celebrado una promesa que no obra en el proceso y por la manifestación que éste hizo, al intimarse de los autos ejecutivos, de que aquellas se las había entregado a Pinzón para que pagara unos créditos a favor de Antonio Rubio y Prudencio Ayala.

El Tribunal acepta la venta de los mismos bienes hecha por Roa Segura a Pinzón en 1949, de la cual arranca el derecho de la demandada Flórez de Valdiri. Para el recurrente el Tribunal con este aserto violó los artículos 745, 749, 756 y 1857 del Código Civil en cuanto disponen que para que la tradición de inmuebles se efectúe, es necesario que el tradente tenga el dominio y que se haga por escritura debidamente registrada. Sin título no puede haber transferencia ni adquisición de derechos.

Pinzón no tiene a su favor un título inscrito del dominio de las mejoras, por lo mismo, no adquirió ni traspasó este derecho y posesión para efectos de los artículos 745, 749, 752 y 759 citados.

Los mismos preceptos fueron violados en razón de no haber tenido al actor en este juicio como dueño de las mejoras, el cual las adquirió de Roa Segura y Rodríguez de Roa, quienes las plantaron y poseyeron y tienen un título inscrito en el instrumento público 190 de 16 de agosto de 1945.

También los quebrantó, porque no los aplicó a favor del demandante y sí de la demandada, sin tomar en cuenta que los primitivos dueños, como plantadores y poseedores de las mejoras con título inscrito, no las enajenaron a José Manuel Pinzón mediante escritura pública debidamente registrada, y, por lo tanto, este nada transmitió a Rubio.

Se extiende en razonamientos relativos a que el demandante sí adquirió de los verdaderos dueños y poseedores, para concluír que el fallador de segunda instancia violó directamente, fuera de las normas que cita en el desarrollo de la acusación, todas las demás mencionadas en la enunciación general de ella.

SE CONSIDERA:

Es bien sabido que la tacha por violación directa, en sentido amplio, de la ley sustantiva nada tiene que ver con cuestiones de hecho o de índole probatoria, sino exclusivamente con la trasgresión de las normas citadas por el recurrente, partiendo de los hechos tales como los acepta el fallador, para sobre esta premisa, examinar si en realidad las aplicables al caso controvertido las interpretó contrariamente a sus términos o a su espíritu, o si habiéndolas entendido rectamente, hubo una aplicación indebida de ellas.

La impugnación en estudio parte, no de la base de los hechos como los encontró demostrados el Tribunal, sino de que éste se equivocó al dar por establecido el dominio y posesión de la demandada con los varios títulos presentados por ella, y con la confesión de Roa Segura de haber vendido las mejoras a Pinzón, antecesor de ella, y, por consecuencia de no haber demostrado su derecho el actor.

No se trata de examinar si las normas sobre tradición y posesión fueron directamente o errónea o indebidamente aplicadas, sino de ver si el Tribunal se equivocó en la apreciación de la prueba aducida para acreditar el derecho impetrado por las partes, que es cuestión tocante con la violación indirecta de la ley como consecuencia de errores de hecho o de derecho en la apreciación de medios probatorios, no con la violación directa propia de la ley sustantiva, que es la causal invocada por el recurrente, lo cual es suficiente para rechazar el cargo.

ERRORES DE HECHO

Siete errores de hecho le atribuye la demanda de casación al fallo de segunda instancia, cuya exposición se resume así:

I

Incidió el Tribunal en un error evidente de hecho, en cuanto tuvo, como contrato de venta, la promesa de 24 de marzo de 1949, por la cual Roa Segura prometió venderle a José Manuel Pinzón, quien se obligó a comprarle, las mejoras en litigio, pero tal documento no se trajo a los autos y solamente hay de él las referencias que hacen la diligencia de secuestro y las providencias que negaron la oposición que Pinzón hizo en ella.

II

Cometió también error de hecho manifiesto en el proceso el sentenciador por haber apreciado esta oposición de Pinzón, basado en la misma promesa, como de poseedor y dueño de las mejoras, sin ser lo uno ni lo otro sino mero tenedor de ellas a nombre de Roa Segura, de quien las había recibido con el compromiso de vendérselas.

III

Otro yerro evidente de hecho radica en haber ignorado la sentencia acusada la providencia del Juzgado 1º Civil del Circuito de Facatativá, por la cual le negó a Pinzón la condición de poseedor, en virtud de que la promesa aludida no le daba tal carácter, y reconoció a Roa como dueño y poseedor. Asimismo no vio la diligencia de entrega hecha al secuestre Hernando Valdiri.

IV

El cuarto error de hecho lo hace consistir el recurrente en que, siendo Pinzón un simple acreedor de Luis A. Roa para que le otorgara la escritura de venta de las mejoras en razón de la promesa acordada entre ellos, el Tribunal no podía aceptar que Pinzón se las hubiera transferido a Carlos E. Rubio por medio de la escritura 3256 de 5 de julio de 1954 pasada en la Notaría 1ª de Bogotá, dado que aquel no era dueño.

V

El fallador cometió también error de la misma naturaleza en cuanto pasó por alto la escritura 190 pasada en la Notaría de San Juan de Rioseco el 16 de agosto de 1948, mediante la cual Luis Arturo Roa y María del C. Rodríguez de Roa se declararon deudores de Rubio A. por la cantidad de $ 3.500.00 y "para asegurar el pago constituyeron hipoteca sobre las mejoras de litigio".

VI

El sexto error de hecho lo radica el acusador en que el Tribunal no tuvo en cuenta las declaraciones que rindieron Abelardo Riaño, Wenceslao Rairán Gutiérrez, Efraín Molina Rincón, Heliodoro Espejo, Roberto Roa S., Hernando Valdiri, Campo E. Gómez y Saúl Porras, sobre los hechos de haber conocido a Roa S. y Rodríguez de Roa poseyendo económicamente las mencionadas mejoras, de haberlas plantado a sus expensas, entre los años de 1941 y 1948, "y sobre las diferentes entregas que se le hicieron desde esa época hasta fines de mayo de 1957, en que le fueron entregadas a la demandada".

VII

Finalmente, hubo error de hecho manifiesto en el expediente, cuando el Tribunal apreció las manifestaciones que Roa Segura hizo al notificarse de los autos ejecutivos en los juicios que le seguían Antonio Rubio y Prudencio Ayala como la demostración de un contrato de venta de las mejoras a favor de Pinzón.

Estas manifestaciones o confesiones, continúa el impugnante, jamás pueden establecer un contrato de compraventa que, por tratarse de inmuebles requiere escritura pública.

Por causa de cada uno de estos errores de hecho, expresa la demanda de casación, la sentencia impugnada desconoció el mejor derecho del demandante frente a la demanda.

SE CONSIDERA:

Como los errores evidentes de hecho en la estimación de las pruebas constituyen una violación indirecta de la ley sustantiva, la prosperidad de los cargos al respecto requiere demostrar que son evidentes en los autos, y citar las normas sustanciales que fueron infringidas por el T

unal a causa de tales errores. La demanda que o llene esta formalidad, ha dicho la Corte, se ueda en la mitad del camino. El recurrente se mitó a exponer los siete errores de hecho que ice cometió el Tribunal en la apreciación de dis-intas pruebas, pero olvidó, en obedecimiento del rtículo 531 del Código Judicial, citar los textos egales de carácter sustantivo que estimara in-ringidos.

No prosperan los cargos.

ERRORES DE DERECHO

Censura el actor la sentencia por haber incu-rido el Tribunal en seis errores de derecho en a estimación de varias pruebas, cuya exposición e resume así:

1º Le dio al documento de 24 de marzo de 949, que contiene sólo una promesa de venta y o está firmado por Rodríguez de Roa, el valor le plena prueba de la venta de las mejoras hecha or Arturo Roa S. a José Manuel Pinzón, sin tomar en cuenta que la venta de los inmuebles ebe hacerse por escritura pública". Con este rror de derecho, violó los artículos 756, 1857 y 577 del Código Civil, que ordena la solemnidad le la escritura para tal acto.

2º Tomó las manifestaciones de José Manuel inzón, al oponerse al secuestro de las mejoras legando ser dueño y poseedor de ellas en virtud e la nombrada promesa de venta, como prueba ompleta de la propiedad y posesión de ellas. on esta valoración quebrantó las disposiciones itadas en el punto anterior y los artículos 674, 75, 770, 777 y 791 del Código Civil.

3º Estimó la escritura 3256 de la Notaría 1ª e Bogotá de 5 de julio de 1954, por la cual José anuel Pinzón dijo venderle a Carlos E. Rubio s precitadas mejoras, "como plena prueba de tradición del dominio... y de la posesión e ellas".

Como ya se ha visto, "el tradente no era dueño e lo vendido y entregado, y, por ende, el com-ador nada adquirió. Esa apreciación equivo-da del Tribunal lo llevó a trasgredir los ar-culos 752, 763, 789, del Código Civil.

4º La sentencia no reconoció el mérito de ena prueba a la escritura número 190, exten-da en la Notaría de San Juan de Rioseco el de agosto de 1948, por la cual Arturo Roa y aría del C. Rodríguez hipotecaron a Antonio ubio las mejoras, objeto de este litigio, la cual registró en el libro 1º y en el de hipotecas, constituye un acto de dominio y un título ins-crito a su favor. Fueron quebrantados los ar-tículos 778, 785 y 1759 del Código Civil.

5º No les dio el mérito de plena prueba a las declaraciones de Abelardo Riaño, Wenceslao Rai-rán Gutiérrez, Efraín Molina Rincón, Heliodoro Espejo, Roberto Roa, Hernando Valdiri, Campo E. Gómez y Saúl Porras "en cuanto al hecho de haber plantado las mejoras", Roa S. y Rodrí-guez de Roa, de haberlas poseído desde 1941 y de haberle sido entregadas por el Juez 1º del Circuito de Facatativá a Luis Arturo Roa S. "Este error de derecho llevó al Tribunal a violar el artículo 697 del Código Judicial".

6º También desconoció el alcance probatorio que le señala el artículo 632 del Código Judi-cial "a la providencia del Juzgado 1º Civil del Circuito de Facatativá de 28 de febrero de 1950", en la cual se le negó a José Manuel Pin-zón la oposición al secuestro, por no haber de-mostrado el dominio y posesión de las mejoras las cuales ordenó entregar al secuestre, y a la entrega hecha al secuestre Hernando Valdiri, y a la que el Juez Civil del Circuito le hizo a Arturo Roa Segura.

Adelante invoca como violados por estos erro-res de derecho los artículos señalados en el ca-pítulo sobre violación directa de la ley sustan-tiva, que son el 669, 673, 740, 741, 745, 749, 752, 756, 759, 1857, 2577, del Código Civil y 1º de la Ley 200 de 1936.

SE CONSIDERA:

El error de derecho, lo tiene repetido la Corte, ocurre cuando el sentenciador le da a una prueba un valor que no tiene, o le desconoce el que le señala la ley. Por lo mismo, la norma directa-mente violada es la que fija el alcance o mérito del medio, objeto de la tacha. Por consecuencia de esta infracción medio, se quebrantan las nor-mas sustantivas aplicables al caso *sub judice*. A causa de esta doble violación en el error de derecho, la demanda de casación debe citar, en acatamiento de lo ordenado en el artículo 531 del Código Judicial, las dos especies de precep-tos, para que el cargo, siendo fundado, tenga eficacia.

Se advierte que el recurrente en las cuatro primeras impugnaciones cita solamente los pre-ceptos sustanciales que, en su concepto, fueron infringidos por el sentenciador con los alegados errores de derecho, pero no menciona ninguno que trate del mérito probatorio de los docu-mentos, en cuya apreciación considera que el Tribunal se equivocó. Esta deficiencia en la sus-

tentación del recurso basta para rechazar los cargos.

La censura porque no le dio el valor de plena prueba a los ocho testimonios mencionados en ella sobre que Roa Segura y Rodríguez de Roa plantaron las mejoras, las poseyeron desde 1941, y le fueron entregadas al primero por el Juez 1º Civil del Circuito de Facatativá, sí estimó violado el artículo 697 del Código Judicial y los sustantivos a que alude en la acusación por violación directa. Por este aspecto, no hay objeción que hacerle a la demanda, pero no demuestra su afirmación, y no podía hacerlo, porque, si bien la sentencia no menciona los testimonios aceptables, con base en ellos afirma, primero: "Desde el año de 1941 en que, se dice, las adquirieron los esposos Luis Arturo Roa Segura y María del Carmen Rodríguez de Roa entraron a poseer como señores y dueños, las mejoras existentes en un lote de terreno, de aproximadamente diez fanegadas, pertenecientes a doña Emilia Prado de Valdiri, y a quien pagaban los consiguientes arrendamientos por el suelo". Y más adelante afirma que "en punto a posesión el derecho de las dos partes deriva de la que tuviera don Luis Roa Segura desde el año de 1941".

Sobre el hecho de haberlas plantado Roa y acerca de la entrega al mismo por el Juez del Circuito de Facatativá, nada dice el fallo, basado en el dicho de los testigos, pero en tal caso el cargo no sería por error de derecho sino de hecho, consistente en no haber visto lo que sobre estas circunstancias dicen los declarantes.

La impugnación es improcedente.

Adolece también el último cargo de la misma falla anotada en el anterior, de no demostrar el impugnante el error de derecho cometido por el Tribunal, al no aceptar con pleno valor probatorio el auto que negó la oposición a Pinzón, el documento referente a la entrega que el secuestre Hernando Valdiri le hizo a Roa Segura, y la diligencia en que el propio Juez puso las mejoras en poder de Segura. No hace el recurrente la más ligera explicación, no expone ningún argumento con que demuestre el error.

Aunque esta falta de técnica en el recurso bastaría para desecharlo, por amplitud anota la Corte que el Tribunal sí hizo un estudio completo no solamente de las piezas a que se refiere la censura, sino que con el poder de apreciación amplia que tiene dentro de cada juicio, en el cual las providencias proferidas en otro, no tratándose de cosa juzgada, son plena prueba del hecho de haberse proferido, y del sentido en que lo fueron, pero no de los hechos que el fallador encontró acreditados y que sirvieron de base a la decisión (T-80-490), encontró que equivocadamente el Juez había desviado la oposición hecha por Pinzón del punto propio de ella, que es la posesión, hacia el dominio; reconoce que dos años después de dictado el auto por el cual se levantó el secuestro de las mejoras por abandono del juicio, Valdiri suscribió "un documento con Roa en el cual hacían constar (la entrega) como efectuada en esa fecha". Asímismo halla que en el ejecutivo de Herminia Borda contra Prudencio Ayala consta la oposición hecha a nombre de Garzón Bejarano, que el Juez le hizo entrega real y material a Roa Segura como secuestre, a pesar de constar que había recibido las mejoras de Valdiri, y que nuevamente el Juez le repitió la entrega el 17 de mayo de 1957, pero que este secuestro fue luégo levantado y las mejoras entregadas a Garzón Bejarano sin oposición alguna. Basado en esta apreciación, el Tribunal le dio a los documentos a que se refiere la impugnación el mérito que les correspondía dentro del conjunto probatorio que se trajo al juicio, sin que pueda decirse, y menos demostrarse, que cometió error de derecho en la valoración de ellos.

En consecuencia de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la le, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el diez y seis de mayo de mil novecientos sesenta en el juicio ordinario seguido por Prudencio Ayala contra Cecilia Flórez de Valdiri.

Las costas a cargo de la parte recurrente.

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

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

Ricardo Ramírez L. Secretario.

LESION ENORME. — INSPECCION OCULAR. — PERITOS

No se demostró ningún cargo contra la sentencia acusada. Esta hubo de negar la rescisión pedida. Pruebas practicadas en segunda instancia.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Puesto que no es discutible ni se discute que la inspección ocular es de recibo en segunda instancia, se sigue con claridad que si en el segundo grado del litigio se ha pedido, decretado y practicado esa prueba con acompañamiento de peritos y citación de la parte contraria, quien además hizo uso del derecho de objetar, el mérito legal del medio es valorable por el sentenciador, desde luego que ha ingresado al proceso en conformidad con el artículo 597 del Código Judicial.

2. No es censurable en casación la actitud del Tribunal que toma el dictamen de los peritos que lo acompañaron en la diligencia de inspección ocular por él practicada, para preferirlo a otra peritación producida en primera instancia. Ello se encuentra dentro del marco de los poderes de apreciación que privativamente competen al juzgador, salvo arbitrariedad manifiesta.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE CASACION CIVIL.—Bogotá, veintinueve (29) de marzo de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez).

Comenzó el presente litigio por demanda en que el vendedor Domingo Guzmán Linares hizo contra el comprador Efraín Nieto súplicas tendientes a obtener la rescisión por lesión enorme de la compraventa celebrada por escritura pública número 4, de 5 de enero de 1953, Notaría de Facatativá, sobre los predios de *Guarumal* y *San Fernando,* fracción de Cune, Municipio de Villeta, por precio de $ 4.000.00 que Guzmán Linares confesó haber sido en realidad de $ 5.200.

Contradicha y tramitada la primera instancia procesal, terminó el 20 de noviembre de 1958 con pronunciamiento del Juez 2º Civil del Circuito de Facatativá favorable a las peticiones del actor. Pero el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dictó sentencia absolutoria para cerrar la apelación de la parte demandada.

EL FALLO ACUSADO

Es de fecha 7 de abril de 1961, y después de referirse a los elementos de la rescisión por lesión enorme, a la importancia que para calcular el justo precio del objeto tiene la prueba por peritos, y a los efectos restitutorios consecuenciales de la prosperidad de la acción, contempla las pruebas allegadas al juicio y sobre la producida en segunda instancia, expresa:

"Una inspección ocular en asocio de peritos en la cual fue también determinado el predio litigioso, mediante la identificación de los dos lotes que lo integran, el de *Guarumal* y el de *San Fernando,* a fin de verificar la calidad de la tierra, sus cultivos, sus mejoras, etc. (folio 6 vuelto, y siguientes C. 5). En dicho acto, y como elemento de juicio para la estimación del valor de la finca en la fecha en que fue vendida por Guzmán a Nieto, se recibieron los testimonios de Roberto y Pablo Herreras, y de Gregorio y Pablo Guzmán. Los dos primeros en forma conteste declararon que para los años de 1952 y 1953 la finca objeto de la inspección, se encontraba abandonada en fuerza de la violencia política existente entonces en la región, por lo cual los terrenos se encontraban desvalorizados y nadie los

quería comprar. Agregaron que cuando Efraín Nieto compró la finca, ésta no tenía edificaciones, ni cercas, sino únicamente unos cultivos de caña en extensión de seis fanegadas más o menos, y se encontraba 'enrastrojada y sin encallar'. Los dos últimos testigos, que son hijos del demandante, también en forma conteste, ratificaron la información acerca del abandono en que se encontraba la finca para los años de 1952 y 1953 y sólo aludieron a un cultivo de caña en una extensión de aproximadamente 'ocho fanegadas'."

Alude al dictamen de los peritos que actuaron en la misma diligencia y a las razones que tuvieron para avaluar los predios de *San Fernando* y *Guarumal* en $ 8.600, y después comenta:

"Este dictamen, cuya tacha por 'error grave' no prosperó, lo acoge el Tribunal como elemento de juicio suficiente para dirimir la presente controversia; porque fuera de contener el concepto unánime de las tres personas que actuaron en calidad de peritos avaluadores —los dos principales y el tercero— tiene como fundamentos hechos que resultan debidamente acreditados en el proceso, y factores ilustrativos que, tratándose del avalúo de fincas, son los ciertamente adecuados para precisar el valor en un momento dado: el factor referente a la ubicación de la finca en relación con las vías de comunicación y los centros de población, y la naturaleza y calidad de tales vías; el referente a la clase de tierras, su topografía y sus aguas; el referente a circunstancias de incidencia real y cierta sobre el mercado de finca raíz en un lugar y en un momento dados; el dato deducido de los precios fijados para otras transacciones de finca raíz de igual clase y ubicación celebrados en épocas coetáneas a aquella en que se llevó a cabo la que es materia de este pleito, y las circunstancias de incidencia sobre el mercado de esa clase de bienes, constituyen, en efecto, elementos de juicio de los que principalmente deben tenerse en consideración cuando del avalúo de bienes raíces se trata.

"Por lo demás, tales factores en relación con el inmueble objeto del avalúo, fueron debidamente establecidos mediante, principalmente, la diligencia de inspección ocular practicada por el Tribunal, con la prueba testimonial aducida en ella, y con las propias declaraciones del actor contenidas en las posiciones que absolvió".

Y para preferir en definitiva el dictamen de segunda instancia, advierte por último que los peritos del primer grado procesal "no establecieron el justiprecio de la finca para la época en que Guzmán la vendió a Nieto, que es la cuestión básica del litigio", ni sustentaron sus opiniones en la manera que encuentra el Tribunal adecuada para el dictamen que acoge.

LA ACUSACION

El libelo envuelve dos aspectos del mismo cargo por la causal primera de casación: I) "El Tribunal incurrió en error de derecho al darle valor de plena prueba al dictamen pericial producido en la segunda instancia... desechando, en cambio, el dictamen pericial producido en la primera instancia... con lo cual violó el artículo 1º del Decreto 243 de 1951; los artículos 121, 122, 123, 469, 593, 596, 597, 601, 705, 718, 721, 724, 730 del Código Judicial, lo que a su vez lo indujo a la violación de los artículos 1946, 1947, 1948, 1953 del Código Civil". II) "... incurrió en error evidente de hecho, que aparece de manifiesto en los autos, al hacer el estudio de las pruebas periciales practicadas en primera y en segunda instancia, con violación de los artículos 593, 596, 597, 601, 705, 718 y 721 del Código Judicial; 1º del Decreto 243 de 1951, lo que lo llevó a la violación de los artículos 1946, 1947, 1948, 1953 del Código Civil".

I. El invocado error de derecho consiste en considerar que el Tribunal lo hubo de cometer cuando admitió que en la diligencia de inspección ocular "los peritos dictaminaron sobre los puntos sometidos a su consideración", acerca de la calidad de las tierras, sus accidentes, capa vegetal, aguas, distancia al mercado, etc., y sobre el estado en que se encontraran a tiempo del contrato. Y observa además el recurrente que en la diligencia practicada por el Tribunal no intervino el Secretario de la corporación, sino un Secretario *ad hoc;* que los peritos, sin ceñirse a lo pedido por la parte solicitante de la prueba, tomaron la iniciativa en lo tocante a determinar la época a que el avalúo habría de referirse; y que la prueba por peritos no es admisible en segunda instancia, a virtud del Decreto 243 de 1951.

II. Cuanto al error de hecho, lo encuentra el recurrente en el entendimiento de que "la inspección ocular solamente fue el señuelo para conseguir la apertura a pruebas, porque lo que en realidad se pidió fue un dictamen pericial". Y de regreso lo involucra con error de derecho cuando alega que el Tribunal tomó en consideración "una prueba que no había sido decretada ni practicada legalmente".

Después agrega que "para completar su error, el Tribunal desechó la prueba pericial producida en primera instancia".

Y concluye así:

"Entonces, el error del Tribunal fue doble, pues por una parte desechó una prueba pericial legalmente producida, con la cual se demuestra evidentemente la lesión enorme sufrida por el vendedor; y por la otra, tuvo como precio del inmueble el fijado por los peritos que rindieron su concepto en segunda instancia, sobre una fecha que no es la del contrato, porque lo que les fue pedido fue el precio comercial en 1951, y no en 1953, y lo que los peritos conceptuaron fue el precio en 1953 y no en 1951, es decir: tuvo en cuenta una prueba no pedida, inexistente legalmente hablando, pues si la prueba no se pidió y se practicó, es como si no existiera, puesto que no es lo mismo pedir que se avalúe un inmueble en 1951 y avaluarlo por 1953, pues este último avalúo no está pedido".

SE CONSIDERA:

Por cuanto el artículo 724 del Código Judicial dispone que "la inspección ocular tiene por objeto el examen y reconocimiento que, para juzgar con más acierto, hace el Juez, acompañado de peritos o testigos, de cosas o hechos litigiosos relacionados con el debate", y que "este medio probatorio se ordena a solicitud oportuna de las partes, o de oficio para mejor proveer"; y puesto que no se discute ni es discutible que la inspección ocular es de recibo en segunda instancia, se sigue con claridad que si en el segundo grado del litigio se ha pedido, decretado y practicado esa prueba con acompañamiento de peritos y citación de la parte contraria, quien además hizo uso del derecho de objetar, el mérito legal del medio es valorable por el sentenciador, desde luego que ha ingresado al proceso en conformidad con el artículo 597 *ibídem*.

Comoquiera que la inspección ocular puede aun de oficio practicarse para mejor proveer, en nada inciden los otros reparos, especialmente en lo que atañe a la admisión del avalúo para el año de 1953, que es el de la escritura de venta; y como además el mérito de tal inspección con peritos queda sometido por las normas instrumentales a la discreción del juzgador para formar convencimiento en su fuero interno, no es censurable en casación la actitud del sentenciador que toma el dictamen de los peritos que lo acompañaron en la diligencia por él practicada, para preferirlo frente a otra peritación producida en primera instancia. Ello se encuentra dentro del marco de los poderes de apreciación que privativamente competen al Tribunal, salvo arbitrariedad manifiesta.

Tampoco arguye error de derecho la circunstancia de que en la práctica de la inspección ocular actuara un secretario *ad hoc*, cuando así está previsto y admitido por el artículo 123 del Código en referencia.

Ni de todo ello surge impugnación por yerro ostensible de hecho, en cuanto se ignorara la existencia del primer dictamen, pues el acto de preferir el segundo significa tarea comparativa como proceso estimatorio de los medios de convicción para sustentar el pronunciamiento. Contra el cual no aparece, entonces, ningún cargo demostrado en el recurso extraordinario.

RESOLUCION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 7 de abril de 1961 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

El abuso del derecho y la culpa. Presunción de culpa en actividades peligrosas. Necesidad social de indemnizar el daño. La edificación de varias plantas como actividad peligrosa. Quién debe responder de los daños causados por una construcción.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Mientras se conserve y prevalezca conforme a razón el criterio subjetivo de la responsabilidad, frente al puramente objetivo, el daño ha de ser imputable a culpa de su autor. Sólo que en salvaguarda de las víctimas se invierte a su favor la carga de la prueba cuando hay presunciones de culpa, cuya contraprobanza se dificulta progresivamente en la misma medida en que avanzan la ciencia, la técnica y la experiencia aplicadas a las industrias y a las artes, hasta el punto de que en la actualidad apenas habrá daño alguno causado por actividades peligrosas que pueda considerarse como perteneciente a la categoría de lo imprevisible.

2. Comúnmente sucede que de la edificación moderna en varias plantas se desprenden daños considerables para las vecinas construcciones preexistentes, de pasado más o menos remoto. Esa actividad socialmente útil, es, sin embargo, por su naturaleza peligrosa.

3. No es necesario probar el dominio del demandado sobre la construcción nueva causante del daño. Basta en derecho dirigir la acción indemnizatoria contra quien nominativamente ha recibido de la autoridad estatal competente el permiso indispensable para ejecutar la obra.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE CASACION CIVIL.—Bogotá, cinco (5) de abril de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez).

María Flórez viuda de Rivadeneira, Laura Flórez viuda de Rodríguez e Inés Flórez Quijano entablaron demanda ordinaria contra Alberto Escobar Rivera tendiente a obtener que se le declarara civilmente responsable de los daños sufridos por la casa 13-70 de la calle 65 de esta ciudad y se le condenase a indemnizarlos, a más del pago de las costas procesales.

Las afirmaciones de hecho se refirieron sustancialmente a que daños graves y desperfectos de aquella casa de propiedad de las actoras, como agrietamiento profundo de paredes divisorias de piezas, vencimiento de muros importantes, desprendimiento de techos y cornisas y otras averías, se debieron "única, directa y exclusivamente" a la construcción de un edificio de varios pisos, adelantado y terminado sobre el costado occidental "por cuenta y a costa del demandado señor Alberto Escobar Rivera".

Prosiguió el juicio contradictorio ante el Juez 8º Civil del Circuito de Bogotá, quien hizo el despacho favorable de las súplicas en pronunciamiento del 30 de octubre de 1959, a saber:

"1º Declárase que el demandado señor Alberto Escobar Rivera es civilmente responsable de los perjuicios sufridos por las demandantes señoras María Flórez viuda de Rivadeneira, Laura Flórez viuda de Rodríguez y la señorita Inés Flórez Quijano, a causa de los daños ocasionados en la casa número 13-70 de la calle 65 de esta ciudad, alinderada así: ...

"2º En consecuencia, condénase al demandado Alberto Escobar Rivera a pagar a las citadas demandantes, dentro del término de diez días contados a partir de la ejecutoria del presente

fallo, la suma de $ 7.000.00, en que fueron avaluados pericialmente los daños, y la suma de $ 300.00 por cada mes, contados desde el día 10 de febrero de 1958, fecha de la presentación de la demanda, en que fue avaluado pericialmente el canon mensual de arrendamiento de la casa de las demandantes.

"Costas a cargo de la parte demandada".

Con fecha 10 de abril de 1961 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó con "la adición de que la suma de trescientos pesos mensuales a que se condena al demandado debe ser pagada por cada mes contado desde el 10 de febrero de 1958, fecha de la presentación de la demanda, hasta que el pago total de los perjuicios por daño emergente y lucro cesante se efectúe".

LA SENTENCIA IMPUGNADA

En materia de responsabilidad extracontractual estudia el sentenciador la culpa del demandado, el daño padecido por el demandante y la relación de causa a efecto entre la culpa y el daño, como condiciones para la prosperidad de la acción indemnizatoria.

Cuanto a la culpa, la encuentra cobijada por la presunción del artículo 2356 del Código Civil para cuando se invoca el daño de un colindante por obras del vecino dentro de su propio terreno, y después de citas de jurisprudencia y doctrina, expone:

"En tratándose de obras privadas efectuadas en el terreno mismo del dueño y que afecten propiedades contiguas, estima la Sala que está justificada la presunción de culpa a que se refiere en la forma dicha el artículo 2356 del Código Civil, puesto que en la mayoría de los casos se trata de verdaderos abusos en el derecho de propiedad que conducirían a un enriquecimiento sin causa por parte del constructor, quien por ahorrarse gastos adicionales en la prudente verificación de la obra, expone sin razón, a los vecinos a las contingencias de su actividad. Ahora bien, como se trata de actividades técnicas y, dentro del gran avance que ha obtenido ella en los tiempos modernos, especialmente en lo tocante a ingeniería, arquitectura y demás ciencias y artes relacionadas con las matemáticas, hay siempre posibilidad de prever y prevenir las consecuencias perjudiciales que de la obra se puedan derivar; de manera que cuando se trata de trabajos de tal naturaleza, los daños por ellos producidos se deben presumir causados por una falta *in agendo* o *in abstinendo* imputable a la persona por cuya cuenta la obra se efectúa.

"Es decir, para el presente caso se admite la presunción de culpa, no el riesgo creado ni la presunción de responsabilidad".

El daño lo encuentra establecido con testimonios corroborados por inspección ocular en el inmueble; su estimación en dinero, por dictamen pericial que señala en $ 7.000 el daño emergente y en $ 300 mensuales el lucro cesante; y por cuanto hace a la relación de causalidad entre el hecho dañoso y el perjuicio, el Tribunal la halla demostrada con el dictamen pericial, que atribuye el resultado al desquiciamiento del cimiento a consecuencia de la obra vecina y al asentamiento del edificio de cuatro plantas, que dejó el muro occidental de la casa de las demandantes sin suficiente soporte.

Y ve probada la legitimación activa por el título de propiedad de las demandantes, y la pasiva "con las licencias concedidas al demandado por el Distrito Especial de Bogotá, para iniciar y adelantar la obra que causó el daño".

LA IMPUGNACION

Viene apoyada en la causal 1ª por cargo que contempla tres aspectos:

I. Violación indirecta de los artículos 2347, 2352, 2356 y 1757 del Código Civil.

Estima el recurrente que el Tribunal consideró la voluntad abstracta de la ley en forma más amplia de lo que realmente es en los términos del artículo 2356, al hallar aplicable la norma sobre presunción de culpa a las obras efectuadas por el vecino dentro de su propio terreno, "puesto que —según el sentenciador— en la mayoría de los casos se trata de verdaderos abusos en el derecho de propiedad que conduciría a un enriquecimiento sin causa por parte del constructor". Y agrega el libelo:

"El honorable Tribunal prescindió de los elementos que estructura la presunción que aplica, cuando ha debido reconocerlo en la sentencia, es decir, que la culpa del demandado no se hallaba acreditada, para dar oportunidad a la vigencia del artículo 1757 del mismo Código, normas que se desobedecieron e hizo incurrir a la sentencia en la infracción indirecta, por cuya causa la acuso".

II. Aplicación indebida de ley sustantiva por considerar el sentenciador la teoría del abuso del derecho como una especie particular de la

culpa aquiliana, a pesar de que el citado artículo 2356 del Código Civil "no trae consigo la responsabilidad por el ejercicio del derecho de propiedad como pretende el sentenciador sino como dice la honorable Corte Suprema de Justicia, 'los elementos propios y conocidos de esta relación, que deben probarse en el juicio independientemente son: un perjuicio, una culpa, y una relación de causalidad'.". Y termina así:

"Por tanto la violación de la ley sustantiva por aplicación indebida, se demuestra por los hechos ausentes que indicarían la malicia o negligencia y la actividad peligrosa como consecuencia".

III. Violación de ley sustantiva "como resultado de errores de hecho y de derecho en la apreciación de determinadas pruebas".

Se refiere al paso en que la sentencia halla probada la legitimación pasiva en causa con las licencias concedidas al demandado por el Distrito para iniciar y adelantar la obra que causó el daño. Expone al respecto:

"El hecho de darle a las licencias concedidas al demandado por el Distrito Especial de Bogotá, para iniciar y adelantar la obra que se afirma causó el daño, no constituye autorización en buena lógica para sacar la conclusión desorbitada del Tribunal, al afirmar que mi representado es propietario del inmueble y por tanto 'ningún incidente tiene sobre la legitimación en causa pasiva y personería sustantiva de la parte demandada'.

"A pesar de su presencia clara, manifiesta, patente e indudable, el fallador dejó de apreciar la prueba visible al folio 1º del cuaderno número 3, con el cual documento se venía a demostrar que no era Alberto Escobar Rivera el sujeto de la acción. Dice tal documento que Guillermo Ferrero, Miguel González y Alberto Escobar R. se constituyeron en sociedad de hecho con el objeto de explotar todo lo relacionado con el ramo de construcciones, la venta y permuta de éstas ya construídas. Y el edificio por cuya construcción se dice ha causado el daño, se levantó precisamente en desarrollo del contrato contenido en el documento firmado el día 10 de abril de 1956, por el que se pagó el impuesto correspondiente el día mismo de su expedición".

SE CONSIDERA:

1. La concepción técnica del abuso del derecho se mueve dentro de la idea de culpa de quien lo ejerce como titular. Así, apenas forma capítulo en el marco de la responsabilidad aquiliana.

Pero como frente a este criterio, los principios que colocan los derechos subjetivos en función de coexistencia social no pueden sustraerlos del concepto de relatividad, el abuso es entonces mirado como desviación del derecho, que envuelve el deber de indemnizar el daño por el nexo de causa a efecto, abstracción hecha de la idea de culpa. En esta forma el abuso del derecho adquiere carácter autónomo.

2. Con todo, mientras se conserve y prevalezca conforme a razón el criterio subjetivo de la responsabilidad, frente al puramente objetivo, el daño ha de ser imputable a culpa de su autor. Sólo que en salvaguarda de las víctimas se invierte a su favor la carga de la prueba cuando hay presunciones de culpa, cuya contraprobanza se dificulta progresivamente en la misma medida en que avanzan la ciencia, la técnica y la experiencia aplicadas a las industrias y a las artes, hasta el punto de que en la actualidad apenas habrá daño alguno causado por actividades peligrosas que pueda considerarse como perteneciente a la categoría de lo imprevisible.

Y como es fundamento de la culpa la capacidad de prever, surge la necesidad social de indemnizar el daño que arranca de actividades útiles y aun plausibles que llevan envueltas consecuencias nocivas previsibles, aunque no siempre evitables por los procedimientos usuales. Son riesgos cuya previsibilidad exige del empresario reserva financiera adecuada, en función indemnizatoria que restablezca el equilibrio para beneficio general.

3. Comúnmente sucede que de la edificación moderna en varias plantas se desprenden daños considerables para las vecinas construcciones preexistentes, de pasado más o menos remoto. Esa actividad socialmente útil, es sin embargo por su naturaleza peligrosa: la comprobación del daño por lo común esclarece también su causa eficiente, y la culpa del autor de la nueva obra se presume en conformidad con el artículo 2356 del Código Civil, como para toda persona que se ocupe en una actividad peligrosa. De donde, salvo prueba de culpa exclusiva de la víctima, de intervención de elemento extraño, o de fuerza mayor, surgen las condiciones de la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual o aquiliana, en que el sujeto al pago de la indemnización ha de ser, ante todo, el autor directo del daño.

No es por consiguiente necesario probar el dominio del demandado sobre la construcción nueva causante del daño. Basta en derecho di-

rigir la acción contra quien nominativamente ha recibido de autoridad estatal competente el permiso indispensable para ejecutar la obra. El saber si es o no dueño, o si está o no en relación con otras personas, por sociedad de hecho, comunidad o cualquiera otra causa, es punto al margen de la controversia, principalmente cuando se conoce el responsable directo del perjuicio.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 10 de abril de 1961 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

No aparecen costas causadas en casación.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

ESTIMACION DE LA CUANTIA DE UN JUICIO

Se decide un recurso de hecho referido a la procedencia o improcedencia del de casación. En qué momento debe ubicarse la estimación de la cuantía de un pleito. Importancia del valor fijado por el actor en su demanda inicial.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Así como con arreglo al artículo 1947, sobre lesión enorme, "el justo precio se refiere al tiempo del contrato", así también la cuantía real del pleito se mide por la que tuviera en el momento de nacer la relación jurídico procesal. En ninguna de las dos hipótesis pueden influír las tendencias ulteriores del mercado, bien sea que se concreten en alza o en baja de las cotizaciones.

2. La estimación de la cuantía hecha por el demandante en su libelo y no discutida por el demandado, aunque tenga por fin principal determinar competencia en los grados procesales, constituye, además, poderoso elemento de juicio para decidir si el valor controvertido permite o no conceder el recurso de casación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE CASACION CIVIL.—Bogotá, veinticinco (25) de abril de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez).

El apoderado del demandante en el juicio ordinario de José Daniel Pancholo contra Luis Ordóñez Díaz recurre de hecho contra el auto de 20 de febrero de 1962, en que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto denegó el avalúo que aquél solicitara de la cuantía real de la demanda, y denegatorio también del recurso de casación contra la sentencia de 19 de enero inmediatamente anterior, que puso término al juicio en segunda instancia.

Consideró el Tribunal que en el caso concreto no hay verdadero motivo de duda sobre la cuantía, porque en la demanda inicial fue determinada por el actor en $ 9.000; porque los bienes sobre que versa fueron adquiridos en 27 de enero de 1959 por $ 2.500; y porque planteada como fue la acción rescisoria por lesión enorme, "se practicó un avalúo dentro del término de prueba, en el cual los peritos avaluaron los bienes en la suma de $ 6.000, encontrándose en esa diligencia la siguiente constancia: 'que la anterior apreciación de los señores peritos está ajustada a la realidad de las cosas, tal como lo pudo apreciar el Juzgado al hacer el recorrido de los inmuebles mencionados'."

Y al abstenerse de reponer su proveído, esfuerza la motivación con referencia al avalúo solicitado por el demandante dentro del juicio, de que resultó la estimación de $ 5.000 para el inmueble de *El Rosal,* y de $ 1.000 para la casa en el pueblo de *El Tambo,* esto es $ 6.000 por lo que respecta tanto a la acción rescisoria como a la de simulación contempladas en el libelo.

El recurrente alega en síntesis: 1) Que el precio de los bienes vinculados al litigio no es invariable sino sujeto a fluctuaciones, con tendencia a subir en los tres años transcurridos desde la fecha de la demanda; 2) Que el precio fijado en la escritura de compra no puede estimarse como el valor comercial de los bienes, puesto que la acción rescisoria por lesión enorme se dirige a demostrar que ese precio fue injusto; 3) Que el avalúo de la casa de *El Tambo* no se había solicitado, por ser innecesario para la acción de simulación ejercitada en su respecto; 4) Que el testimonio del Juez acerca de que la apreciación de los peritos está ajustada a la realidad de las cosas, no podía referirse jamás al avalúo sino a la observación de los hechos ma-

teriales; y 5) Que tanto el Tribunal como los peritos han confundido la casa existente en el terreno de *El Rosal* con la casa de la población de *El Tambo,* puesto que el actual recurrente, como apoderado del actor hizo dentro del juicio la solicitud de avalúo y señaló en el temario para los peritos el punto de esclarecer si en el terreno de *El Rosal* existía una casa de bahareque, con ciertas dimensiones, número de piezas, etc., y cuál su precio en 27 de enero de 1959, mientras que para la casa de *El Tambo* pidió su identificación, mas no el avalúo, y "los peritos no tenían por qué avaluarla". De lo cual desprende que los expertos se excedieron en sus funciones; que la prueba no pedida no obliga a ninguna de las partes, y que, por tratarse del recurso de casación, el valor real de los bienes es el que tienen en la fecha en que se interpone, y no el correspondiente al día del contrato, que es el decisivo para el éxito o fracaso de la acción rescisoria por lesión enorme.

SE CONSIDERA:

Así como con arreglo al artículo 1947 del Código Civil "el justo precio se refiere al tiempo del contrato", la cuantía real del pleito se mide por la que tuviera en el momento de nacer la relación jurídico-procesal. En ninguna de las dos hipótesis pueden influír las tendencias ulteriores del mercado, bien sea que se concreten en alza o en baja de las cotizaciones.

De esa suerte la estimación de la cuantía hecha por el demandante en su libelo y no discutida por el demandado, aunque tenga por fin principal determinar competencia en los grados procesales, constituye además poderoso elemento de juicio para decidir si el valor controvertido permite o no conceder el recurso extraordinario. Esa medida, que surge del acuerdo expreso o tácito de las partes al iniciarse la litis, por regla general marca pauta al respecto, pues sólo cuando en el ánimo del sentenciador, que no en el de los litigantes, se presenta verdadero motivo de duda, hay lugar que designe peritos para que dictaminen sobre la cuantía de la demanda. Ello, porque al prever y regular esa situación dubitativa, el artículo 524 del Código Judicial concede implícitamente, pero con claridad, poderes discrecionales al sentenciador para desatarla en definitiva, salvo arbitrariedad demostrada.

Si, pues, en el caso presente la cuantía de la demanda se estimó en $ 9.000 y sobrevino la aquiescencia del demandado; si dentro del juicio todo el inmueble de *El Rosal* y la casa de *El Tambo* se avaluaron en suma de $ 6.000, y a tales bienes están referidas las dos acciones de la demanda inicial; y si en la conciencia del Tribunal Superior de Pasto se formó por motivos extraídos del proceso la convición de que el valor del pleito no excede de $ 10.000, en vez de arbitrariedad se revela ponderación suficiente en el ejercicio de aquellas facultades discrecionales, sin desvío que hiciera deleznable la providencia recurrida.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte declara bien denegado el recurso de casación en referencia, y dispone que se trasmita al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto copia del presente proveído para que obre en los respectivos autos.

Notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial,* cúmplase y archívese.

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

FILIACION NATURAL

Representación de los incapaces. Oposición de intereses. Acumulación de acciones de filiación natural y petición de herencia. Ejercicio de la acción de filiación después de la muerte del presunto padre. Argumentos. Registro de la declaración judicial.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Puede no coincidir la capacidad de derechos con la capacidad de ejercicio, o sea la capacidad sustancial con la capacidad procesal. En este caso aparece la figura de la representación que se da a las personas que no tienen por sí el ejercicio de sus derechos, como el de comparecer en juicio, si no están representadas, asistidas o autorizadas, según las normas que protegen su incapacidad.

2. No porque el representante legal actúe en esa calidad en un juicio universal en que tenga intereses, está impedido para ejercitar la representación; es necesario que surja el interés opuesto capaz de determinar que la representación llegue a perjudicar al menor.

3. Son acumulables la acción de filiación natural cuando procede y la de petición de herencia, no sólo por razón legal, sino por economía procesal.

4. El título de heredero es base de la acción de petición de herencia, y cuestión principal de ella la determinación de esa calidad que, reconocida, legitima al heredero para el ejercicio de los derechos patrimoniales que le corresponden en tal carácter. En cuanto tiende al reconocimiento de la calidad de heredero y en cuanto busca la restitución de los bienes hasta concurrencia de su respectiva cuota o, en fin, de los que posea el sucesor aparente, dicha acción tiene el carácter de mixta.

5. Por modo tal van enlazadas las acciones de reconocimiento de la condición hereditaria y la de petición de herencia que, si teóricamente puede entenderse su separación, susceptible de concretarse en juicios distintos y sucesivos, en el orden práctico se siguen en uno solo por autorización del artículo 209 del Código de Procedimiento Civil y por razón de economía procesal.

6. La acción de filiación natural sólo está subordinada a la existencia de los hechos que la hacen procedente, como son los enumerados en el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, únicos que autorizan la declaración judicial de paternidad natural; hechos, por otra parte, de tal naturaleza, que llevan implícita la preexistencia de la paternidad natural y que determinan que acción y sentencia en tales casos sean declarativas, pues en verdad, aquélla pide y ésta declara el reconocimiento de una relación ya existente, y, hechos, por fin, que no destruye ni desnaturaliza la muerte del padre, pues, al contrario, son fuentes de consecuencias jurídicas inevitables.

7. Dentro de las distintas posibilidades de establecer la relación paterno-filial extramatrimonial está la del reconocimiento hecho por el padre en carta o en otro escrito cualquiera que contenga la confesión de paternidad. En razón de los principios generales sobre pruebas, las que tienen ese carácter contra el causante lo tienen contra sus herederos; no hay un sistema probatorio especial que pueda servir frente a aquél y no frente a quienes perpetúan su personalidad en el tiempo; y es en el caso propuesto, cuando de manera más acentuada se vería lo extraño de una lógica que aceptase la paternidad del autor del reconocimiento y que le

niegue su valor si ha muerto y la prueba se presenta por el hijo después de la muerte del padre.

8. La declaración de paternidad hecha por sentencia obliga al Juez a ordenar la inscripción de ella, como consecuencia del reconocimiento del estado civil. (Art. 10 Ley 92 de 1938; art. 33 Decreto 1003 de 1939).

9. El numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, consagra como presunción de paternidad no sólo aquellas relaciones sexuales que constituyen concubinato, sino también aquellas que, sin esta característica, son estables y notorias.

10. En principio, la valoración de pruebas es función de los Jueces de grado. Para que la Corte pueda entrar en el estudio de ellas es preciso que actúe como Tribunal de instancia, lo cual supone la prosperidad de la acusación. Mientras eso no suceda, es intocable la apreciación efectuada por el fallador y permanece en pie su criterio, aunque la Corte no participe de él. Depende esto de la naturaleza del recurso de casación, exento de las características de la instancia y constituído como medio extraordinario, más en defensa de la ley que como solución del conflicto de intereses que el proceso recoge; lo cual explica la autonomía del fallador de instancia en esa materia, mientras el error de hecho manifiesto o de derecho no se demuestren en casación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE CASACION CIVIL.—Bogotá, veintiocho de abril de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Enrique Coral Velasco).

Por demanda de 14 de febrero de 1949, Tirso Enrique Patiño demandó por los trámites de juicio ordinario a la sucesión testada del señor Luis Felipe Santodomingo, y "en consecuencia a sus herederos señores Ernestina García viuda de Santodomingo, Luis Alberto, Arturo y Felipe Santodomingo a quienes señalo como demandados en su condición de herederos testamentarios judicialmente reconocidos en testamento cerrado, abierto en el Juzgado Tercero del Circuito Civil de esta ciudad. Los dos primeros están representados en la sucesión testada del señor Santodomingo, por el doctor Santiago Zúñiga B., y los dos últimos por su curador, el doctor Adalberto Reyes Oliveros".

Las peticiones de esta demanda, en síntesis, se concretan a solicitar que la sentencia que defina el litigio reconozca a Tirso E. Patiño Santodomingo como hijo natural de Luis Felipe Santodomingo, con derecho a concurrir con los demandados en la sucesión testada de éste y en la secuela del respectivo juicio de sucesión, entonces en trámite; que se reforme el testamento otorgado por el causante con objeto de que al demandante le sean reconocidos en la sucesión los derechos que la ley le concede como legitimario; que mientras esté pendiente "esta litis de filiación natural no podrá llevarse a cabo partición de bienes, no pudiendo por consecuencia el señor Juez dictar la *sentencia de aprobación de la partición* porque violaría la ley sustantiva y de procedimiento, por tratarse de una acción perjudicial y no de una acción previa"; y que se condene al pago de costas a los demandados.

Posteriormente, el 24 de febrero de 1950 se aclaró, corrigió y enmendó la demanda, para señalar como demandados a doña Ernestina García viuda de Santodomingo, "en su propio nombre por ser heredera testamentaria del señor Luis Felipe Santodomingo, y además, como representante legal de sus menores hijos legítimos Arturo y Felipe Santodomingo —a quienes también demando—, y a don Luis Alberto Santodomingo, en su propio nombre, mayor de edad, también domiciliado en esta ciudad..."

Son peticiones de la corrección de la demanda, las siguientes:

"a) Que en virtud de las circunstancias afirmadas en los hechos pertinentes de esta demanda, mi poderdante Tirso Enrique Patiño Santodomingo, es hijo natural del señor Luis Felipe Santodomingo, ya fallecido;

"b) Que por el Notario que usted designe, de este Circuito de Barranquilla, se tome razón en el Libro de Registro del Estado Civil de las personas, de la anterior declaración;

"c) Que en consecuencia, el demandante tiene la calidad de legitimario de su padre natural Luis Felipe Santodomingo, con vocación para concurrir como heredero en una cuota equivalente a la mitad de lo que le corresponde a uno de los hijos legítimos, según lo previsto en el artículo 18 de la Ley 45 de 1936;

"ch) Que en virtud de lo dicho y por estar toda la herencia de Luis Felipe Santodomingo (excepción hecha de los bienes adjudicados a la

cónyuge supérstite a título de gananciales o de porción conyugal), ocupada por los demandados en calidad de herederos testamentarios suyos, se adjudique al demandante Tirso Enrique Patiño Santodomingo, la cuota hereditaria, sobre esos bienes, equivalente a la mitad de lo que correspondió a uno de los hijos legítimos, a virtud de la sentencia aprobatoria de la partición y adjudicación de bienes, consumadas dentro del juicio de sucesión testada del de cujus, el cual cursó en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Barranquilla y cuyo expediente está protocolizado por escritura número 1º de fecha dos (2) de enero de 1950, otorgada en la Notaría 3ª de esta misma ciudad;

"d) Que se declare sin valor legal alguno, o inoponible al demandante, la liquidación y distribución de los efectos hereditarios a los herederos demandados, y la sentencia aprobatoria de ese acto en lo pertinente; y se ordene las cancelaciones de las inscripciones pertinentes hechas a favor de los demandados, en las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de los Circuitos de Barranquilla y Bogotá, y se disponga hacer las inscripciones del caso en esas mismas oficinas a favor del demandante;

"e) Que, como consecuencia de todo lo anterior, se condene a los demandados a restituír al demandante, hasta concurrencia de la referida cuota herencial que a éste corresponde por ministerio de la ley, las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales, singularizadas en los hechos pertinentes de esta demanda, que los demandados indebidamente ocupan, junto con los correspondientes frutos y el abono de mejoras a que hubiere lugar, y todo ello en proporción a la cuota herencial que le cupo a cada uno de los demandados herederos dentro del juicio de sucesión de que se viene hablando, o en su defecto, en proporción, a las cuotas asignadas a los dos hijos legítimos ya mencionados, a título de legítima rigurosa, y a la cuota asignada al hijo natural señor Luis Alberto Santodomingo, como legitimario;

"f) Que si los demandados se opusieren a las pretensiones de mi poderdante, se les condene al pago de las costas del juicio.

"En subsidio de las peticiones c), ch), d) y e), suplico:

"g) Que por haber sido el demandante preterido por el de cujus en su testamento cerrado del 6 de abril de 1945, otorgado ante el Notario Primero de este Circuito, debe entenderse como instituído heredero en su legítima, a título de hijo natural;

"h) Que por consiguiente, el aludido testamento debe ser reformado, y así se ordene, a favor del demandante, en el sentido de reconocerle su legítima rigurosa equivalente a la mitad de la legítima rigurosa de uno cualquiera de los dos únicos hijos legítimos demandados, con quienes concurre mi poderdante;

"i) Que en tal virtud, se proceda a adjudicar a mi poderdante los bienes herenciales individualizados en los hechos pertinentes de esta demanda, en la proporción que de acuerdo con el testamento reformado cupiere al demandante, y a prorrata de las adjudicaciones hechas a cada uno de los demandados, o en su defecto, a prorrata de las adjudicaciones hechas a cada uno de los dos hijos legítimos demandados y también del hijo natural demandado, de su legítima rigurosa, dentro del juicio de sucesión testada de Luis Felipe Santodomingo, al cual he venido refiriéndome, dejando, por consiguiente, sin valor legal alguno, los actos de liquidación y distribución de los efectos hereditarios y la sentencia aprobatoria de los mismos;

"j) Que como consecuencia de todo lo anterior, se condene a los demandados a restituír al demandante la parte de los bienes herenciales que tienen en su poder y que le cupo a mi poderdante en la reforma del testamento, junto con los frutos respectivos y las mejoras habidas".

El 4 de marzo de 1952, el Juez del conocimiento pronunció sentencia de mérito, en los siguientes términos:

"*Primero.* Declárase que el señor Tirso Enrique Patiño Santodomingo es hijo natural del finado don Luis Felipe Santodomingo;

"*Segundo.* De la anterior declaración de paternidad natural se tomará nota en el Libro de Registro del Estado Civil de las personas, que se lleva en la Notaría Tercera de esta ciudad, a fin de que se haga el registro respectivo;

"*Tercero.* Tiénese al señor Tirso Enrique Patiño como heredero del difunto don Luis Felipe Santodomingo, en su condición de legitimario, como hijo natural, y, en consecuencia, con vocación hereditaria sobre los bienes de la sucesión de don Luis Felipe Santodomingo en una cuota equivalente a la mitad de lo que le ha correspondido a un hijo legítimo, de acuerdo con la ley;

"*Cuarto.* Condénase a los demandados, menores Arturo y Felipe Santodomingo García, representados por su madre, doña Ernestina Gar-

cía viuda de Santodomingo, y al señor Luis Alberto Santodomingo, herederos testamentarios, a restituírle al demandante señor Tirso Enrique Patiño Santodomingo, hasta concurrencia de su cuota herencial, los bienes hereditarios tanto corporales como incorporales, junto con los frutos y mejoras a que hubiere lugar, todo a prorrata de sus cuotas respectivas;

"*Quinto*. Decláranse nulos o sin valor los actos de distribución y liquidación de los bienes pertenecientes a la sucesión del finado Luis Felipe Santodomingo, cuyo juicio de sucesión fue abierto en este Juzgado, habiéndose protocolizado el proceso en la Notaría Tercera de este Circuito, por escritura número uno (1) de dos (2) de enero de mil novecientos cincuenta (1950). Asímismo se ordena cancelar los registros e inscripciones que se hubieren hecho a favor de los demandados, a fin de que se le restituya al demandante los bienes hereditarios en una cuota equivalente a la mitad de lo que le hubiere correspondido a un hijo legítimo a prorrata de las respectivas adjudicaciones hechas a los demandados, junto con los frutos y abono de mejoras".

De la apelación interpuesta por las partes conoció el Tribunal, y el 4 de marzo de 1959, profirió sentencia confirmatoria.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El planteamiento del problema debatido lo hizo el Tribunal en los siguientes términos:

"Se ventila en estos autos, y como acción principal, una cuestión relativa al estado civil del demandante, como quiera que se solicita a favor del mismo que la justicia le reconozca su condición de hijo natural del finado Luis Felipe Santodomingo, junto con los derechos consiguientes a la vocación herencial en la sucesión de dicho causante, ya que, como súplica también principal, aunque consecuencialmente de la primera, se ejercita la acción de petición de herencia, que, como es sabido, es lo que corresponde al heredero que ve su porción o cuota hereditaria ocupada por otra persona en la condición misma de heredero".

Como dentro del juicio se discutiera la improcedencia de la acumulación de acciones a que el aparte anterior se refiere, o sea, la de filiación natural, la de petición de herencia y la de reforma del testamento, el Tribunal, para rebatir ese planteamiento, dijo lo siguiente:

"... en sentir del Tribunal, el Juzgado del conocimiento era el competente para conocer de esas acciones ventiladas en una misma cuerda, por las siguientes razones:

"a) Porque las acciones sobre estado civil se adelantan, o deben adelantarse, mediante procedimiento ordinario de mayor cuantía, según mandato del artículo 736 del Código Judicial, en armonía con el 109, ordinal 1º de la misma obra.

"b) Porque la acción de petición de herencia debe ventilarse mediante el mismo trámite ordinario indicado para seguir las de filiación o estado civil de las personas.

"c) Porque lejos de ser incompatibles o de neutralizarse estas dos acciones, son claramente consecuenciales e íntimamente relacionadas entre sí, ya que la una depende en su prosperidad de la otra, que debe ser su obligado antecedente.

"Pero aún es más, como la Ley 45 de 1936 reconoce vocación hereditaria a los hijos naturales, la lógica procedimental indica que si el hijo no ha sido reconocido puede intentar la declaratoria judicial de esta filiación, y en el mismo juicio lograr el reconocimiento de sus derechos hereditarios, como ya lo tiene reiteradamente establecido nuestra jurisprudencia".

Estudia el fallador de instancia si la acción de filiación es procedente después de muerto el presunto padre natural, y al respecto dice:

"La aludida acción sobre estado civil del demandante se ha instaurado, indudablemente, después de fallecida la persona que se señala como presunto padre del actor. Así ha quedado demostrado este hecho con la respectiva partida de defunción que obra en los autos y con la aceptación expresa de las partes en litigio. Esta cuestión de hecho había determinado hace algunos años en la doctrina de la honorable Corte Suprema de Justicia la restricción de la acción, 'consistente en establecer que las acciones de reconocimiento de la paternidad no se pueden promover después de muerto el padre, ni siquiera contra los herederos de éste'. Pero dicha doctrina fue totalmente revaluada en providencia de primero (1º) de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco (1945), en la cual se aceptó por primera vez la acción consiguiente sobre filiación natural aun después de haber fallecido el presunto padre, restringiéndola únicamente en cuanto a sus efectos en materia de cosa juzgada, doctrina esta que desde aquella fecha ha venido siendo sostenida en múltiples fallos por la honorable Corte Suprema de Justicia".

Con respaldo en varias sentencias de la Corte, condensa el Tribunal su criterio, en estos términos:

"En consecuencia, iniciada la presente litis sobre filiación fallecido ya el señor Luis Felipe Santodomingo, bien pudo dirigirse la acción correspondiente consagrada por la ley contra los herederos de aquél, como representantes que son de aquella extinta personalidad jurídica. Si la muerte del padre acabara con la acción que el hijo tiene para pedir que se le reconozca judicialmente su estado, se estaría en presencia de una injusticia consistente en la negación de todos los derechos que la filiación natural comporta, especialmente en el caso de los hijos nacidos con posterioridad a la muerte del presunto padre natural o de aquellos que en vida de éste no sentían la urgencia y necesidad de ese reconocimiento por la vía judicial. Precisamente en la generalidad de los casos, con la muerte del presunto padre natural, es cuando el hijo experimenta la falta del auxilio efectivo de sus progenitores; y sería cuando menos injusto negarle el derecho a que se le reconozca su estado que le reporta necesariamente consecuencias patrimoniales..."

Como se sostuviera por la parte demandada que el régimen probatorio consagrado por la Ley 45 de 1936, no es aplicable al caso controvertido, porque el estado civil de hijo natural sólo podía constituírse en armonía con la antigua legislación, vigente a la época del nacimiento del demandante, la sentencia expresa lo siguiente:

"En lo tocante a este punto, considera el Tribunal que, para los efectos de la declaración judicial de paternidad natural, el régimen probatorio consagrado en el artículo 4º de la Ley 45 de 1936 tiene plena aplicación para demostrar los hechos sucedidos con anterioridad a su vigencia, pues, cuando un estatuto legal faculta o autoriza la creación de un derecho podrá ser invocado por todos sin violar el principio de la irretroactividad. Este criterio debe serle aplicable a la Ley 45 de 1936, por cuanto ella no hizo otra cosa que permitir la investigación de la paternidad que estaba prohibida antes de su vigencia. En efecto, antes de expedirse dicho nuevo texto legal no puede decirse que existiera ningún medio de prueba para establecer judicialmente la paternidad, puesto que únicamente se admitía el reconocimiento voluntario, cuestiones estas totalmente distintas. Por cosiguiente, nada tienen que ver el reconocimiento voluntario que aceptaba la ley anteriormente y aquellos medios de pruebas admisibles en el juicio de investigación de la paternidad natural que por primera vez consagrara la precitada Ley 45 de 1936. Y siendo ello así, no ve el Tribunal cómo se pueda hablar de violación de derechos adquiridos cuando la sentencia sólo tiene un carácter meramente declarativo de la filiación, ya que ésta tiene su origen en la concepción, siendo la sentencia o el reconocimiento simples de probar aquélla".

El Tribunal tiene como probado que entre Luis Felipe Santodomingo y Carmelina Patiño existieron relaciones sexuales notorias y estables y sobre tal situación, que diferencia del concubinato, diserta:

"...se ha dicho con razón que no es preciso que las relaciones sexuales constituyan un concubinato en el sentido estricto del vocablo, ni un amancebamiento, ni siquiera una vida igual a la marital. De consiguiente, ocasiones habrá en que las relaciones sexuales revelen un estado general en las mismas de tal naturaleza que puedan llegar a configurar el concubinato, el amancebamiento o la vida marital; pero en otras pueden carecer de tales configuraciones, y no por este motivo dichas relaciones sexuales dejan de estar comprendidas dentro de las condiciones generales de unión sexual estable y notoria requerida por la ley para la declaratoria de paternidad natural. Pero si la ley no requiere precisamente la existencia del concubinato público en el sentido restringido y jurídico de dicho vocablo, al exigir aquellas ciertas condiciones de notoriedad y estabilidad en las relaciones sexuales de los presuntos padres, según lo tiene ya sentado nuestra jurisprudencia, prácticamente se define allí lo que generalmente se entiende por concubinato en el sentido amplio de la expresión, considerándose por tal aquellas uniones sexuales que alcanzan cierto grado de publicidad en el ambiente social donde se desarrollan, aun sin existir comunidad de habitación entre los amantes. En efecto, nuestro estatuto jurídico sobre filiación natural no permite que la paternidad natural pueda llegar a demostrarse con pruebas de uniones sexuales más o menos permanentes, pero ocultas en el sentido de que quienes las sostienen no las han descubierto voluntariamente ante el círculo o medio social donde han vivido...

"El concepto de notoriedad, por la circunstancia especial de no haber sido definido ni precisado por la ley, resulta ser noción indeterminada y relativa por naturaleza. Por consiguiente, para su acertada calificación el Juez debe gozar de cierto grado de libertad de apreciación lógica de aquellos elementos probatorios allegados al proceso por los medios legales y de donde habrá

de deducir su íntima convición al respecto, teniendo especialmente en cuenta las modalidades circunstanciales de cada caso concreto, según la diferente posición social de los amantes, sus condiciones personales y las del medio social que los rodea. De ahí que dicho concepto debe interpretarse en el sentido de que las relaciones sexuales deban ser comúnmente conocidas en el lugar donde residan los amantes, dentro del círculo normal y habitual de sus relacionados, sin que sea dado sacar de esta zona de información aquellos elementos que deban llevar al conocimiento del juzgador el concepto de notoriedad requerido por la ley.

"..... .....

"Además de la notoriedad a que se ha hecho mención, cuya existencia debe deducirla el juzgador dentro del círculo social donde se desarrollan los hechos que la constituyen, la ley exige que las relaciones sexuales generadoras de la presunción legal de paternidad sean estables, por oposición conceptual a las efímeras o pasajeras, esto es, que deben haber existido en el tiempo, con la notoriedad antes requerida, por lo menos todo el período legal en que la concepción se presume para que pueda emanar de ellas la acción de investigación de la paternidad y la correspondiente declaración judicial de la misma basada por analogía en la presunción establecida por el artículo 214 del Código Civil. De ahí que nuestra jurisprudencia haya entendido que la estabilidad requerida por la ley no deba ser interpretada en el sentido de que las relaciones sexuales debieron ser de absoluta permanencia, sino que tal expresión debe limitarse a los términos precisos en que según el artículo 92 del Código Civil deba presumirse la concepción..."

"Ahora bien, para establecer la causal prevista en el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, el actor adujo al juicio en forma legal los testimonios de Manuela Rodríguez de Freyle, Enrique Morales González, María Luisa Roca Badillo, Idalides Bossio de la Hoz, Ana María Rodríguez S., Lázaro Patiño, Campo Elías Arenas y Carmelina Patiño. Con respecto a las demás declaraciones que obran en los autos, unas no fueron oportunamente ratificadas, por cuya razón carecen de valor probatorio en el caso sub-lite, y las otras sólo hacen referencia a la segunda causal alegada por la parte demandante para obtener la declaratoria judicial de paternidad, o sea la relativa a la posesión notoria del estado de hijo natural. De ahí que la Sala se limite por ahora al estudio de aquellos testimonios a que se ha hecho referencia, dejando el análisis de los demás para su debida oportunidad".

Estudia el fallador cada una de las declaraciones rendidas por los testigos citados, hace la crítica respectiva, les atribuye o les niega valor probatorio, para concluír:

"Pero no obstante lo anterior, del conjunto de elementos probatorios que han sido relacionados, en concepto de la Sala, se llega al convencimiento de que evidentemente entre Luis Felipe Santodomingo y Carmelina Patiño existieron relaciones sexuales estables y notorias desde el mes de septiembre de 1917 hasta el final de 1918 o principios de 1919. Tal aseveración la deduce el Tribunal del conjunto de testimonios analizados, al menos de los correspondientes a Enriqueta Morales, Manuela Rodríguez de Freyle y Campo Elías Arenas, quienes de manera unánime concuerdan en ese hecho, así como en sus circunstancias de modo, tiempo y lugar. En efecto, a dichos declarantes les consta, por razones de vecindad, que durante el período antes expresado Santodomingo estuvo haciendo vida marital, aunque sin comunidad de habitación, con Carmelina Patiño en casa de María Roca, la cual se encontraba ubicada en la calle Medellín, entre carreras 20 de Julio y Cuartel, hecho éste que por su duración demuestra la estabilidad de las mismas. Y en cuanto a la notoriedad de dichas relaciones sexuales, los expresados declarantes revelan cada uno de ellos distintos hechos positivos y concretos que ponen indudablemente de manifiesto que aquellas no fueron secretas u ocultas, puesto que del conjunto de sus exposiciones aparece que Santodomingo no solamente frecuentaba la casa donde vivía la Patiño y pernoctaba con ella, según el decir de Enriqueta Morales, sino que también solía sacarla públicamente a pasear en automóvil, llegando incluso hasta presentarla como su amante al testigo Campo Elías Arenas".

El estudio de la prueba testimonial para establecer la notoriedad de las relaciones sexuales estables, lo respalda con otras declaraciones que las tiene como indicio grave.

"Por otra parte —asevera—, existe en autos abundante caudal probatorio, algunos de los cuales ya han sido analizados y otros deberán ser objeto de estudio posterior, que indudablemente constituyen indicio grave sobre la existencia de tales relaciones sexuales a que hacen referencia los expresados declarantes. Así, por ejemplo, aquellas afirmaciones que hacen dos empleados que fueran de la absoluta confianza del finado Luis Felipe Santodomingo, señores Francisco Llinás y José Mejía Ospina, acerca de los suministros que por cuenta y órdenes de aquél hicieran a Carmelina Patiño, y las gestiones que por

órdenes de su patrón llevara a cabo uno de ellos para alcanzar de Carmelina la entrega de su hijo con el fin de suministrarle adecuada educación; las manifestaciones de reconocimiento que como padre del actor hiciera Santodomingo en determinadas y distintas ocasiones a Francisco J. Mejía, Ana María Rodríguez, Francisco Llinás, José Mejía Ospina y Carlos González, así como también aquellas demostraciones de paternidad que llegara a exteriorizar en presencia de Manuela Rodríguez, María Roca e Idalides Bossio de la Hoz, la cual afirma que Luis Felipe Santodomingo contrató sus servicios como partera para que atendiera a su mujer Carmelina Patiño, constituyen evidentemente un indicio de la existencia real y positiva de las relaciones sexuales sobre cuya estabilidad y notoriedad deponen de manera acorde los tres declarantes a que se hizo referencia anteriormente. En efecto, tales hechos que espontánea y libremente revelan al juzgador dichos deponentes, resultarían sin explicación lógica alguna si entre Luis Felipe Santodomingo y Carmelina Patiño no hubiesen existido realmente dichas relaciones sexuales en los términos y condiciones sobre que de manera unánime deponen Enriqueta Morales, María Roca, María Rodríguez de Freyle y Campo Elías Arenas.

"No puede negarse que la prueba testimonial producida en este juicio ofrece las garantías que razonablemente deben exigirse para no desconfiar de ella. En efecto, por ningún aspecto hay razones fundadas para dudar de la verdad de los hechos sobre que cada uno de los testigos depone. En ellos no se advierte ninguna actitud sospechosa que haga desconfiar de su testimonio pues la mayoría deponen con sencillez y naturalidad lo que les consta y, no obstante que todos ellos fueron inteligentemente contrainterrogados por la contraparte, no incurren en la menor contradicción. Por otra parte, el número y variedad de los declarantes, algunos de ellos allegados a Luis Felipe Santodomingo por las relaciones comerciales o de cualquier otra índole, y la circunstancia de no ser idéntico el texto de las diferentes exposiciones, pues cada deponente expresa algún dato o hecho particular a su testimonio, constituyen fundadas razones para la credibilidad de los mismos.

"Los comentarios hechos hasta ahora son suficientes para poner de manifiesto, con fundamento directo en las exposiciones de Enriqueta Morales, Manuela Rodríguez de Freyle y Campo Elías Arenas, así como también en el elocuente indicio que surge de los demás testimonios a que se ha hecho referencia, que entre Luis Felipe Santodomingo y Carmelina Patiño existieron relaciones sexuales notorias y estables por un lapso mayor de un año completo. Ahora bien, como varios de los testigos anteriormente citados señalan como comienzo de dichas relaciones el mes de septiembre de 1917, y en autos aparece plenamente demostrado que el actor naciera en el mes de junio de 1918, lógico es concluír que la existencia legal de éste se operó después de los 180 días de comenzar aquéllas. Tales circunstancias, dan base suficiente para que prospere la declaratoria judicial de paternidad natural impetrada en el presente juicio con fundamento en la causal consagrada por el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, en los términos en que así lo hiciera el inferior en la providencia objeto de revisión".

Termina la sentencia con el estudio sobre la acción de petición de herencia, sobre lo que expresa:

"Sólo nos resta, pues, estudiar las demás peticiones principales de la demanda, las cuales acoge asímismo, sin comentario alguno, la providencia apelada en su parte resolutiva. Tales solicitudes indudablemente encierran la acción de petición de herencia y sus inherentes consecuencias, cuya acumulación con la de filiación natural procede en el caso sub-judice, como ya tuvimos ocasión de estudiarlo al comienzo de esta providencia..."

"La acción de petición de herencia es la que confiere la ley al heredero de mejor o igual derecho para reclamar los bienes herenciales ocupados por otra persona, que también alega o tiene título de heredero. En efecto, según las exigencias del artículo 1321 del Código Civil, el que probare su derecho a una herencia, ocupado por otra persona en calidad de heredero, tendrá acción para que se le adjudique la herencia y se le restituyan las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales; y aun aquellas de que el difunto era mero tenedor, como depositario, comodatario, acreedor prendario, arrendatario, etc., y que no hubieren vuelto legítimamente a sus dueños. 'El fundamento esencial de la acción de petición de herencia, sostiene la honorable Corte Suprema de Justicia, consagrada en el artículo 1321 del Código Civil, es el derecho que tenga el demandante emanado de la calidad de heredero que compruebe como prevaleciente o simplemente concurrente respecto de la misma calidad que pretenda tener el ocupante de los bienes hereditarios'. En consecuencia, son tres los requisitos indispensables consagrados en dicha disposición: 1º Calidad de heredero en el actor; 2º Ocupación de los bienes herenciales

por el demandado; y 3º Calidad de heredero aparente o real en el ocupante de tales bienes. Faltando cualquiera de estos elementos, la acción no puede prosperar y se impondrá necesariamente la absolución del demandado.

"Ahora bien, en el caso sub-judice el primero de dichos requisitos se encuentra plenamente comprobado, por cuanto la calidad de hijo natural y la vocación hereditaria del actor en este juicio habrá de reconocerla así la Sala, como se tuvo oportunidad de expresarse anteriormente. Otro tanto puede afirmarse con respecto a la tercera de dichas condiciones antes anotadas para la prosperidad de la acción incoada, puesto que en autos existen igualmente documentos auténticos que acreditan fehacientemente la calidad de herederos de los demandados. Si alguna duda pudiera presentarse a este respecto lo sería en relación al segundo de dichos elementos, respecto de lo cual ha existido cierta controversia, al parecer ya definida por nuestro más alto Tribunal de Justicia".

LOS RECURSOS

Las demandas de casación fueron formuladas, una, por el apoderado de doña Ernestina García de Santodomingo en su propio nombre y como representante legal de sus hijos legítimos Arturo y Felipe Santodomingo, y otra, por el representante de Luis Alberto Santodomingo, hijo natural testamentariamente reconocido por el causante Luis Felipe Santodomingo.

Se estudia en primer lugar la demanda de Luis Alberto Sandomingo, por razón de los cargos en ella contenidos.

CAPITULO PRIMERO

Cargo único. Se invoca con fundamento en el 6º de los motivos de casación consagrados en el artículo 520 del Código Judicial y se formula en los términos siguientes:

"Con arreglo al artículo 246 del Código Judicial, en efecto, 'cuando en un juicio universal el padre o la madre de familia tiene interés opuesto en la causa, o está moralmente impedido para representar al hijo menor, se le nombra a éste un curador *ad litm* como se dispone en el artículo 242 (del propio Código)'. Y por su naturaleza y finalidad, aquel texto es no sólo para los juicios universales sino también para todo juicio ordinario en que, subsistiendo la patria potestad sobre el hijo de familia, se demande al padre y al hijo para que deshaga, se desconozca, se anule, etc., algo de lo anteriormente efectuado en el juicio universal en que el padre estuvo impedido para representar al hijo, como el de sucesión por causa de muerte de la madre, y especialmente cuando se les demanda para que se rescinda o se declare sin efectos la partición hecha en juicio mortuorio: a ser las cosas de otro modo, estaría en manos del padre de familia poner sus propios intereses por encima de los del hijo, y perjudicar al segundo, cada vez que el tercero les promoviera pleito para que se deshiciese o para que se hiciese en otra forma el acto judicial en que él no había podido intervenir en su propio nombre y además en representación del hijo de familia.

"10. Por manera que, pidiéndose en la demanda que la herencia de don Luis Felipe Santodomingo se reparta conforme a las reglas de la sucesión intestada y, en subsidio, que se reforme el testamento del causante, y estando igualmente demandado que se declare no producir efectos y haber de cancelarse la inscripción de la partición de los bienes herenciales efectuada en el juicio de sucesión de don Luis Felipe Santodomingo con intervención de la señora Ernestina García de Santodomingo, asignataria de la cuarta de libre disposición, y del curador *ad litem* de los menores sujetos a la patria potestad de esta misma señora, ha debido notificarse la demanda, por lo referente a los menores Arturo y Felipe Santodomingo García, a curador o curadores *ad litem* designados como se ordena en el artículo 242 del Código de Procedimiento Civil, y no como se hizo con aplicación indebida del artículo 240 de ese mismo Código; y el juicio es nulo, desde la notificación de esa demanda a la señora mencionada (c. 1, fols. 43 v. y 44), pues que se presenta la segunda (2ª) de las causales de nulidad que en el artículo 448 del propio Código se establecen".

SE CONSIDERA:

Claramente se deduce del cargo el ataque a la validez de la relación procesal por cuanto afirma el recurrente que la madre no podía representar en este juicio a sus hijos legítimos porque según el artículo 246 de la ley de enjuiciamiento civil "cuando en un juicio universal el padre o la madre de familia tienen interés opuesto en la causa, o está moralmente impedido para representar al hijo menor, se le nombra a éste un curador *ad litem* como se dispone en el artículo 242".

La capacidad procesal o capacidad de obrar se distingue de la capacidad de derechos o capa-

cidad sustancial en que ésta es la aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones jurídicas, al paso que la capacidad de obrar es la de ejercitar por sí los derechos, o asumir por sí las obligaciones jurídicas. Basta existir para ser sujeto de derechos. La capacidad de obrar supone algo más: entender y querer. Puede no coincidir la capacidad de derechos con la capacidad de ejercicio o sea la capacidad sustancial con la capacidad procesal. En este caso aparece la figura de la representación que se da a las personas que no tienen por sí el ejercicio de sus derechos, como el de comparecer en juicio, si no están representadas, asistidas o autorizadas, según las normas que protegen su incapacidad. La capacidad, o la legítima representación debe encontrarse tanto en el actor como en la parte que contradice el juicio o demandado; si no es así, el acto o los actos ejecutados en el proceso están afectados de un vicio que mengua la validez procesal. La ley establece de manera clara tal principio en el artículo 240 del Código Judicial, al decir: "Los incapaces comparecen en juicio, como demandantes o demandados, por medio de sus representantes legales". Y el artículo 62 del Código Civil, determina quiénes son esos representantes, en los siguientes términos: "Son representantes legales de una persona, el padre o marido bajo cuya potestad vive, su tutor, o curador, y lo son de las personas jurídicas los designados en el artículo 639"; esto, claro está, con la modificación del artículo 5º de la Ley 28 de 1932, respecto a la capacidad de la mujer casada.

La demanda judicial es medio adecuado para determinar los sujetos del derecho de acción y de contradicción, como de la calidad con que actúan las partes en el litigio. Los incapaces están en juicio por medio de sus representantes legales; pero esto no podría ocurrir cuando el incapaz necesita actuar procesalmente contra su representante legal o su guardador. La ley regula esos casos e indica el procedimiento respectivo para sustituír esa representación por la de un curador *ad litem*. Si eso ocurre en los juicios contenciosos en que el interés opuesto surge de la demanda y la respuesta y en los que por su naturaleza misma pueden diferenciarse las partes con la característica de defender pretensiones opuestas, no sucede lo mismo en los juicios universales en que no hay partes en sentido estricto, en cuanto no hay intereses opuestos, pues, los juicios de sucesión son en principio de jurisdicción voluntaria. Por eso, la organización procedimental quita la posibilidad de la representación legal de los menores en juicios universales, cuando el interés opuesto pudiera hacer suponer que el representante legal cuidaría más de lo suyo que de lo de su representado, suposición que no es de carácter general o absoluta sino condicionada a la contraposición de intereses. No porque el representante legal actúe en esa calidad en un juicio universal en que tiene intereses, está impedido para ejercitar la representación; es necesario que surja el interés opuesto capaz de determinar que la representación perjudicaría al menor.

La prohibición de esa representación contenida en el artículo 246 del Código Judicial es aplicable solamente a los juicios universales, pues en el fondo contiene una suspensión del ejercicio de la representación legal atribuída por la ley al padre o madre que ejerce la patria potestad.

Al dirigir el cargo en casación a través de la causal 6ª para solicitar la invalidez de la relación procesal, alegándose ilegitimidad de personería de la parte demandada, por existir interés opuesto entre la madre que a los hijos representa y éstos, se extralimitan los términos y el sentido auténtico del artículo tantas veces citado, el que en manera alguna supone que en todo juicio universal en que sean interesados el padre o madre y el hijo de familia haya de por sí contraposición de intereses, y porque, en el juicio de que se trata, lejos de advertirse contrariedad entre los intereses de la cónyuge supérstite y los de sus menores hijos legítimos por ella representados, se encuentra indiscutible armonía, como resulta de los términos mismos en que quedó ajustada la relación jurídico-procesal.

CAPITULO SEGUNDO

Los cargos contenidos en este Capítulo son: por incongruencia y, luégo, "con arrimo a la primera de las causales de casación", estos otros dos:

"a) Violación directa del artículo 1274 del Código Civil, porque, a pesar de interpretarse correctamente las cláusulas tercera y cuarta del testamento del causante (ver cuaderno principal de 2ª instancia, folio 249 vuelto), se pretermite aplicar ese texto; el que, sobre la base de ser el demandante hijo natural del testador, ha debido ser aplicado para determinar primeramente la cuota de cada uno de los herederos del causante mediante el reformarse la cláusula tercera del propio testamento. Si el Tribunal se hubiera dado a examinar este punto, acaso no habría cometido el desacierto de que trato en el subsiguiente número 15, y dándose cuenta de lo

que traía entre manos, habría hecho la declaración tocante con la reforma que hacía.

"b) Aplicación indebida del artículo 1321 del Código Civil, sobre petición de herencia: el cual ha sido aplicado con festinación porque, rigiéndose la herencia de todo testador por el testamento que él ha otorgado en cuanto a virtud de sentencia no ha sido reformado o, habiéndolo sido, por el testamento reformado, la acción de petición de herencia que se dirige contra heredero testamentario ha de ser consiguiente a la reforma del testamento".

—

Para el recurrente la incongruencia consiste en que la sentencia declara que la "cuota hereditaria del actor en la sucesión de don Luis Felipe Santodomingo se extiende a la mitad de una de las cuotas hereditarias de los menores Arturo y Felipe Santodomingo García (o que esa cuota equivale a la cuarta parte del total de las cuotas herenciales de estos dos menores, o sea de sus legítimas efectivas, formadas, conforme al artículo 1249 del Código Civil, por sus legítimas rigurosas y por la mitad de la cuarta de mejoras): habida cuenta de las copias que a los folios 90 a 117 del cuaderno de pruebas de la parte demandante en primera instancia y a los folios 37 a 47 y 138 a 150 del cuaderno de pruebas de la misma en segunda instancia obran, tal es lo que, haciéndose referencia a los bienes que fueron objeto de la partición efectuada en el juicio de sucesión del causante, se manifiesta con esta expresión de aquel paso de la sentencia confirmada: 'Tiénese al señor Tirso Enrique Patiño... con vocación hereditaria sobre los bienes de la sucesión de don Luis Felipe Santodomingo en una cuota equivalente a la mitad de lo que le ha correspondido (según la partición) a un hijo legítimo'. Y si quedara duda en esta materia, la desvanecerían las palabras que transcribo del numeral quinto del propio fallo, a saber: '...Asímismo se ordena cancelar los registros e inscripciones que se hubieren hecho a favor de los demandados, a fin de que se le restituya al demandante los bienes hereditarios en una cuota equivalente a la mitad de lo que le hubiere correspondido a un hijo legítimo a prorrata de las respectivas adjudicaciones hechas a los demandados, junto con los frutos y abono de mejoras'.

"Ahora pues: en la demanda no se halla petición de que ello (el corresponder al demandante la mitad de la legítima efectiva de uno de los hijos legítimos del causante) se declare, sino las dos opuestas a ese mismo que siguen, a saber: como principal (punto c), la de que se declare consistir la cuota herencial del actor en 'la mitad de lo que corresponde a uno de los hijos legítimos, según lo previsto en el artículo 18 de la Ley 45 de 1936' (lo cual es decir, conforme a la regla propia de la sucesión intestada, ahí consignada, y con exclusión de quien no sea hijo); y como subsidiaria (punto h), que se reforme el testamento del causante, para que la sucesión de éste se rija por el acto testamentario otorgado por el mismo (cuya realidad se intenta negar con aquella petición principal) y reformado a virtud del fallo a favor del demandante 'en el sentido de reconocerle su legítima rigurosa equivalente a la mitad de la legítima rigurosa de uno cualquiera de los dos únicos hijos legítimos demandados'.

"Por manera que, habiendo el Juzgado y el Tribunal sentenciador metídose a fallar sobre lo que no había sido materia de la litis contestación, y efectuándose en el numeral tercero de la sentencia confirmada por la del Tribunal declaración no pedida por el actor, hay incongruencia entre el fallo y la demanda. Basado en esto, acuso pues la sentencia objeto del recurso con apoyo en el segundo de los motivos de casación que en el precitado artículo 520 del Código de Procedimiento Civil se consignan, y lo hago para el caso de que no obstante el sólido fundamento del cargo que formulo en el precedente Capítulo Primero (números 8 a 10 de la presente demanda), estiméis que este primer cargo es improcedente".

Este cargo por incongruencia puede sintetizarse así:

La demanda solicita que la cuota herencial correspondiente a Tirso Patiño sea la mitad de la rigurosa de un hijo legítimo y, sin embargo, la sentencia no se concretó a esta petición sino que hizo vocación hereditaria "en una cuota equivalente a la mitad de lo que le ha correspondido a un hijo legítimo, de acuerdo con la ley"; resolución en que el recurrente ve desarmonía porque en su concepto se condenó no a la mitad de la legítima rigurosa solicitada en la demanda, sino a la mitad de la efectiva, integrada por aquella y la cuarta de mejoras.

SE CONSIDERA:

a) Por las súplicas c) y ch) del pedimento principal, el demandante solicitó se declare que él tiene la calidad de legitimario de su padre natural Luis Felipe Santodomingo, "con vocación para concurrir como heredero en una cuota

equivalente a la mitad de lo que le corresponde a uno de los hijos legítimos, según lo previsto en el artículo 18 de Ley 45 de 1936''; y que, en tal virtud, se le adjudique su cuota hereditaria sobre los bienes de la herencia de Luis Felipe Santodomingo, excepción hecha de los adjudicados a la cónyuge supérstite a título de gananciales o de porción conyugal, cuota aquella ''equivalente a la mitad de lo que le correspondió a uno de los hijos legítimos a virtud de la sentencia aprobatoria de la partición y adjudicación de los bienes consumadas dentro del juicio de sucesión del de cujus'', a que se ha hecho referencia.

b) A estas súplicas correspondió la sentencia de primera instancia, en cuya parte resolutoria —punto primero— se declara a Tirso Enrique Patiño hijo natural de Luis Felipe Santodomingo, y se dispone, al tenor del punto tercero, lo siguiente:

''Tiénese al señor Tirso Enrique Patiño como heredero del difunto don Luis Felipe Santodomingo, en su condición de legitimario como hijo natural, y, en consecuencia con vocación hereditaria sobre los bienes de la sucesión de don Luis Felipe Santodomingo en una cuota equivalente a la mitad de lo que le ha correspondido a un hijo legítimo, de acuerdo con la ley''.

c) No aparece la incongruencia señalada por el recurrente, en cuanto la decisión se contiene dentro de los límites de lo demandado y de los términos en que fue pedido, sin excederlos, desde luego que falló con el pedimento principal, sin incurrir en ultra petita.

Por lo visto, el problema no es de incongruencia sino de mera interpretación, como así se desprende de las propias palabras del recurrente, cuando en el Capítulo Tercero de sus acusaciones dice: ''A la verdad, el fenómeno que se presenta es más el de oscuridad en el paso que dejo transcrito que el de oposición entre los considerandos del fallo del Tribunal y la decisión tomada por éste; o, mejor dicho, menos el de haberse desatendido a esos considerandos al dejarse en firme la declaración de tener el demandante 'vocación hereditaria... en una cuota equivalente a la mitad de lo que le ha correspondido a un hijo legítimo' que el de esa falta de claridad en la exposición que se corresponde con la falta de claridad en las ideas''.

d) En cuanto a los cargos por violación directa del artículo 1274 y aplicación indebida del 1321 del Código Civil, que como consecuencia del ataque por incongruencia formula el recurrente, cabe decir, con respecto a lo primero, o sea, al error jurídico que, si la sentencia no habla de reforma específica del testamento, es porque, aun cuando dicha acción fue incoada subsidiariamente, el fallo de instancia no hizo declaración, sin duda porque, en tratándose de un caso de preterición, no procedía dicha acción. Es entendido que en el fondo hay una modificación o enmienda del acto testamentario, al reconocer al actor su calidad de legitimario, entendido esto con relación a la cláusula tercera de la sentencia, y, trae como resultado que en el juicio respectivo se fije la cuota legitimaria del hijo natural en la forma prevenida por la ley; y, en cuanto a lo segundo, o sea, a la aplicación indebida, además de lo dicho, es oportuno agregar, que son acumulables la acción de filiación natural cuando procede y la de petición de herencia, contenidas en las súplicas principales del libelo, no sólo por razón legal, sino por economía procesal.

CAPITULO TERCERO

Se acusa la sentencia por violación directa del artículo 23 de la Ley 45 de 1936 (Código Civil, artículo 1242), por cuanto en las declaraciones contenidas en los numerales 3º y 5º de la sentencia confirmada, ''se concede al demandante más de lo que, en la calidad de hijo natural de don Luis Felipe Santodomingo que se le atribuye o reconoce, realmente le corresponde en la sucesión testamentaria de éste: con ello se le da parte de la cuarta de mejoras a daño de los menores Arturo y Felipe Santodomingo García y viene a quitarse a don Luis Alberto Santodomingo su cuota hereditaria o parte de ella, o bien se hace lo uno o lo otro, según como se entienda que, en fuerza del fallo reformatorio, ha de repartirse el 75% herencial que, deducción hecha de la cuarta de libre disposición, corresponde a los hijos legítimos y naturales del causante. Si bien el Tribunal habla al final de la parte considerativa de la sentencia de que 'los demás legitimarios del finado (los dos hijos legítimos y don Luis Alberto Santodomingo) son los únicos obligados a reintegrar de la porción de bienes que les fueron adjudicados a título de legítima rigurosa aquella cuota parte que como legitimario correesponde igualmente al actor'', esto no altera la parte declarativa del fallo, que es a lo que ha de entenderse y, por lo tanto la que deberá tenerse en cuenta al llevarse a efecto la partición de los bienes relictos. A la verdad, el fenómeno que se presenta es más el de oscuridad...'' (Ver aparte c), anterior).

—

Se observa, que en el fondo, si el anterior fuese un cargo, implicaría una nueva modalidad del

de incongruencia rechazado ya, y no siendo concreto sino dubitativo, resulta improcedente.

CAPITULO CUARTO

"Imputo al fallo —dice el cargo— interpretación errónea del artículo 1321 del Código Civil y, acogiéndome a la primera de las causales de casación, en referencia lo acuso con apoyo en contenerla, puesto que a ello se debe el numeral cuarto de ese proveído: cree el Tribunal que en la expresión legal de 'el que probare su derecho a una herencia, ocupada por otra persona en calidad de heredero, tendrá acción para que se le adjudique la herencia y se le restituyan las cosas hereditarias', los verbos 'adjudicar' (declarar que una cosa es propiedad de persona determinada) y 'restituír' se emplean para significar actos materiales relativos a cosas determinadas, cuando se trata de la 'posesión legal' de la herencia (Código Civil, artículo 757), de la declaración de la calidad hereditaria; la que trae, con la propiedad en las cosas herenciales y con la condición de titular de los créditos hereditarios, las obligaciones tocantes con las deudas hereditarias y testamentarias. De modo que si el demandante de la petición de herencia la obtiene en su totalidad y queda como heredero único, todos los bienes hereditarios salen perteneciéndole y deben serle restituídos por el heredero aparente que los viene poseyendo, y son a su cargo tales obligaciones; y si el derecho del demandante de la petición de herencia no la extiende, conforme a lo decidido, sino a cuota de ella, surge comunidad en los bienes herenciales, corren los herederos con las deudas hereditarias y testamentarias a prorrata de sus cuotas y ha lugar a la partición de la comunidad herencial, a la acción *familiae erciscundae:* son éstas nociones elementales en la materia, y por esto me limito a observar que más claro que en el Código aparecía el punto en el proyecto de tal que Bello dio a luz en 1853, cuyo artículo 1437, a, rezaba: 'El que probare su derecho a una herencia, ocupada en todo o parte por otra persona, tendrá acción para que se le declare heredero, y se le restituyan las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales; y aun aquellas de que el difunto era mero tenedor, como depositario, comodatario, prendario, arrendatario, etc., y que no hubieren vuelto legítimamente a sus dueños'. Con razón, pues, concluye Claro Solar (Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Tomo XVI, número 1944): '...la ación de partición supone que la calidad de heredero de éste es reconocida al mismo tiempo por aquél; y en consecuencia ella explica la existencia de la indivisión en el hecho y el derecho; mientras que en la petición de herencia, al contrario, el demandado desconoce al demandante la calidad de heredero que pretende tener. Por consiguiente, si deducida la acción de partición de la herencia, el demandado se opone a la demanda sosteniendo que el demandante no tiene la calidad de heredero que invoca, para que tenga cabida la partición es necesario que el demandante pruebe ser realmente heredero y cuál es su derecho hereditario, cuestión prejudicial respecto de la partición de la herencia, acción que sólo corresponde al que es realmente heredero porque únicamente así habrá existido la indivisión de hecho a que la partición debe poner término'.

"Pero el Tribunal, que mediante el numeral quinto del fallo confirmado en horamala deja sensatamente en el aire la partición de los bienes relictos que se llevó a cabo en el juicio de sucesión del causante, y que deja con ello a los demandados sin título alguno, esa entidad, digo, no se percata de cuáles son las consecuencias de su decisión al respecto, e interpretando erróneamente el artículo 1321 del Código Civil, comete los desatinos de condenar a los menores Arturo y Felipe Santodomingo García y al señor Luis Alberto Santodomingo a restituír al demandante cuotas proindiviso en los bienes hereditarios que se les adjudicaron en el acto de partición que se declara 'nulo o sin valor', de privaros de la acción conducente a la partición de la universalidad herencial y de excluírlos, como al propio demandante, en lo relativo a los bienes que en esa partición fueron adjudicados a la asignataria de la cuarta de libre disposición; los que sobre la base de que el demandante hubiera sido hijo natural de Luis Felipe Santodomingo, también deberían ser objeto de nuevo acto de esta clase: tanto más que han de serlo éstos, cuanto que el acto de partición porque fueron adjudicados a la asignataria de la cuarta de mejoras (sic) se declara, como tengo dicho, 'nulo o sin valor' con el numeral quinto de la sentencia confirmada por la del Tribunal de Barranquilla".

SE CONSIDERA:

1º El título de heredero es base de la acción de petición de herencia, y cuestión principal de ella la determinación de esa calidad que, reconocida, legitima al heredero para el ejercicio de los derechos patrimoniales que le corresponden en tal carácter. En cuanto tiende al reconocimiento de la calidad de heredero y en cuanto

busca la restitución de los bienes hasta concurrencia de su respectiva cuota o, en fin, de los que posea el sucesor aparente, dicha acción tiene el carácter de mixta.

La sentencia al reconocer al actor su derecho preferencial o concurrente, es título declarativo y prueba de su vocación hereditaria que lo habilita a concretar su derecho en la universalidad herencial. Asímismo, la partición efectuada sin la presencia de todos los herederos es inoponible a los que estuvieron ausentes del juicio; por manera que cuando el Tribunal habla de nulidad, en el fondo hace pronunciamiento de inoponibilidad.

2º La acción de petición de herencia supone la discusión de la calidad de heredero, que las partes controvierten en el juicio para obtener la universalidad del patrimonio o una cuota de esa universalidad. Por modo tal van enlazadas las acciones de reconocimiento de la condición hereditaria y la de petición de herencia que, si teóricamente puede entenderse su separación, susceptible de concretarse en juicios distintos y sucesivos, en el orden práctico se siguen en uno solo por autorización del artículo 209 del Código de Procedimiento Civil y por razón de economía procesal. No se ve la utilidad en dividir la continencia de la causa, si en un solo juicio, sin violación de norma legal alguna, pueden resolverse las cuestiones litigiosas.

3º El artículo 1321 del Código Civil concede al que probare su derecho a una herencia, ocupada por otra persona en calidad de heredero, acción para que aquélla se adjudique y se le restituyan las cosas hereditarias. Con fundamento en la letra de esta norma el fallo no ordenó la restitución de cuotas, sino la restitución de los bienes hereditarios en la cuota o cuantía que cubra su derecho y "a prorrata de las respectivas adjudicaciones hechas a los demandados" lo que no entraña interpretación errónea de la disposición precitada.

CAPITULO QUINTO

El cargo contenido en este capítulo está referido a dos cuestiones que con vehemencia ataca el recurrente:

El que la paternidad no reconocida voluntariamente pueda ser declarada en juicio promovido por el presunto hijo no póstumo contra los herederos del presunto padre que ha muerto; y que no era posible "el tomarse nota en el Libro de Registro del Estado Civil de las personas de que se ha declarado que el demandante es hijo natural de don Luis Felipe Santodomingo; lo que, sobre la base de la relatividad de los efectos del fallo, no ha debido ser decretado".

Invocando la primera de las causales de casación se acusa el fallo, porque se infringen:

"a) Directamente, el artículo 7º de la Ley 45 de 1936; a tenor del cual 'las reglas de los artículos 401, 403 y 404 del Código Civil se aplican también al caso de la filiación natural'.

"b) Por interpretación indebida, los precitados artículos 403 y 404 del Código Civil, a que el Tribunal (cuaderno principal de 2ª instancia, folio 219) atribuye el sentido de que son apenas para en cuanto 'se ventilen casos de impugnación o rectificación de la filiación natural ya establecida', y especialmente el de 'en manera alguna señalar como único legítimo contradictor al presunto padre en aquellos juicios que tuviera que instaurar el hijo para obtener la declaratoria judicial de filiación natural'.

"Asímismo acuso el fallo del Tribunal, con apoyo en la propia causal primera, por violación directa de los artículos 401 y 402 del Código Civil en cuanto el Tribunal estima que sentencia dictada en punto de filiación natural en juicio promovido por el presunto hijo contra los herederos del presunto padre, produce los efectos ordinarios de la cosa juzgada; o sea, que ella obra *inter partes,* y no con relación a terceros.

"Y colocándome en la suposición de que estiméis que sentencia de esta clase no obra sino con relación a las partes, y, por lo tanto, que en el caso del pleito no ha debido aplicarse el artículo 575 del Código de Procedimiento Civil, acuso la sentencia del Tribunal, con base en la propia causal, por violación directa de los artículos 473 y 474 de este mismo Código, contentivos de reglas sustantivas: según expresa el Tribunal, la sentencia de que se trata no ha de producir efectos sino entre las partes; y sin embargo, desconociendo las consecuencias de ello, a que dichos artículos atañen, decreta confirmando el numeral segundo del ilógico fallo de primer grado lo que se le pidió con el punto b) de la ilógica demanda: el tomarse nota en el Libro de Registro del Estado Civil de las personas de que se ha declarado que el demandante es hijo natural de don Luis Felipe Santodomingo; lo que, sobre la base de la relatividad de los efectos del fallo, no ha debido ser decretado".

SE CONSIDERA:

1º Intensa y extensamente se ha discutido por la doctrina y la jurisprudencia si sólo el presunto padre natural puede ser contradictor legítimo en el juicio en que el pretendido hijo natural busque ese reconocimiento; y si desaparecido el padre, pueden ser demandados los herederos de éste para obtener judicialmente ese reconocimiento. Tal controversia ha llevado consigo esta otra: la de los efectos del fallo cuando el contradictor haya sido el presunto padre y cuando los demandados son sus herederos.

Para respaldar su ataque el recurrente analiza unas de las varias sentencias de la Corte, pronunciadas sobre problemas de filiación natural, a lo cual se contesta:

La sentencia de 24 de mayo de 1939, no avocó concretamente el problema del legítimo contradictor; el caso era otro y la Corte lo planteó en los siguientes términos:

"Ya se vio en referencia al caso en consideración que una acción de petición de herencia en que el actor pretende representar un muerto de quien afirma que era hermano natural de otro muerto a quien aspira a suceder, y no acredita que a la hora de su muerte su padre representado ni su tío tuvieran la condición jurídica de hermanos naturales como hijos de dos personas determinadas, también difuntas, ya por haberlos éstas reconocido como hijos o por haber sido judiciales tales por su personal solicitud, sino que se presenta a establecer esa filiación aduciendo pruebas de la posesión notoria de hijos naturales de los desaparecidos, no puede considerarse como una simple petición de herencia, de interés exclusivamente pecuniario, en que pudieran pretermitirse las exigencias de ley y de doctrina que en materia de personería del demandante gobiernan las acciones de estado sobre filiación natural. La posesión notoria de estado de hijo en las circunstancias legales, no produce por sí sola el estado civil de hijo natural. La posesión notoria de un estado determinado es un hecho objetivo que para producir los efectos jurídicos correspondientes de acuerdo con el artículo 346 del Código Civil deberá ser constatado en una declaración judicial mediante la apreciación de las pruebas pertinentes. Un hijo no se puede llamar natural sino cuando ha sido reconocido o declarado tal con arreglo a la ley. Esto para reforzar la afirmación de que un juicio planteado sobre las bases del que se estudia en este recurso es predominantemente un juicio sobre filiación natural, que no es permitido ni procedente, como lo advierten los autores, disimular bajo la súplica de una petición de herencia".

Expuesto así el asunto, con relación a la personería activa o demandante, única que entonces se consideró, razonó la Corte de este modo:

"En los procesos judiciales sobre filiación para establecer las relaciones entre padres e hijos naturales, la personería activa o demandante, única que ahora se considera, ha sido reservada al hijo de manera exclusiva, personalmente o representado por quienes señala la ley en condiciones determinadas como su guardador si es incapaz, o la persona que ha cuidado de su crianza. En el sistema del Código Civil —bajo cuyo imperio vivieron y murieron los pretendidos padres e hijos naturales— anterior al de la Ley 45 de 1936, sobre cuya retroactividad no es indispensable decidir en este caso, la única paternidad que podía discutirse era la legítima, porque la natural era cosa que la ley hacía depender exclusivamente de la voluntad del padre, y la simplemente ilegítima de la mera confesión expresa o tácita del padre, con los efectos circunscritos a la exigencia de alimentos (artículos 55, 66 y 68 de la Ley 153 de 1887). Pero siempre, ya se tratara de la maternidad natural (artículo 7º de la Ley 95 de 1890) o de la acción judicial para la declaración de la paternidad (66 de la Ley 153 de 1887), aunque solamente con el efecto alimentario que le adscribía, la facultad de tomar la iniciativa era de la exclusiva competencia del hijo. En esta clase de acciones judiciales era legítimo contradictor el hijo contra el padre, según el artículo 409 del Código Civil, en virtud de una personería que es un carácter personal e intransmisible, con la sola excepción referente al legítimo contradictor que falleciera antes de la sentencia proferida en el juicio, iniciado por él. Este mismo principio ha sido renovado en la Ley 45 de 1936 al señalar en su artículo 12 las personas que puedan asumir el papel de partes en las acciones judiciales dirigidas a obtener que se declare la filiación natural, y al actualizar en el 7º la regla del artículo 404 del Código para los casos en que se ventile esta especie de filiación".

Posteriormente (sentencia de 26 de abril de 1940), la Corte se enfrentó, por ser materia del pleito, al estudio de la cuestión del legítimo contradictor. Y fue entonces oportunidad para que el Magistrado ponente de la sentencia de 24 de mayo, al salvar su voto afirmara: "se acepta, pues, a la luz de esta teoría verdadera que las acciones sobre filiación natural son procedentes contra personas distintas del padre, contra sus

herederos, por más que no sean la persona física de aquél". Y esto lo dijo porque estimó "mal interpretado el fallo (el de 24 de mayo) si se considera que allí se debatió la cuestión que ahora se decide..."

Afirmó la providencia de 26 de abril, en sustancia, lo siguiente:

"Resulta de lo expuesto que al pronunciar la sentencia acusada la declaración de paternidad a favor de J. H. O., con citación de la demandada T .C. de H., aun aceptándose que ésta fuera llamada al juicio como heredera o representante de M. C., violó por infracción directa los artículos 403 y 404 del Código Civil en relación con el 7º de la Ley 45 de 1936, desde luego que en un proceso como éste sólo podía ser legítimo contradictor el presunto padre" (XLIX. 1955-1956-263-Cas. 26 de abril de 1940).

En esta providencia la Corte afirmó que legítimo contradictor en los juicios de filiación natural iniciados por el hijo, es solamente el padre. Más tarde, ratificó sus tesis del año de 1940 y estudió el efecto de las sentencias de reconocimiento de estado, según la parte demandada fuera el padre o sus herederos (LI. 1973-1974-616-Cas. de 30 de junio de 1941).

Este criterio perduró hasta 1945, en que esta entidad (sentencia de 1º de octubre), conceptuando en lo tocante a los efectos absolutos o relativos del fallo, según que el demandante haya sido el padre como legítimo contradictor o lo hayan sido los continuadores de su personalidad jurídica, sentó que no solamente aquél sino éstos tienen la condición de legítimos contradictores.

"La pretensión de filiación puede proponerse contra el legítimo contradictor en orden a producir un fallo *erga omnes*, caso en el cual son de aplicación rigurosa los artículos 403 y 404 del Código Civil que el recurrente estima infringidos, pero también puede plantearse contra los herederos del padre no como representantes del contradictor legítimo sino como simples continuadores de su personalidad jurídica llamados a afrontar todas las controversias que hubieran podido proponerse contra el causante en orden a generar en derecho determinados efectos; este último aspecto de la acción no conlleva la consecuencia de generalizar los efectos de la sentencia, sino que hace tránsito a cosa juzgada apenas en relación con las personas que fueron partes en la litis" (LXIV-2064-2065-752-Cas. de 14 de septiembre de 1948).

Ininterrumpidamente, desde 1945 la Corte ha sostenido la misma tesis que por el presente fallo se ratifica. Véanse: LXXV-páginas 113 y 407. LXXII-página 776. LXXIII-páginas 42, 82, 649 y 923. LXXX-página 482. LXXXI-páginas 393, 439 y 641. LXXXVII-página 93. LXXXVIII-páginas 158, 262 y 686. XC-página 699. XCI-página 40 y otras aún no publicadas.

2º De todo lo anterior se infiere que jurisprudencial y doctrinariamente no puede confundirse la teoría del legítimo contradictor hasta identificarla con la viabilidad de la acción en que la pretensión de declaración de paternidad se deduce, ya que las disposiciones civiles (Código Civil 401 a 404) en que quiere encontrarse respaldo para afirmar que sólo puede ser el presunto padre, se refieren únicamente a los efectos que las sentencias sobre estado civil producen; y que, en lo relativo al presupuesto procesal de la personería sustantiva faltaría cuando dicha acción se ejercita por persona distinta del hijo o de quienes la ley tiene como sus representantes, y, en lo tocante a la parte demandada, la ley nada dice, siendo excesivo interpretar su silencio en sentido restricto y excepcional.

La acción de filiación sólo está subordinada a la existencia de los hechos que la constituyen procedente, como son los enumerados en el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, únicos que autorizan la declaración judicial de paternidad natural; hechos, por otra parte, de tal naturaleza, que llevan implícita la preexistencia de la paternidad natural y que determinan que acción y sentencia en tales casos sean declarativas, pues en verdad, aquélla pide y ésta declara el reconocimiento de una relación ya existente, y, hechos, por fin, que no destruyen ni desnaturalizan la muerte del padre, pues, al contrario, son fuentes de consecuencias jurídicas inevitables.

3º Dentro de las distintas posibilidades de establecer la relación paterno-filial extramatrimonial está la del reconocimiento hecho por el padre en carta o en otro escrito cualquiera que contenga la confesión de paternidad. En razón de los principios generales sobre pruebas, las que tienen ese carácter contra el causante lo tienen contra sus herederos; no hay un sistema probatorio especial que pueda servir frente a aquél y no frente a quienes perpetúan su personalidad en el tiempo; y es, en el caso propuesto, cuando de manera más acentuada se vería lo extraño de una lógica que aceptase la paternidad del autor del reconocimiento y que le niegue su valor si ha muerto y la prueba se presenta por el hijo después de la muerte del padre.

4º Es indiscutible, que en virtud de no ser posible aplicar a las relaciones extramatrimoniales la presunción *pater is est quem nuptiae demostrant*, la certeza absoluta de la paterni-

dad es muy difícil establecer en el estado actual de la ciencia probatoria; pero, de la dificultad no puede inducirse la imposibilidad, que entre otras cosas, abriría el camino para eludir las obligaciones paternas. Sólo podría deducirse lo que la ley, la jurisprudencia y la doctrina han establecido, o sea, escrupuloso cuidado en el estudio de las pruebas en cada caso concreto.

5º La declaración de paternidad hecha por sentencia obliga al Juez ordenar la inscripción de ella, como consecuencia del reconocimiento del estado civil (artículo 10, Ley 92 de 1938. Artículo 33, Decreto 1003 de 1939).

DEMANDA DE CASACION PRESENTADA POR EL APODERADO DE ERNESTINA GARCIA Y ARTURO Y FELIPE SANTODOMINGO

La acusación se hace a través de la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, por violaciones de hecho y de derecho.

1º Afirma el recurrente que las "relaciones sexuales estables, de manera notoria, de que trata el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, constituyen un *concepto de derecho*. Saber si determinadas pruebas han configurado o no el estado o situación de concubinato notorio es una cuestión jurídica de cuya decisión depende que se cumpla o se infrinja la citada disposición legal. De manera que la Corte tiene la facultad, en casación, de examinar si quedó o no establecida en los autos la figura jurídica del concubinato que exige la ley como presunción causal para el reconocimiento judicial de la paternidad natural a fin de resolver si el Tribunal de instancia incurrió o no en violación del mencionado artículo 4º de la Ley 45 de 1936".

Arguye el recurrente que en Francia la Corte de Casación debe resolver sobre la consistencia de los elementos constitutivos del concubinato y para respaldar esta tesis cita varios autores de aquella nación, y agrega:

"De las transcripciones hechas se desprende muy claramente:

"a) Que en los juicios de filiación, cuando el reconocimiento de la paternidad natural se demanda con fundamento en la causal de relaciones sexuales estables y notorias, la Corte de Casación, en defensa de la ley, conserva siempre el control sobre el Tribunal de instancia para decidir si quedó o no establecida en autos la figura jurídica del concubinato notorio que dicha ley exige como presunción de base determinante de dicho reconocimiento;

"b) Que, en tales juicios la apreciación de las pruebas debe ceñirse al *concepto jurídico* de relaciones sexuales estables y notorias;

"c) Que contra las facultades que, por el aspecto indicado, le corresponden a la Corte de Casación, no puede aducirse la llamada soberanía de los tribunales de instancia en la apreciación de las pruebas, ya que tal soberanía queda supeditada al control que ejerce la Corte sobre los elementos jurídicos del concubinato notorio en forma tal que la sentencia pudo casarse cuandoquiera que la Corte estime que no están acreditados dichos elementos, como sería, por ejemplo, el caso de la falta de prueba sobre *un cierto género de vida entre los concubinos,* que demuestre *fidelidad* de la concubina, o como sería el caso de un concubinato que se ocultó a los allegados de los concubinos o de uno de ellos;

"d) Que si esta ha sido la doctrina sentada en Francia, en donde, como es bien sabido, no puede ocuparse la Corte en el fondo de los asuntos, con mayor razón debe tener aplicación tal doctrina en Colombia. En efecto: de acuerdo con la legislación colombiana es posible combatir, en casación, el juicio sobre los hechos contenido en la sentencia de instancia comoquiera que ésta puede acusarse por violación indirecta de la ley, o sea la proveniente de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas".

2º Otro aparte de la demanda está dedicado a tratar de fijar el alcance de la expresión usada por la Corte en algunas ocasiones cuando se ha referido a la autonomía de los Tribunales para apreciar las pruebas y que ha llamado "soberanía de los Tribunales".

Cita varias sentencias, para entrar luégo, ya en concreto, en la presentación de los errores que se dice cometidos por el Tribunal.

Transcribe la siguiente afirmación de la demanda:

"1). A mediados del año de 1917 el señor Luis Felipe Santodomingo, en ese entonces de estado civil soltero y de unos veinticinco años de edad, inició relaciones amorosas sexuales con doña Carmelina Patiño Roca, también soltera, quien a la sazón contaba con unos diez y siete años de edad, relaciones éstas que para septiembre del mismo año ya eran estables y notorias, haciendo así público su concubinato en el medio social de la mujer".

Esta aseveración de la demanda aparece corroborada y explicada por el apoderado del demandante del juicio, en párrafos que el recurrente cita y especialmente en el siguiente que subraya:

"Es por lo tanto absurdo pretender, como lo quieren los abogados de la parte demandada, que Santodomingo hubiera pretendido relacionar a los de su clase con su concubina, o los hubiera enterado oportuna y minuciosamente de la consecuencia de su culpa".

"...Ya expliqué por qué no podían ser testigos los contertulios de la clase de Luis Felipe".

Y concluye el recurrente:

"Trató sin duda el señor apoderado de excluír en esta forma las declaraciones de los amigos del señor Santodomingo conforme a las cuales, en el círculo de éstos, fueron ignoradas las relaciones entre Santodomingo y la Patiño. En realidad, lo que hizo el señor apoderado fue asestarle un fuerte golpe a la configuración del concubinato notorio, el cual exige que se demuestre la voluntad de los concubinos de hacer público y notorio su estado. O, en otros términos: el deseo de Sandomingo de ocultar el concubinato con Carmelina Patiño, de tal manera que ese deseo de ocultación es la mejor prueba de su voluntad de no hacer público el supuesto concubinato. En efecto: no puede ser *notorio* un concubinato cuando uno de los concubinos lo oculta cuidadosamente a sus parientes, amigos y relacionados".

Como consecuencia del error anotado, se dice que el fallo viola las siguientes disposiciones legales:

Artículos 604 y 607 del Código Judicial, por falta de aplicación;

"Artículo 4º, numeral 4º de la Ley 45 de 1936, por indebida aplicación ya que, como lo expresé antes, la notoriedad del concubinato no sólo ha de referirse a los allegados de uno de los concubinos sino a los allegados de ambos. No es notorio, ni puede serlo, un concubinato que, según declaración del propio actor, se ocultó en el medio social de uno de los concubinos".

3º Se estudian las declaraciones de Carlos Ujueta, Antonio Viñas, José Felipe Llach, Rafael Gerlein, Joaquín Ramón Lafaurie y Federico Blanco de la Rosa, para concluír que, el Tribunal "al dejar de apreciar estas declaraciones por considerar que se refieren a un hecho negativo y al no darles el valor probatorio que legalmente les corresponde, incurre en error de derecho consistente en la violación del artículo 595 del Código Judicial. Como consecuencia de este error, el fallo quebranta el artículo 4º, numeral 4º de la Ley 45 de 1936, por indebida aplicación".

4º Procede el recurrente al estudio separado e individualizado de cada una de las declaraciones que sirvieron al Tribunal para afirmar la existencia de las relaciones sexuales notorias y estables de Luis Felipe Santodomingo y Carmelina Patiño, e imputa al fallador los siguientes cargos:

Con relación a la declaración de Manuela Rodríguez de Freyle, por tener nueve años cuando ocurrieron los hechos sobre los cuales declara, error de derecho, ya que conforme al artículo 668 del Código Judicial, sólo es testigo hábil la persona mayor de 14 años; el mismo error de derecho encuentra el recurrente cuando el Tribunal aprecia esa declaración en lo relativo a la notoriedad de las relaciones entre Santodomingo y la Patiño, y por este aspecto ve violación de los artículos 661 del Código Judicial, por falta de aplicación, 697 ibídem y 4º, numeral 4º de la Ley 45 de 1936, por indebida aplicación al caso del pleito; estima que la declaración no se refiere a hechos concretos y concluye que esta deficiencia significa que el testimonio no cumple con lo dispuesto por el artículo 697, antes citado, disposición que resulta así quebrantada por el Tribunal, determinando en el fallo error de derecho, por indebida aplicación del tantas veces citado artículo 4º, numeral 4º de la Ley 45 de 1936.

Las fallas que encuentra en la declaración de Enriqueta Morales González, llevan al recurrente a concluír que por apreciarla el Tribunal, incurre en error de derecho por violación de los artículos 661 y 668 del Código Judicial, por falta de aplicación y del 697 de la misma obra, por indebida aplicación, errores que lo condujeron al quebrantamiento de los mencionados numeral y artículo de la Ley 45 de 1936.

De la misma manera prosigue el recurrente en la confrontación y estudio de cada una de las declaraciones que el Tribunal toma en cuenta, para atribuírle a éste error de derecho en la declaración de Campo Elías Arenas, por violación de los artículos 661 y 668 del Código Judicial, por falta de aplicación, 697 del mismo Código y 4º, numeral 4º de la Ley 45 de 1936, por indebida aplicación; 661 y 666 del Código Judicial y 4º de la Ley 45, por falta de aplicación, en cuanto a las declaraciones de María Luisa Roca, Idalides Bossio de la Hoz, Ana María Rodríguez, Lázaro Patiño y Carmelina Patiño.

Respecto a la prueba testimonial producida por Francisco Llinás, José Mejía Ospina, Francisco J. Mejía, Ana María Rodríguez y Carlos González, la demanda de casación manifiesta:

5º "Que el Tribunal considera absolutamente insuficientes las citadas declaraciones para comprobar los hechos previstos en las causales 4ª y

5ª del artículo 4º de la Ley 45. Sin embargo, les atribuye el valor de *indicios*, según se lee en el párrafo transcrito del fallo. Incurre, así, en grave error de derecho ya que, como lo observé antes, no puede aceptarse que el testimonio, cuando versa sobre el hecho principal y es inválido como tal para demostrarlo, se convierta por eso en prueba indirecta que valga como indicio. La decisión del Tribunal infringe las disposiciones de los artículos 661 y 666 del Código Judicial.

"b) Que en los juicios sobre filiación natural no le está permitido al sentenciador apreciar las pruebas 'con criterio de persuasión individual olvidando que deben probarse con plenitud los antecedentes de las presunciones legales y que los hechos materia de la prueba no son ocurrencias indiferentes que puedan hacer más o menos verosímil, probable o seguro que una persona es hijo natural de determinado sujeto sino las que la ley a ese respecto ha exigido imperativa, expresa y exclusivamente'.

"c) Que como lo ha dicho la Corte, refiriéndose al motivo de declaración de paternidad natural señalado en el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45, la prueba 'no puede referirse sino a hechos sucedidos dentro de la época en que naturalmente ha podido ocurrir la concepción del hijo', o sea 'después de ciento ochenta días, contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los trescientos días siguientes a aquél en que cesaron'. La demostración de los hechos de análoga naturaleza pero que sólo han venido a producirse con posterioridad a la época de la concepción podrá servir desde luego, como un medio de fortalecer el grado de certeza respecto de ésta o de alguna otra de las causales que la ley previene, y aun determinar la notoria posesión del estado civil, cuando los hechos correspondientes tienen la continuidad y duración requerida para producirlo; pero no es ni puede ser un medio propio para acreditar causales que como la de relaciones sexuales notorias y estables de que aquí se trata, explican ocurrencias que forzosamente han debido preceder al nacimiento del hijo, por lo mismo que nunca la causa puede ser posterior al efecto' (*Gaceta Judicial*, Tomo 75, página 44), (Ver también *Gaceta Judicial*, Tomo 79, página 691).

"d) Que el Tribunal, al atribuírle valor a 'las manifestaciones de reconocimiento que como padre del actor hiciera Santodomingo en determinadas y distintas ocasiones' a los citados declarantes, incurre en grave error de derecho comoquiera que la ley sólo admite la confesión inequívoca de paternidad cuando consta en carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre. Esto significa que el Tribunal viola, por falta de aplicación, el numeral 3º del citado artículo 4º de la Ley 45.

"e) Que, según el concepto del sentenciador, unos testimonios que se refieren a hechos muy posteriores al nacimiento del demandante y que se adujeron, sin ningún éxito, para tratar de comprobar la causal 5ª o sea la posesión notoria, rechazados en el fallo, constituyen *indicio* de relaciones sexuales estables y notorias. La conclusión del Tribunal es manifiestamente errónea. En efecto: a cada una de las causales señaladas en el artículo 4º de la Ley 45 corresponde un determinado régimen probatorio; así, declaraciones de testigos que resultan insuficientes para comprobar la posesión notoria no sirven, en modo alguno, como medios para acreditar otra de las causales como es la de relaciones sexuales estables y notorias".

Por la valoración que el Tribunal hace del Certificado de la Capitanía de Puerto de Barranquilla sobre si Luis Felipe Santodomingo no había salido del país cuando nació Tirso Patiño, se hacen las siguientes censuras:

"a) Error de derecho por atribuírlé valor probatorio a un certificado que no fue presentado en forma legal, es decir, de acuerdo con lo establecido en el artículo 597 del Código Judicial; tal certificado, como lo expresa el fallo, fue presentado en la audiencia, en la segunda instancia del juicio;

"b) Error de hecho al expresar que Carmelina Patiño no afirma el hecho de haber estado ausente Santodomingo cuando nació Tirso. Tal error es flagrante ya que la Patiño dice en su declaración: 'El señor Luis Felipe Santodomingo no estaba aquí en Barranquilla cuando nació el niño Tirso Enrique porque tuvo que irse de aquí de Barranquilla a raíz de la muerte de Virgilio Antún atribuída, según los periódicos, a Jaime Garbo, Rafael Insignares Márquez y al propio Luis Felipe Santodomingo'.

"Como consecuencia de los errores anotados, el fallo viola el artículo 597 del Código Judicial, así como lá disposición del artículo 4º, numeral 4º de la Ley 45 de 1936.

"Por este aspecto el Tribunal incurre en error de derecho al sobreestimar las declaraciones de los testigos citados, que se encuentran en contradicción con lo aseverado por la propia madre del actor, error que lo conduce a la violación de las disposiciones legales que acaban de mencionarse".

SE CONSIDERA:

1º Etimológicamente la palabra concubinato insinúa comunidad de lecho y de suyo alude a una modalidad de relaciones sexuales estables sugiriendo vida en común con apariencia matrimonial. Es el concubinato la mayor expresión de las relaciones sexuales cumplidas por fuera del matrimonio, sin que esto entrañe que únicamente el ayuntamiento de esta naturaleza, dé receptibilidad a la fijación de la paternidad natural, ya que sin existir amancebamiento propiamente dicho, puede haber relaciones sexuales que por notorias y estables autoricen probar la filiación natural —numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936—, el cual artículo consagra las relaciones estables como presunción de paternidad, tanto las que constituyen concubinato como las otras, que sin esta característica son estables y notorias, conceptos estos que se contraponen a lo transitorio u ocasional en esa clase de amores sexuales. Por eso no se encuentra motivo plausible para afirmar como con tanta frecuencia se hace que sea necesario probar el concubinato para inferir la paternidad, cuando por modo expreso la ley admite la prueba de relaciones estables y notorias para determinarla, interpretación esta a que con amplitud, según comentadores franceses, ha llegado la jurisprudencia de ese país al aplicar la Ley de 16 de noviembre de 1912 (Mazeaud, "Lecciones de Derecho Civil", Primera parte. Volumen 3º, número 967, página 471).

El autor del proyecto que fuera luégo la Ley 45 de 1936, dice:

"Pero, para que haya hijos no se necesita la vida de matrimonio y para que se presuma quién es el padre en caso dado, basta, según se ha demostrado, que se sepa que el hombre a quien se le imputa la paternidad haya tenido relaciones sexuales estables con la madre del hijo de quien se trata y que ésta le haya guardado fidelidad, no era preciso llevar las cosas a extremos que podrían seguir amparando la impunidad de muchos padres".

Y en otro aparte:

"Pero nótese que la disposición que se comenta (ordinal 4º, artículo 4º de la Ley 45), no exige concubinato en el sentido estricto de los vocablos, para fundar la presunción de paternidad, porque para que ésta se produzca no es preciso que se llene la plenitud de los elementos que aquellos suponen: basta las relaciones sexuales estables, aunque sin comunidad de habitación ni vida marital. ("Derecho de los hijos naturales", páginas 268 y siguientes).

2º Como expresión de la costumbre social la legislación no ha podido ignorar el concubinato, aunque haya sido diversamente apreciado desde el punto de vista jurídico. Aparece en la Ley Julia de Adulteris y con las disposiciones de esta ley y la Papia Popaea, se incrusta en la legislación de Justiniano donde se insertaron los Títulos de *Concubinis* que le dieron minuciosa reglamentación y, de allí pasa a las legislaciones posteriores con tratamiento diverso según puede confrontarse; mas, si eso ocurre con el concubinato, no podía suceder de distinto modo con las relaciones que sin constituírlo, pero que por tener carácter de estables y notorias, producen los mismos efectos de aquél. Piénsese en el sinnúmero de casos de filiación natural que quedarían por fuera de la ley, casi siempre los de gentes de holgada situación económica con posibilidad de sostener más de una mujer sin fingir vida matrimonial, a lo que se llegaría si para determinar la filiación fuese necesario el concubinato en el sentido estricto del vocablo.

"Ni la sociedad ni el Estado —ha dicho la Corte— pueden a esta hora desentenderse de las uniones irregulares, desígnense con el nombre de 'concubinato' o de 'relaciones sexuales', a pesar de tratarse de formas ilegítimas de entendimiento sexual entre varón y mujer, y ello especialmente por razón de los hijos, siempre en número creciente. (Ver Einrich Lehman. 'Tratado de Derecho Civil'. V. IV-39), cuyo carácter de seres humanos tampoco pueden ignorar" (XCII-2221/22-106. Casación de febrero 29 de 1960).

3º En principio, la valoración de pruebas, es función de los jueces de grado. Para que la Corte pueda entrar en el estudio de ellas es preciso que actúe como Tribunal de instancia, lo cual supone la prosperidad de la acusación. Mientras eso no suceda, es intocable la apreciación efectuada por el fallador y permanece en pie su criterio aunque la Corte no participe de él. Depende esto de la naturaleza del recurso de casación, exento de las características de la instancia y constituído como medio extraordinario, más en defensa de la ley que como solución del conflicto de intereses que el proceso recoge; lo cual, explica la autonomía del fallador de instancia en esa materia, mientras el error de hecho manifiesto o de derecho no se demuestren en casación.

4º El hecho objetivo de las relaciones sexuales estables se acredita casi por medio exclusivo con prueba testimonial, y valorarla y atribuírle sentido, es atributo discrecional del juzgador. Esa

ha sido la doctrina constante de la Corte, y por eso ha dicho:

"No es la casación ulterior grado en el juicio, sino recurso extraordinario y estricto, donde se presume que está conforme a derecho la valoración probatoria efectuada por el Tribunal. Y si se agrega que no sólo son de restricta interpretación las causales para declarar la paternidad natural, sembrada siempre en campos de incertidumbre, sino además que las establecidas por los numerales 4º y 5º, artículo 4º de la Ley 45 de 1936, arrancan de inferencias simples, cuyo alcance y recóndito significado se aprecia por el juzgador, en el recinto íntimo de su propia conciencia, surge con extraordinaria nitidez el dilatado poder discrecional de que se encuentra provisto por la ley el sentenciador en la instancia, quien decide en último término sobre cuestiones que se refugian dentro de su fuero interno. Por ello no dejan margen propicio al recurso de casación, salvo en los casos extraordinarios y extremos en que se demuestre contraevidencia procesal o palmario error de hecho en la sentencia acusada" (LXXX-2153-60. Casación de 26 de abril de 1955).

"Tales conceptos son fruto de la autonomía de que goza el sentenciador en la estimación o valoración del material probatorio. Esta autonomía no está limitada sino en dos casos: Primero: cuando el Tribunal yerra en forma tan grave que contraría la evidencia producida por una o más pruebas, dando por probado aquello que cierta e indiscutiblemente no lo está; o negando que esté probado aquello que lo está de manera irrefragable. Es el error de hecho en la estimación de las pruebas. Segundo: cuando contraría de tal suerte un texto legal sobre la tarifa de las pruebas, el mérito demostrativo de la prueba aducida o la forma en que fue llevada al proceso, que a una prueba determinada resulta otorgándosele el valor de que carece, o negándosele el que tiene, según ese texto. Es el error de derecho en la apreciación de las pruebas.

"En el primer caso el yerro es de orden físico, fruto de una defectuosa percepción sensorial del juzgador, porque ha creído ver en el proceso lo que no existe, como cuando da por probada la propiedad con la escritura que no está registrada: o no ha visto lo que hay realmente, como cuando niega al título el mérito de probar el dominio, por no hallarse inscrito, siendo así que consta que lo está en certificado del Registrador presentado separadamente.

"En el segundo caso, el yerro es estrictamente jurídico, ya que consiste en valorar una prueba existente en el proceso en forma contraria a las disposiciones legales que determinan los medios probatorios, señalan el valor de una prueba o fijan el procedimiento para aducirla, reconociendo a la prueba un valor que no tiene, o desconociéndole el que tiene, según esas disposiciones" (LXXX-2154-475. Casación de 27 de junio de 1955).

"Que, por otra parte, según doctrina constante, bien conocida, la apreciación de las pruebas hechas por el Tribunal debe ser respetada en casación aun cuando no sea compartida por la Corte, comoquiera que el recurso no tiene por objeto hacer un nuevo análisis de los elementos probatorios ni rectificar el criterio del fallador de instancia sobre las puras cuestiones de hecho; tal apreciación sólo puede ser variada cuando se encuentre un error de derecho o un error de hecho evidente. En el caso de que se trata no aparece alegado ningún error de derecho ni demostrado un error de hecho con el carácter de evidente o palmar que exige la ley..." (LXXXII-2163-63. Casación de 14 de febrero de 1956).

5º Ahora bien: el fallador de instancia tuvo la prueba por buena. Para él las relaciones sexuales fueron estables y notorias dentro de los supuestos prefijados por la ley, y nacido de ellas Tirso Enrique Patiño. Del análisis de las declaraciones rendidas por los testigos Idalides Bossio de la Hoz, Manuela Rodríguez Freyle, Enriqueta Morales González, María Luisa Roca, Ana María Rodríguez S., Lázaro Patiño, Campo Elías Arenas y Carmelina Patiño, el sentenciador formó ese íntimo convencimiento que, por no hallarse desvirtuado por los cargos postulados en casación, debe quedar incólume. Arguye el recurrente contra la apreciación de la prueba testimonial error de derecho, porque las disposiciones legales de la tarifa no fueron obedecidas por el Tribunal; éste tomó la prueba en conjunto para la formación del criterio, sin que sea posible ahora deducir equivocación en un análisis de declaración por declaración, en el estudio de cada una de las cuales se impetra error de hecho y de derecho, porque no es ese el sistema de acendrarla. De la variedad de las declaraciones, de los hechos aislados de cada una de ellas, pero convergentes al que se trata de demostrar, sin perder de vista la distinta personalidad de cada uno de los declarantes, el fallador llegó a formar su certeza.

Ni cabe el error de hecho tantas veces sostenido porque no "presumiéndose el desconocimiento del proceso por parte del juzgador, el hecho de que éste no se haya referido expresamente a determinada prueba, no implica por sí

solo que la haya olvidado, cuando sus conclusiones no repugnan a la situación resultante de la misma prueba" (Sentencia de 30 de enero de 1962, en el juicio de Carlos Adolfo Mejía frente a Olga Pinzón de Pinzón, XCVIII, 2251-2252, 22) máxime cuando, como en el presente caso, de las pruebas apreciadas y citadas el juzgado formó una convicción.

Por otra parte, la sentencia vio toda la prueba testimonial, para aceptar unas declaraciones y rechazar otras, y de ese análisis, estimó probadas las relaciones sexuales que dieron base a la declaración de paternidad de Luis Felipe Santodomingo con relación a Tirso Enrique y no declaró probada esa calidad por posesión notoria. Y si las declaraciones rechazadas le sirvieron al fallador como indicio de aquellas relaciones, lo cual se ataca también en la demanda, aunque sin fundamento, no por eso se padeció de error, porque no hay impedimento de orden legal ni lógico para así tenerlas, tomándolas, se repite, en su conjunto y variedad.

6º La notoriedad de las relaciones sexuales, es cuestión relativa. También la Corte tuvo oportunidad de fijar su pensamiento sobre esta materia, cuando en sentencia de 28 de febrero de 1961 (Tomo XCIV, páginas 566 y siguientes. Juicio de filiación natural y petición de herencia de Bertha Lenis frente a Elena Becerra de Soto), dijo:

"15. La estabilidad resulta de la *frecuencia* y de la *regularidad* del trato sexual, como enseña la más reciente doctrina francesa. Mas la frecuencia y la regularidad son de suyo conceptos muy relativos, que cambian de unos casos a otros. En aquellos en que existe comunidad de habitación, están comprendidas naturalmente en la vida común, sin interrupción. Mas, de otro modo ocurrirá si no existe dicha comunidad: si el varón vive con sus padres, o con su esposa legítima y sus hijos o con otra manceba, o cuando las relaciones apenas se iniciaron poco antes de 180 días anteriores al nacimiento.

"16. Lo que quiere oponer la ley a lo frecuente, a lo regular, esto es, a lo estable, es lo esporádico, lo fugaz, lo momentáneo. El ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 excluye los tratos sexuales de esta laya. No los desecha en el ordinal 1º; si de violación o rapto se trata, va hasta que coincidan tales hechos con la época de la concepción, hubiese habido contactos esporádicos o frecuentes y regulares. Fuera de estos casos, las relaciones sexuales por sí solas no fundan la presunción de paternidad sino cuando son estables, además de notorias. La repudiación que la ley hace del trato sexual ocasional, como base de presunción de paternidad, indica que en la apreciación de la frecuencia y la regularidad de las relaciones que contempla el ordinal 4º, ha de prevalecer el criterio que excluya la posibilidad de que esa clase de tratos pueda llevar a la declaración de paternidad, sin extremar la valoración de unas relaciones que están lejos de ser efímeras.

"17. La notoriedad es concepto que se opone a lo secreto, como lo momentáneo a lo estable. De la misma manera que la ley no contempla, como base de presunción de paternidad, los contactos eventuales, tampoco admite los ocultos, por razón de los abusos que ello podría acarrear. Por estables que sean, ningún sentido tendrían en el sistema de presunciones del artículo 4º, si son secretas.

"Sin duda, la notoriedad admite grados. Uniones irregulares hay de una evidencia pública general; otras, cuya fama llega a traspasar los límites del vecindario y aun de la ciudad y la comarca, tanto por la forma de las relaciones, verbigracia con comunidad de habitación, como por la calidad económica y social de los amantes y el factor tiempo, cuya mayor duración propaga e incrementa ese conocimiento; otras, en cambio, por circunstancias especiales, sin comunidad de habitación, sin vida en común, sin trato aparente de cónyuges, procuran proceder sin ostentación, evitando lo más posible la publicidad, de modo que el conocimiento no pase de los amigos y relacionados; otras, al circunscribirse a la época de la concepción o parte de ella, no se harán tan visibles como aquellas que llegan a cubrir largo tiempo o la vida. Todo lo cual marca modalidades en el criterio estimativo de la visibilidad o apariencia de los mismos nexos.

"Cualesquiera que sean los matices de tales uniones, la notoriedad, como la estabilidad, deben aparecer de hechos de los cuales el juzgador infiera la presencia de tales caracteres en el trato sexual. Mas, si no hay comunidad de habitación, ni tratamiento marital, como sucede en el caso de autos, no puede pretenderse que la estabilidad y la notoriedad surjan de estas circunstancias —que la ley no demanda— sino de aquellos que en el caso concreto configuraron la especie particular de relaciones".

Para el recurrente hay error de hecho y de derecho porque la sentencia de segunda instancia no tuvo en cuenta las declaraciones llevadas al juicio por la parte demandada, con las cuales se pretende establecer que algunos relacionados de Luis Felipe Santodomingo y aun amigos de su

confianza, no tuvieron conocimiento de ellas. El argumento no es convincente. No conocer o saber de esas relaciones no demuestra que no hayan existido. A la inversa, las declaraciones de sentido positivo, más de tres, que afirman su notoriedad, son prueba adecuada. Si aun en el caso de tratarse de la posesión notoria del estado civil, cuando la ley perentoriamente exige prueba irrefragable, es admisible la de tres o más testigos, con igual razón ha de admitirse ese número de testimonios para establecer relaciones sexuales de la índole referida. Lo relativo de la notoriedad de los hechos determinantes de las relaciones sexuales, no puede llevar a pensar que toda una sociedad o gran parte de ella las conozca.

RESOLUCION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de cuatro de marzo de mil novecientos cincuenta y nueve, proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el juicio ordinario sobre filiación natural y petición de herencia propuesto por Tirso Patiño Santodomingo contra los herederos de Luis Felipe Santodomingo.

Costas del recurso, por iguales partes, a cargo de los recurrentes.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JOSE J. GOMEZ R.

No subsiste la acción de filiación natural después de la muerte del presunto padre. Esta es la tesis que el señor Magistrado disidente expone y sustenta a continuación.

Con toda consideración y respeto hacia los ilustres colegas de la Sala de Casación Civil, hemos suscrito con salvamento el fallo referido, porque ha debido prosperar el cargo consistente en haber legitimado la sentencia de instancia al actor para ejercer la acción de investigación de la paternidad natural después de fallecido el presunto padre.

Las razones que nos han guiado esta vez son las mismas que expusimos en los salvamentos de voto con que firmamos la sentencia de julio 7 y octubre 22 de 1954, publicadas en el órgano de la Corte, Tomo LXXVIII, números 2144, página 40, y 2147, página 921, respectivamente, salvamentos que fueron publicados a continuación de estos fallos.

Queremos simplemente repetir que fuera del firme respaldo que en nuestra modesta opinión tiene la tesis aludida en los textos de la Ley 45 de 1936 y del Código Civil, las razones de conveniencia nacional que confirman tal doctrina se acentúan considerablemente día tras día, dado el fracaso de la Ley citada, en lo atañedero al ejercicio de la acción encaminada al reconocimiento judicial de paternidad natural. El hecho de disponer de una acción de duración indefinida, como si hubiese en la organización de la sociedad contemporánea acciones perdurables, en vez de impulsar a los hijos concebidos por fuera de matrimonio, a ejercitarla, conduce al abandono de la misma acción, durante la vida del progenitor, para ser usada únicamente en el caso de que éste deje al morir alguna fortuna material. No se ha movido, entre nosotros, el mencionado instrumento sino por un interés secundario, eventual y recóndito: si el padre deja bienes; pero, sin proyección alguna en la crianza y educación de los hijos, campo en el cual está llamado a cumplir el más importante de sus objetivos. Fuera de que la supervivencia de la acción sigue produciendo estragos mediante la empresa de falsificar paternidades naturales, cuando el patrimonio del difunto merece el procedimiento, en menoscabo de la misma acción y en general del

estatuto que para mejorar al hijo natural introdujo la Ley 45 de 1936.

Decíamos lo siguiente en el salvamento correspondiente a la primera de las casaciones mencionadas:

"No es menester, para hacer justicia, consagrar acciones poco menos que perdurables. Ni fermentar su ejercicio en caldos de confusión y de apetitos que no conducen sino al dolo. Jamás se dijo que se niega un derecho porque la ley le marca tiempo a la acción que lo protege. La prescripción, con su sentido histórico, universal y perpetuo, vive contando a los derechos y a las acciones los días de su duración. Eso es disciplina, equilibrio, equidad, orden social, sucesivo y permanente corte de cuentas entre los hombres, para llevar tranquilidad a los espíritus y seguridad a los patrimonios. A más de esto, en el caso de la investigación de la paternidad natural, se mezcla un factor importantísimo, cual es el carácter propio y personal del hecho de la paternidad, que sólo habilita al padre, a su autor, para responder eficazmente, con conocimiento de causa.

"Nuestra Ley 45 de 1936 copió de la ley francesa de 12 de noviembre de 1912, y lo que no copió fue porque lo reformó tratando de expedir una ley mejor. Dicha ley reclama algunas reformas y aclaraciones que la hagan más justa, más justa para los hijos naturales y más justa para los presuntos padres, y más adecuada a un medio como el nuestro, en que al hijo no le importa el reconocimiento legal de su naturalidad, ni en vida del padre ni muerto el padre, porque —repito— el porcentaje de demandas de filiación no alcanza al dos por mil en la enorme masa humana nuestra, nacida fuera de la unión conyugal. Fallecido el padre importa sí a quienes se han especializado en esta llamada "industria de los hijos naturales".

"La organización de la acción en vida del padre obligaría a las madres primero, y después a los hijos, a pensar en que tienen un instrumento eficaz, de múltiples proyecciones, que deben hacer valer oportunamente: obligaría también a los hombres a ver que una mayor responsabilidad gravita sobre ellos, sabedores de que no será después de su muerte cuando se trate de investigar en su conducta todo lo relacionado con los hijos habidos fuera de matrimonio. En estas materias como en ninguna otra, no son los extremos en donde se asienta lo justo. Ni la negación de la acción de investigación, como antes sucedía en Francia y en Colombia y sucede hoy en Rusia, ni la vigencia perpetua de la misma, ejercitable contra el padre y contra sus sucesores, sin límite en el tiempo".

Y en el salvamento referente a la segunda de dichas casaciones, agregamos:

"Mientras no se compulse a los hijos y a sus madres, a ejercer tal acción en un lapso determinado, la investigación de la paternidad natural no cumplirá la función que le atribuyen con demasiado optimismo las normas abstractas de la Ley 45 de 1936, ni podrá realizarse la elemental justicia de proporcionar a quienes no son hijos de matrimonio, instrumento adecuado para señalar eficazmente a quienes tienen la responsabilidad de haberlos engendrado. Dejar esta acción al tiempo, es negar su misión; y dejarla al tiempo después de fallecido el padre, es suscitar el apetito desordenado, no de investigar la paternidad sino el patrimonio de los desaparecidos.

"Entre nosotros no les importa a los hijos nacidos fuera de matrimonio su filiación paterna. Por eso no les ha importado en 18 años que lleva de vigencia la Ley 45, el ejercicio de la acción establecida. Es que suman ya muchos años de abandono los hijos sin padre, y ya no les hace falta; están acostumbrados a no tenerlo, a no contar con él en la vida, y ello como consecuencia de varios siglos de irresponsabilidad y de abandono por parte de los progenitores. Se trata de una mentalidad que ni es medioeval ni es moderna, porque es fruto de una libertad mal entendida, estilo 89, que se transforma rápidamente en una irresponsabilidad personal que no tiene límites ni excepciones de clases ni de actividades u oficios. Están enseñados a no tener padre, y las madres están acostumbradas a sintetizar en ellas la maternidad y la paternidad, con su grandeza y sus infortunios. Ya se vio el ejemplo del ilustre entre los ilustres colombianos, cuyo padre le ofreció su nombre y su protección, cuando ya no los necesitaba. A juzgar por el porcentaje de nacimientos en los veinticinco años, en Colombia pasan de tres millones los hijos ilegítimos, de los cuales es razonable suponer que un porcentaje insignificante ha sido reconocido voluntariamente por sus padres. Los demás, es decir, casi la totalidad, no experimentan la necesidad espiritual, ni material, ni social, de su reconocimiento, porque toda una conciencia de desdén, originada en la propia irresponsabilidad paterna, se ha transmitido hasta ellos de generación en generación. Averígüese el número de demandas de filiación natural que hoy cursan en los Juzgados de la República, y ello dará una cifra irrisoria, y descuéntese el número de los juicios contra los muertos —que son mayoría—

y se verá que las restantes responden a un número mínimo, verdaderamente ridículo en presencia de aquella inmensa población sin padre.

"Así, pues, el fracaso de la nueva acción se debe a falta de términos compulsatorios; y la doctrina jurisprudencial, en su raíz sentimental, que permite ejercerla después de muerto el padre, ha sido el peor enemigo de una ley cuya aplicación debe tender ante todo a crear una nueva mentalidad en el pueblo colombiano, sobre el derecho que asiste al hombre de inquirir por su filiación y el deber que pesa sobre el Estado para hacer viable ese derecho; mas tal mentalidad no se crea dejando el ejercicio de la acción al tiempo y mucho menos cuando el responsable ha fallecido".

La Comisión Revisora del Código Civil de los años de 1952 y 1953 propuso, para imprimir a la acción un mayor sentido de justicia y de interés social, el siguiente proyecto de ley:

"Para subrogar los artículos 10 y 12 de la Ley 45 de 1936:

"La acción de investigación de la paternidad natural está sometida a las siguientes reglas:

"1ª El hijo, por medio de su representante legal, podrá ejercerla dentro de los cinco años siguientes a su nacimiento, a menos que el concubinato haya continuado, o el pretenso padre esté atendiendo al sostenimiento o educación del hijo. En estos casos el término se contará a partir de la cesación del concubinato o del sostenimiento o educación del hijo.

"2ª Cuando la acción no se ejerza dentro del término señalado en la regla anterior, podrá serlo directamente por el hijo o por su representante legal, si fuere incapaz, dentro de los dos años siguientes a la mayor edad.

"3ª La acción debe ejercerse en vida del padre, a menos que el hijo haya nacido después de su muerte, y que el fallecimiento haya ocurrido antes de cumplirse el término de que trata la regla primera, en cuyos casos podrá dirigirse contra los herederos, hasta la expiración de dicho término.

"Los herederos representan al padre que fallece después de notificada la demanda.

"4ª Cuando el juicio se promueva contra los herederos, la acción se adelantará con emplazamiento de quienes se crean con derecho a intervenir en él; y

"5ª Los términos aquí señalados son de caducidad; y los fallos que en estos juicios se pronuncien tienen siempre efectos respecto de todos".

De la exposición de motivos son estas líneas:

"La regla primera señala un primer término (los cinco años siguientes al nacimiento); pero, como sería contraria a la naturaleza de los sentimientos humanos que se ejerciera pendientes las relaciones entre los padres o hallándose el padre atendiendo o educando al hijo, dicho lapso no corre sino después de concluídas las relaciones o los cuidados del padre.

"La segunda conserva la acción a favor del hijo mayor, durante dos años, si la madre o su representante legal no la ejercieron en el primer período.

"La tercera hace sobrevivir la acción cuando el hijo nace después de la muerte del padre o ésta sobreviene durante el primer período, o ya notificada al padre la demanda.

"La cuarta consagra el sistema de emplazamiento para cuando la acción se dirija contra los herederos, y según la quinta, toda sentencia que declare una paternidad natural producirá efectos *erga omnes*.

"Parece que con una enmienda como la expresada, se lograría un estatuto más equitativo para todos".

Mas, como todos los proyectos elaborados por dicha Comisión, como por la de 1939, que asesoró el profesor Julliot de la Morandiere, el relativo a esta materia de inaplazable estudio, yace en los anaqueles oficiales.

En una palabra, mientras no se *modifique* —frente a la doctrina actual de la Corte— o no se *aclare* —frente a la doctrina anterior de la misma entidad y en nuestro concepto— la Ley 45, en el sentido expresado en el proyecto, la acción de filiación natural no cumplirá en Colombia la misión que le corresponde y que consiste, en una palabra, en proteger el derecho primario de la persona humana, de saber quién es su padre, o más claro, de tener un padre, con las consecuencias morales y patrimoniales que ello acarrea, pero, durante la vida de aquél, de manera que la paternidad sea un valor y un carácter actuantes en los años en que la criatura requiere toda la asistencia necesaria a su educación, preparación y establecimiento, y también un trato moral y aun social que sólo puede ofrecer la paternidad.

Lograda la declaración judicial de hijo natural en vida del padre, sobre éste recaerían las cargas que esa calidad comporta, iguales a las del padre legítimo, dada la nivelación que al

respecto consagra la Ley 45, y después de fallecido, si patrimonio material queda, no se expondrá el verdadero hijo a las vicisitudes de un largo litigio, para reclamar lo que le pueda corresponder, ni proseguiría la invencible tentación de fingir filiaciones inexistentes.

Tal ejercicio en vida, movería a los progenitores a reconocer voluntariamente a sus hijos, para evitar los pleitos, y además, la condición de padre natural sería algo efectivo y concreto, que, dadas las obligaciones que le son propias, crearía poco a poco una conciencia pública llamada a destruír la mentalidad que en este punto nos ha caracterizado de lanzar al mundo seres impunemente.

El proyecto referido, por otra parte, sería un paso de importancia que nos condujera a la consagración de la investigación de la paternidad natural como servicio público del Estado.

Bogotá, 28 de abril de 1962.

José J. Gómez R.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Por daños ocasionados por una denuncia penal. Derecho y deber de denunciar los delitos. Consecuencias civiles de la absolución del denunciado frente a su denunciante. El auto de sobreseimiento como prueba traída al juicio civil de perjuicios. Error de hecho.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Para que la facultad de denunciar ante la autoridad las infracciones penales de que se tenga conocimiento (art. 12 del C. de P. Penal) **pueda ejercerse sin comprometer la responsabilidad del denunciante, precisa que las circunstancias en que éste se encuentre sean tales que por un hombre prudente haya podido entenderse que el ilícito se ha cometido.**

2. No porque una investigación o proceso penal originado en una denuncia particular terminen con auto de sobreseimiento definitivo, tiene por solo ello que reputarse como establecida la culpabilidad del denunciante, puesto que el sobreseimiento ha podido producirse a virtud de incidencias o factores sin repercusión sobre las circunstancias ante las cuales el agente estuvo colocado y que permitirían configurar de su parte una conducta juiciosa, arreglada a la mente de la ley.

3. El auto de sobreseimiento definitivo, traído del proceso penal al juicio civil a intento de demostrar la culpa en que se pretende haber incurrido el autor de la denuncia que originó aquel proceso, tendría apenas en el litigio civil el valor de un simple indicio, sujeto, por lo tanto, al tratamiento autorizado por el derecho para esta especie de prueba.

4. Es bien sabido que el error de hecho en la estimación probatoria, para tener entidad en casación, debe ser patente y no sujeto a equívoco o incertidumbre alguna.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE CASACION CIVIL.—Bogotá, D. E., treinta de abril de mil novecientos sesenta y dos).

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el actor contra la sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con fecha 2 de abril de 1960, en el juicio ordinario seguido por Gastón Mesa Ochoa frente a María Delia Mesa Toro y otros.

I

ANTECEDENTES

Gastón Mesa Ochoa, como beneficiario de una letra de cambio que aparecía girada en Amalfi, con fecha 15 de mayo de 1954, por Ramón Mesa Villa, en cantidad de $ 20.150.00, negociola con Manuel Mutis H., por el que fue después endosada a Carlos Salcedo Pinzón, quien en último término, y a fin de obtener su pago, siguió, ante el Juez Promiscuo del Circuito de Amalfi, juicio ejecutivo contra Ramón Mesa Villa.

Este, al ser intimado del mandamiento de pago, desconoció deber la letra en referencia y posteriormente procedió a presentar ante el mismo Juez denuncia criminal, mediante escrito en que, luégo de hacer un recuento de sus relaciones con su sobrino Gastón Mesa Ochoa, concluye así:

"En mérito de lo anteriormente expuesto y habida consideración de que no tengo conciencia

de haber firmado la letra a que me he referido en el hecho décimo de este memorial, ya que por ningún concepto le he debido suma alguna al señor Gastón Mesa Ochoa y menos la de que habla aquel instrumento, denuncio ante usted la falsedad de las firmas que como mías allí aparecen, advirtiendo expresamente que este denuncio no lo pongo directamente contra persona determinada sino que denuncio el hecho para que por las autoridades se constate éste y se averigüe su responsable o responsables'' (C. 1, fs. 6 v. y 7).

Esta denuncia ocasionó el seguimiento del correspondiente sumario, y entre tanto, a solicitud de Mesa Villa, el Juez que conocía del juicio ejecutivo ordenó su suspensión hasta que se pronunciase auto de sobreseimiento o sentencia definitiva irrevocable en el proceso por el denunciado delito de falsedad.

El sumario recibió auto del Juzgado 2º Superior de Medellín, de 6 de marzo de 1956, por el cual se llama a responder en juicio criminal a Gastón Mesa Ochoa, por el delito de ''falsedad en documentos'', consistente en el hecho de haber intercalado en una letra de cambio a cargo del señor Ramón Mesa Villa, las cifras ''20'' y en letras ''veinte mil'', variando así su valor. Pero, esta providencia, en el recurso de apelación contra la misma interpuesto, fue revocada por el Tribunal Superior, mediante auto de 6 de julio del mismo año, en que se ''sobresee definitivamente en favor del acusado''.

II

EL LITIGIO

Así las cosas y habiendo muerto Ramón Mesa Villa, Gastón Mesa Ochoa trajo a juicio ordinario, como a herederos testamentarios de aquél, a Ana Enedina Mesa de Hoyos, Horacio Hoyos G., los Pobres de Solemnidad de Amalfi, el Asilo de Ancianos (La Providencia), la iglesia parroquial y el Hospital (El Carmen), entidades todas estas de Amalfi, y también a María Delia Toro o Mesa Toro, esta última en su carácter de hija natural del causante, para que ''por sentencia definitiva se efectúen las siguientes o semejantes declaraciones:

''*Primera.* Que al señor Gastón Mesa Ochoa, infirió agravio y daños el señor Ramón Mesa Villa, con su actuación dolosa consistente en la presentación de la denuncia criminal de fecha 23 de agosto de 1954, por el delito de falsedad que sanciona el Código Penal en su Capítulo 3º Título 6º Libro 2º, haciendo recaer sobre él en distintos lugares de aquel acto, la responsabilidad en la ejecución de un falso delito.

''*Segunda.* Que como efecto de la declaración anterior, los herederos del señor Ramón Mesa Villa especificados en la demanda, están obligados a indemnizarle al demandante a prorrata de sus respectivas cuotas, los daños causados, así materiales como morales, comprendidos en ellos los aspectos de daño emergente y lucro cesante.

''*Tercera.* Que tales perjuicios deben indemnizarlos al señor Gastón Mesa Ochoa, a prorrata de sus respectivas cuotas, los herederos del señor Ramón Mesa Villa, por el valor que se deja establecido en los ordinales del hecho décimosexto de la demanda, y que es de $ 138.548.00, discriminados así: perjuicios morales subjetivos, $ 2.000; perjuicios morales objetivados, $ 67.000.00; perjuicios materiales, $ 69.548.00.

''*Cuarta.* Subsidiariamente, para el evento de que la condenación no pueda hacerse en la forma solicitada en la declaración anterior, que se mande que los perjuicios deben indemnizarlos a prorrata de sus respectivas cuotas los herederos del señor Ramón Mesa Villa al señor Gastón Mesa Ochoa, en la cuantía que llegue a probarse en este juicio, en la cuantía que llegue a establecerse en el incidente que reglamenta el artículo 553 del Código Judicial.

''*Quinta.* Que los demandados deben pagar al demandante las costas del juicio''.

En derecho, fundóse la acción en los artículos 63, 1113, 1115, 1613, 1614, 1896, 2341, 2342, 2343, 2347, 2356, 2359 y 2360 del Código Civil, 12, 95, 187 y 188 del Código Penal y 737 del Código Judicial.

El libelo fue contestado por parte de Enedina Mesa de Hoyos, Horacio Hoyos Gómez y María Delia Toro o Mesa Toro, en el sentido de desconocer o negar los hechos de que pudiera desprenderse contra la parte demandada la responsabilidad civil que el actor le imputa; dijeron proponer las excepciones que respectivamente indican, y la última expresó oponerse abiertamente a que se hagan las declaraciones impetradas por el actor. El resto de los demandados guardó silencio.

Cerrose la primera instancia con sentencia absolutoria de los demandados, la que, apelada por el actor, fue confirmada en segundo grado por la del Tribunal, de fecha 2 de abril de 1960, objeto ahora del recurso de casación interpuesto por el litigante vencido.

III

LA SENTENCIA RECURRIDA

En la motivación del pronunciamiento, son relevantes las siguientes consideraciones, relacionadas principalmente con la situación de hecho que, a través del acervo probatorio, contempló el sentenciador, a saber:

Que es cuestión comprobada la de que el sumario en que se vio envuelto el demandante se inició con ocasión de la denuncia presentada por Mesa Villa;

que, si bien a éste le atribuye el actor una conducta dolosa, "basta anotar que no resulta del expediente ningún dato que permita deducir o vislumbrar siquiera que el móvil del denuncio hubiera sido el interés de perjudicar al denunciado. Por el contrario, la instauración del juicio de apremio, con base en una obligación que él consideraba inexistente, supone en dicho denunciante un interés serio y legítimo, ya que la medida inmediata aconsejable era la suspensión del proceso, a fin de no verse constreñido a pagar, sin que la justicia represiva se pronunciara sobre la falsedad del documento";

que "se imputa también a Mesa el hecho de haber denunciado un delito que no se había cometido, partiendo de la base del sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior";

que la demanda se funda en el hecho de que el denunciante obró a sabiendas de que el denunciado era inocente "o por lo menos, con base en una convicción inexcusablemente equivocada".

que "considera la Sala que no hay datos suficientes en el proceso para concluír que la letra que motivó el denuncio no fue falsificada. Es cierto que, según el dictamen rendido formalmente por los grafólogos, las firmas estampadas corresponden al grafismo de don Ramón, por lo cual los peritos opinan que fueron ejecutadas por la mano de éste; pero debe tenerse en cuenta que la prueba grafológica nunca ha sido considerada como absolutamente concluyente, a pesar de constituír una grave presunción, a veces aceptada por los Jueces como plena prueba, en ciertos casos. Pero, admitiendo como inconcuso el hecho de la autenticidad de las firmas, subsisten muy fundadas dudas acerca de la falsedad consistente en la interpolación de la cifra que alteró la cuantía de la suma pagadera en el instrumento. No se niega que el papel haya sido llenado por el girador, de acuerdo con las explicaciones de Gastón en su indagatoria, y en ello se basó el Tribunal para pronunciar su sobreseimiento; pero no se excluye la hipótesis contraria, de más normal ocurrencia, de que si hay agregaciones posteriores en el contexto del documento, ellas no provengan del deudor, sino de la parte interesada en agravar su responsabilidad, salvo prueba en contrario. A este respecto, dijeron los peritos: 'Es el caso que ante la autenticidad de las dos firmas del señor Ramón Mesa V. al frente y al dorso del instrumento cambiario dicho, se registra que éste no fue inicialmente girado sino por la suma de $ 150.00, escribiendo muy astutamente y con maña de delincuente avezado la cantidad en letras y números, de modo que quedara espacio libre para incorporar posteriormente la palabra veinte mil y las cifras *20*. La interpolación se hizo con la misma máquina de escribir en que se escribió el texto primitivo y es probable que entre la operación principal y la secundaria o adicional, no hubiera mediado sino tiempo corto, pues la pigmentación de la cinta no ofrece ninguna modificación. La escritura posterior complementaria o interpolada se descubre por la diferencia de alineación de los diferentes textos. La regla milimétrica y el hilo de prueba señalan una desviación diferencial apreciable en un milésimo de milímetro. Si la interpolación se hizo antes que el señor Mesa firmara dos veces, o después de ello, no es cosa que podamos determinar, por falta de factor diferencial o de escritura superpuesta o de contacto'. Y fue precisamente con base en este experticio que el señor Juez 2º Superior, previo dictamen favorable de su colaborador fiscal, abrió causa criminal contra el sindicado, pues consideró que el hecho material de la interpolación se hallaba comprobado y que otros indicios del sumario hacían poco verosímiles las exculpaciones presentadas en la indagatoria".

IV

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Dos cargos informan el libelo de casación, ambos en la órbita de la causal primera del artículo 520 del Código Judicial.

PRIMER CARGO

Está formulado por violación, consistente en falta de aplicación que se dice debida a interpretación errónea, de los artículos 63, 2341, 2343, 1757, 1758 y 1759 del Código Civil y 632 del Código de Procedimiento Civil, los cuatro últimos en relación con el artículo 1494 de la misma obra (sic), también infringido por inaplicación.

Lo presenta el recurrente manifestando que "no procede contrastar la sentencia de segundo grado con la prueba allegada a los autos" y que "la discrepancia surge de contrastar el fallo

impugnado con la ley sustancial, la interpretación del negocio jurídico o clasificación''.

Lo desarrolla, argumentando en el fondo así:

Que el actor hizo a la parte demandada el cargo de haber cometido culpa grave, por el hecho de haber jurado que las firmas estampadas por él, en el instrumento negociable, eran falsificadas;

que, según el artículo 63 del Código Civil, dicha especie de culpa, en materias civiles, equivale al dolo, y que el artículo 2341 ibídem dispone que el que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro es obligado a la indemnización, preceptos ambos que fueron invocados como fundamento de la acción;

que el sentenciador, sin rechazar nada de esto, reputa al agente del daño, Ramón Mesa Villa, exento de culpa, pues supone que éste, en la formulación de la denuncia referida, procedió con ''un interés serio y legítimo'', al acogerse a la medida inmediata aconsejable, de la suspensión del proceso ejecutivo;

que, el juzgador ''incurrió en equivocación cuanto a los límites de las normas contenidas en los artículos 63 y 2341 del Código Civil, porque los interpretó en sentido más restringido del que tienen, y por tanto dejó de aplicar estos ordenamientos sustanciales al caso del pleito, siendo aplicables''; o de otro modo, que cayó en error ''relativo al significado de estas normas, colocando como premisa mayor las que regulan el caso, pero asignándoles contenido diverso, por lo que resultó aplicando norma diferente de la que creyó aplicar'';

que, cuando dijo que la formulación de una denuncia penal se considera ''como el ejercicio del derecho general de libertad o como un derecho subjetivo determinado'', profesó una ''tesis herida de absolutismo, reñida con el derecho de accionar'', punto este en el que, con respecto al ejercicio de las vías de derecho, se remite el acusador a las enseñanzas de algunos doctrinantes, ya en lo atinente a la relatividad de este derecho, susceptible de abuso, ya en cuanto a ver en la anormalidad o peligrosidad del acto realizado un criterio de culpabilidad, ya en cuanto a hacer consistir este criterio en la creación del riesgo como fuente de provecho o riqueza para el agente del daño;

que ''la culpa es condición indispensable y como un soporte de la responsabilidad delictuosa y cuasidelictuosa del hecho personal'', pero no es menester que sea grave y que ''no hay necesidad de señalar fronteras entre el delito y el cuasidelito, para efectos de la responsabilidad que acarrean los errores de conducta'';

que en materia de denuncias penales, no solamente una denuncia hecha por maldad compromete la responsabilidad del denunciante, sino también la que se hace, sin malicia, pero procediendo de manera distinta a como hubiera obrado un individuo normal.

Por último, refiriéndose al alcance de las sentencias que en el proceso penal absuelven al reo u ordenan el sobreseimiento definitivo, el impugnante sostiene que, como en el caso de que se trata, la Sala Penal del Tribunal, declarando que no existía indicio alguno en contra del acusado, produjo el sobreseimiento definitivo en su favor, éste pasó en autoridad de cosa juzgada, de absoluta prevalencia sobre la cuestión de controversia civil, doctrina opuesta a la que se contiene en la sentencia objeto de la presente acusación.

Tales los argumentos alegados por el recurrente a intento de fundar el cargo de violación de los preceptos legales atrás referidos.

SE CONSIDERA:

El artículo 12 del Código de Procedimiento Penal al estatuír una especie de cooperación pública en la fiscalización de la delincuencia, disponiendo que todo habitante del territorio, mayor de edad, está obligado, salvo las excepciones legales, a denunciar a la autoridad las infracciones penales de que tenga conocimiento, en cuanto sean de aquellas cuya investigación deba iniciarse oficiosamente, fía al buen juicio de los denunciantes el cumplimiento de tan delicado deber. El que, en orden a su ejecución, importa desde luego un derecho, primordialmente inspirado en el interés general, con el que concurre el interés privado en cabeza de la víctima del delito o de sus herederos.

Pero, si la ley impone a quien tenga conocimiento de una infracción penal investigable de oficio, el deber de denunciarla a la autoridad, mal podría someterse a quien, sin torcida intención, se allana al cumplimiento de tal imperativo, a responsabilidades que excedan de las inherentes a la falta de cuidado o diligencia necesario para no intentar una denunciación desprovista de suficiente fundamento. Lo que vale decir que para que la facultad de que se trata pueda ejercerse, sin comprometer la responsabilidad del denunciante, precisa que las circunstancias en que éste se encuentre sean tales que por un hombre prudente haya podido entenderse que el ilícito se ha cometido.

Como lo anotó la Sala en sentencia de 30 de agosto de 1960 (XCIII, 2228-2229, págs. 139 ss.), ''desde el año de 1935, sostenida ha sido la doc-

trina de la Corte en el sentido de que, cuando en ejercicio del derecho-deber consagrado hoy en el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal, una persona denuncia ante la autoridad una infracción penal, con intención de perjudicar al presunto procesado, o sin la diligencia, cuidado, cautela o previsión con que suele obrar una persona prudente, y de tal acto resulta un daño, incurre en la responsabilidad civil estatuída por el artículo 2341 del Código Civil por razón de la cual está obligada a la indemnización del daño causado con su delito, en el primer supuesto, o con su culpa, en el segundo (T. 45, pág. 420. T. 46, págs. 58 y 411. T. 63, pág. 290. T. 79, págs. 477 y 778)''.

Mas no porque una investigación o proceso penal originado en una denuncia particular terminen con auto de sobreseimiento definitivo, tiene por solo ello que reputarse como establecida la culpabilidad del denunciante, puesto que el sobreseimiento ha podido producirse a virtud de incidencias o factores sin repercusión sobre las circunstancias ante las cuales el agente estuvo colocado y que permitirían configurar de su parte una conducta juiciosa, arreglada a la mente de la ley.

En este orden de ideas, pudo decir la Corte en fallo de casación civil de fecha 7 de marzo de 1944, lo siguiente: ''....la Sala se ha guardado de reputar comprobación de culpa del denunciante el mero hecho de que a favor del denunciado haya habido un sobreseimiento... No pudiendo el solo sobreseimiento determinar el concepto de si la denuncia ha sido o no dolosa o culposa, la decisión al respecto ha de buscarse en todos los hechos pertinentes, en las circunstancias y peculiaridades de cada caso, en lo que constituye la situación de las cosas, su estado ambiental por decirlo así, en la época en que la denuncia se formuló, a fin de establecer si para entonces hubo o no un error de conducta en formularla'' (LVII, 2006-2009, págs. 74 ss.).

Quiere decir que el auto de sobreseimiento definitivo, traído del proceso penal al juicio civil a intento de demostrar la culpa en que se pretende haber incurrido el autor de la denuncia que originó aquel proceso, tendría apenas en el litigio civil el valor de un simple indicio, sujeto, por lo tanto, al tratamiento autorizado por el derecho para esta especie de prueba.

Formulado el primer cargo de la acusación por quebranto directo de la ley sustancial en cuanto se deja por fuera de todo ataque la estimación que el sentenciador hiciera de las pruebas del juicio, precisa aceptar la situación objetiva del caso como la vio el juzgador, cuya percepción de los hechos es intocable.

Ahora bien: el Tribunal, al examinar las circunstancias en que hubo de proceder Ramón Mesa Villa en su denuncia sobre la pretendida falsedad de la letra de cambio, encuentra que, no solamente ''no resulta del expediente ningún dato que permita deducir o vislumbrar siquiera que el móvil del denuncio hubiera sido el interés de perjudicar al denunciado'', sino que ''no hay datos suficientes en el proceso para concluír que la letra que motivó el denuncio no fue falsificada''; que, aun admitiendo el hecho de la autenticidad de las firmas de Mesa Villa en la letra, con base en el dictamen de los grafólogos rendido en el sumario, prueba que como tal le merece reservas, ''subsisten muy fundadas dudas acerca de la falsedad consistente en la interpolación de la cifra que alteró la cuantía de la suma pagadera en el instrumento''; y que fue por ello por lo que el Juez Superior, de acuerdo con el Agente del Ministerio Público, abrió causa criminal contra el sindicado, cuyas exculpaciones estimó poco verosímiles en vista de otros indicios del sumario; por todo lo cual juzga que, si ''lo anterior no implica que se adopte ninguna conclusión contra la inocencia de Gastón Mesa'', empero ''sí permite afirmar sin vacilaciones que no se puede inculpar al demandante (sic) de haber obrado maliciosa o negligentemente mientras subsista una duda acerca del hecho de haberse verificado una alteración delictuosa en el documento cuestionado, duda que no se pudo desatar en este proceso, ni tampoco en el sumario, porque la providencia que le puso término se apoya más en la insuficiencia del acervo probatorio que en la certidumbre de la no ejecución del delito''.

Resulta, así, que de los hechos, tales como el sentenciador los ha visto, éste deduce que Mesa Villa, en la presentación de su denuncia, no procedió ni con malicia, ni con negligencia. Y esta conclusión, razonablemente deducida por el sentenciador de las circunstancias objetivas de la especie litigada, no aparece contraria a derecho y, por lo tanto, escapa a las censuras de carácter jurídico que le ha formulado el impugnante.

Porque, no aparece restringido, como éste lo pretende, el contenido de los artículos 63 y 2341 del Código Civil, pues la razón que dio el sentenciador de no haber existido en el denunciante Mesa Villa intención alguna de perjudicar al denunciado Mesa Ochoa, no fue ni mucho menos la única sustentatoria de la decisión. Ese argumento sirvió solamente para descartar el *animus nocendi* o malicia en la formulación de la denuncia; pero, otras razones invocó el fallador, según se vio atrás, con qué librar de la tacha

de negligencia la conducta del agente. O lo que es lo mismo, que en manera alguna redujo la responsabilidad civil extracontractual al radio de lo ilícito intencional, sino que también entendió ser una de las fuentes de esa responsabilidad la simple culpa, desde luego que, en la aludida conclusión de su razonamiento, yuxtapuso los dos conceptos, como entes distintos, colocando a cubierto de la incidencia de uno y otro la actuación del denunciante.

Ni es exacto que el sentenciador hubiera afirmado como uno de los principios de su razonamiento el de que la formulación de una denuncia penal se considera como el ejercicio de un derecho absoluto, porque es lo contrario lo que se desprende de la motivación del fallo, cuyos razonamientos en este punto aparecen condensados en el párrafo que dice: "Sea, pues, que la formulación de una denuncia penal se considere como el ejercicio del derecho general de libertad o como un derecho subjetivo determinado, es lo cierto que puede originar una culpa que dé lugar a acción de perjuicios, si tal actividad no se cumple con las precauciones debidas", tesis en apoyo de la cual trae a cita numerosas sentencias de la Corte Suprema de Justicia.

Tampoco es procedente el argumento de que, por haber pasado en autoridad de cosa juzgada el auto de sobreseimiento definitivo pronunciado a favor de Mesa Ochoa por la Sala Penal del Tribunal Superior —auto en el que según el recurrente se declaró que no existía indicio alguno en contra del acusado—, tiene tal proveído absoluta prevalencia sobre la cuestión de controversia civil, sin que por lo tanto pueda ser desconocido en el presente juicio. Porque, ante todo, no se encuentra en esa providencia la expresa declaración de no existir indicio alguno en contra del acusado, pues lo que en ella se concluye es que "como no ha sido desmentido el acusado en sus cualificaciones y sus aseveraciones no son absurdas e imposibles, debe, por lo tanto, dársele crédito"; y porque lo que aquí se ventila no es la materia de la investigación penal sobre que recayó el auto de sobreseimiento, o sea si el sindicado era, sí o no, responsable de haber cometido falsedad en la letra de cambio a que se refirió la denuncia de Mesa Villa, sino que el objeto del presente litigio ha sido el de determinar si Mesa Villa incurrió, sí o no, en maligna intención o en culpa al formular la denuncia por falsedad en la dicha letra y son, por lo tanto, en caso afirmativo, responsables sus herederos, de los perjuicios morales y patrimoniales que con esa denuncia hubiera sufrido el demandante Mesa Ochoa.

Entre los dos procesos, el penal y el civil, existe, en este caso, incuestionable separación, dada la diferencia de sus fines, por lo cual el estudio en la acción civil de la responsabilidad del denunciante no puede significar violación de la cosa juzgada penal. Por ello, la sentencia recurrida no niega su fuerza legal al sobreseimiento con que fue favorecido el sindicado; simplemente se limita a considerar que ese sobreseimiento no es por sí solo suficiente para demostrar malicia o negligencia por parte de Mesa Villa en la formulación del denuncio con que fue implicado Mesa Ochoa.

Por lo demás, las referencias a las teorías del "riesgo provecho" y de la "anomalía o peligrosidad del acto" como criterios de responsabilidad civil, con que el recurrente ha querido ilustrar su libelo, carecen de pertinencia en la precisa espera de la cuestión debatida.

Todo lo dicho lleva a la conclusión de que el juzgador, al estimar que Ramón Mesa Villa no procedió maliciosa o negligentemente en la presentación de la denuncia de que se trata, y al absolver por lo tanto a sus herederos de la demanda de indemnización de perjuicios instaurada por Gastón Mesa Ochoa, no violó ninguno de los preceptos legales con que toca el cargo en estudio, el que por lo mismo se desecha.

SEGUNDO CARGO

Está formulado por violación indirecta de los preceptos legales que se relacionan en seguida, a causa de errores de hecho que se dicen cometidos por el sentenciador en materia probatoria. La indicación de los preceptos violados se hace así: "a) Los artículos 473, 474, 475 y 632 del Código de Procedimiento Civil por no haberlos aplicado al caso del litigio, siendo aplicables; b) Los artículos 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30 y 31 del Código de Procedimiento Penal, por inaplicación, siendo aplicables; c) Los artículos 63, 1757, 1758, 1759 del Código Civil, por aplicación errónea, o mala aplicación, al caso del pleito, en relación con el 632 del Código Judicial, que no fue aplicado; d) Los artículos 63, 2341 y 2343 por haberlos interpretado erróneamente".

Comienza la censura por transcribir de la sentencia acusada el pasaje que dice: "La demanda no se funda en el hecho de que el delito de falsedad no hubiera sido cometido por el denunciado, sino en otro muy distinto: en que el denunciante obró a sabiendas de que era inocente, o por lo menos, con base en una convicción inexcusablemente equivocada. Si, al decidir del mérito de dicha demanda, el Tribunal parte del hecho de que el delito pudo haberse cometido, no

obstante lo declarado en el sumario, no viola la cosa juzgada, puesto que el efecto preclusivo del sobreseimiento en la acción civil se limita a lo que es materia propia de esta acción y no recae sobre hechos que no hacen parte de sus elementos constitutivos, o en otras palabras, que no son materia necesaria de comprobación judicial en el proceso civil, por no constituír un soporte común de las dos acciones''.

De estas expresiones, el recurrente intenta ver como pensamiento del Tribunal, el de que ''habría producido un fallo, de opuesto contenido al que es materia de esta impugnación, si la demanda se hubiera fundado en el hecho de que el ilícito de falsedad no se cometió por el demandante, toda vez que en tal supuesto, las dos acciones habrían tenido un soporte común, lo que daba la resultancia de la cosa juzgada'', y luégo agrega el libelista: Este planteamiento es apenas aproximado. Pero aceptándolo como cierto, predica un error manifiesto de hecho, cometido por el sentenciador, en la interpretación de la demanda, visible a folios 55 hasta 59, en cuya pieza se presenta, de todos modos, el hecho y se demuestra, que Gastón Mesa O. no incurrió en el ilícito de falsedad del instrumento negociable''.

Después, refiriéndose al auto de sobreseimiento definitivo a favor de Gastón Mesa Ochoa, en el cual la Sala Penal del Tribunal consideró que al denunciado debe ''dársele crédito y admitir que sí le fue dada la letra por el valor indicado y que el acusado no hizo uso ilícito de la misma'', dice el recurrente que ''esta prueba documental, conjuntamente, con el libelo demandador visible de folios 55 a 59 de ídem cuaderno, no fueron estimados por el sentenciador, de modo particularísimo el libelo demandador, que no fue interpretado, debiendo serlo, puesto que está asimilado a una prueba'', y que ''a causa de este manifiesto error de hecho'' y ''a través de estos graves errores'', infringió el Tribunal los preceptos legales atrás señalados.

SE CONSIDERA:

Los reparos en este capítulo formulados a la sentencia, no se acomodan a las precisiones del del recurso extraordinario.

En cuanto hace a la imputación por error de hecho en la interpretación de la demanda, la censura se reduce a contraponer a la inteligencia que el sentenciador hizo del libelo un concepto que el recurrente supone fue el del sentenciador y sin que el mismo recurrente haga sobre el punto una afirmación definida, pues, al suponer lo que cree fue pensamiento de la sentencia, dice él que ''este planteamiento es apenas aproximado'', pero que ''aceptándolo como cierto, predica un error manifiesto de hecho''. El reparo no encuadra, pues, en la técnica del error de hecho en la apreciación probatoria, porque es bien sabido que el error de tal especie para tener entidad en casación debe ser patente y no sujeto a equívoco o incertidumbre alguna. De otro lado, no puede negarse que el sentenciador entendió la demanda, como obviamente resulta de su tenor y espíritu, es decir, como la petición para que se condene a los herederos de Ramón Mesa Villa a indemnizar a Gastón Mesa Ochoa los perjuicios que aquél le causara con la denuncia de que se trata y que según el actor fue hecha con malicia o culpa (demanda, ords. 16 y 17). Así, el transcrito pasaje de la sentencia, del cual pretende el recurrente deducir el error de hecho, muestra apenas un argumento expuesto por el sentenciador para establecer que su decisión no peca contra la cosa juzgada resultante del sobreseimiento definitivo.

Y por lo que hace a la tacha de falta de estimación del auto de sobreseimiento definitivo, ella es improcedente, porque, de todo lo discurrido en la ventilación del primer cargo, resulta que el Tribunal sí se ocupó del mentado sobreseimiento, para averiguar sus efectos en relación con la demanda que originó este juicio, como lo deja ver el propio pasaje de la sentencia, a que se acaba de hacer alusión, sin que contra el pensamiento del sentenciador al respecto se haya concretado cargo alguno por error de hecho.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha dos (2) de abril de mil novecientos sesenta (1960), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

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

Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALA DE CASACION PENAL

HOMICIDIO AGRAVADO.—CAUSAL 4ª DE CASACION

No fueron probados los cargos hechos contra la sentencia condenatoria. Requisito de la defensa técnica del procesado. Declaración de parientes no obligados a declarar. Pruebas practicadas a solicitud de parte no legitimada en el proceso.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. La búsqueda de la verdad y la aplicación justa de la pena, como objetivos primordiales del proceso, sólo resultan legítimos si se asegura una efectiva defensa de la persona incriminada.

2. En la prohibición contenida en el artículo 25 de la Carta "va implícitamente envuelto el reconocimiento de una facultad para el testigo, de declarar o abstenerse de hacerlo, con la correlativa obligación para el funcionario de recibírsela cuando aquél opte por rendirla". Pero en el supuesto de que tales testimonios se reciban sin el consentimiento de los deponentes, dicha violación del precepto de la Carta tiene sus consecuencias sobre la validez de tales pruebas, las que correspondería tomar como inexistentes, mas no en la legitimidad del proceso.

3. Con la salvedad del avalúo de los daños y perjuicios, lo cual sólo cabe hacer en la etapa del juicio y a solicitud de alguna de las partes, todas las diligencias mencionadas en el artículo 294 del Código de Procedimiento Penal debe practicarlas el funcionario de instrucción, sin esperar a que las partes las soliciten. Bien podía, entonces, el instructor en este negocio practicar las pruebas señaladas por la parte civil aún no reconocida, aunque fue irregular el procedimiento, ya que habría podido decretarlas aun sin mediar petición alguna.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA PENAL.—Bogotá, marzo primero de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Agotada la tramitación correspondiente, procede la Sala a resolver sobre el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, de 25 de marzo de 1961, por la cual les fue impuesta a los procesados Guillermo Castro García y Pedro Castro García la pena de dieciséis años de presidio, más las sanciones accesorias correspondientes, como responsables del delito de homicidio cometido en la persona de Ramón Ernesto Valbuena.

HECHOS Y TRAMITE EN LAS INSTANCIAS

En síntesis que acoge el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, el demandante refiere los hechos, así:

"El señor Ramón Ernesto Valbuena Sanabria desempeñaba por la época de los hechos las funciones de administrador de la finca agrícola denominada 'El Santuario', de propiedad de su padre, finca que estaba situada en el Municipio de Rionegro (Santander). El día 28 de junio de 1958, Ernesto Valbuena Sanabria salió de esa localidad acompañado de su hermana Eva

Valbuena y de un amigo de nombre Everardo Rocha. Una vèz que habían llegado los citados viajeros al sitio denominado 'Puente de Tierra', fueron recibidos por un peón de la finca 'El Santuario', llamado David o Daniel Dulcey, quien les tenía preparadas las cabalgaduras para que prosiguieran el viaje hacia la finca que Valbuena Sanabria administraba. Agotados los preparativos del viaje, éste fue iniciado aproximadamente a las once a. m., del día de autos, por Ernesto Valbuena, su hermana Eva, el amigo de ellos, Everardo Rocha y el peón de la finca. Cuando los viajeros llegaron al sitio denominado 'El Encanto', que está ubicado dentro de la hacienda 'La Esmeralda', sintieron la detonación de un disparo de arma de fuego y al instante Ramón Ernesto Valbuena se tocó la espalda en el sitio donde había sido herido y cayó de la cabalgadura. Inmediatamente se apearon los acompañantes con el fin de prestarle los auxilios de rigor, pero fueron ya inútiles, puesto que el herido falleció instantes después en el sitio donde cayó del caballo. Sus acompañantes resolvieron dejar el cadáver al cuidado de una persona y se encaminaron inmediatamente a poner en conocimiento de las autoridades el hecho criminoso. Ninguno de los acompañantes del hoy occiso pudo identificar a los criminales, autores del disparo mortal que terminó con la vida del señor Valbuena Sanabria. El amigo de ellos, Everardo Rocha, con el arma que portaba el occiso les hizo dos disparos a los asaltantes, dirigidos al sitio donde salió el disparo mortal.

"El levantamiento del cadáver de Ramón Ernesto Valbuena Sanabria fue practicado por el señor Alcalde de Rionegro, el día 28 de junio de 1958, atendiendo la información telefónica que le fue oportunamente suministrada por los familiares del occiso".

TRAMITE PROCESAL:

Agotada la instrucción penal, el Juzgado 4º Superior de Bucaramanga, mediante providencia de 18 de agosto de 1959 (fs 166 a 178 del cd. 1º), llamó a los procesados Guillermo Castro García y Pedro Castro García a responder en juicio con intervención del Jurado, "por el delito de homicidio ... que cometieron en complicidad correlativa y en la forma y dentro de las modalidades en la parte motiva consignadas..., en la persona de Ramón Ernesto Valbuena Sanabria".

Concedido el recurso de apelación interpuesto contra la providencia anterior por el defensor de oficio del procesado Guillermo Castro García, el Tribunal Superior de Bucaramanga, en auto de 18 de febrero de 1960, confirmó lo resuelto por el *a quo*, señalando en la parte motiva como circunstancias específicas de agravación las previstas en los numerales 2º y 5º del artículo 363 del Código Penal, y rechazando la modalidad de la complicidad correlativa, indicada por el inferior. En cuanto a lo último, dice el *ad quem*:

"Las circunstancias todas que rodearon el hecho y el material probatorio allegado, permiten a la Sala acoger la decisión de que a Guillermo y Pedro Castro García se les ha de llamar a responder ante el jurado en su condición de coautores o correos, por el delito de homicidio en Ramón Ernesto Valbuena, agravado por la premeditación y la indefensión en que se hallaba la víctima.

"Como coautores, porque los dos hermanos Castro concurrieron a la escena delictuosa habiendo de antemano prestado su mutuo consentimiento que los llevó a la preparación ponderada del delito; y ejecutaron juntos, los dos, todos los actos que dieron como resultado la muerte de Valbuena. No podría hablarse de complicidad correlativa, porque esta figura hace aparición cuando existe incertidumbre sobre el verdadero autor del delito en cuya ejecución intervienen varias personas, sin que todas puedan considerarse como autoras. En el caso *sub judice*, cada uno de los procesados cumplió a cabalidad el papel que tenía a desempeñar, lo que significa una conjunción e inteligencia de voluntad y acción criminosa, que no dejan la menor duda acerca de su responsabilidad, para responder en la misma forma al tenor de lo dispuesto por el artículo 19 del Código Penal".

Llevada a cabo la audiencia pública, en la que los procesados estuvieron asistidos por sus defensores, quienes hicieron extensos alegatos orales, los jueces de conciencia respondieron afirmativamente a los cuestionarios que les fueron propuestos, a saber:

a) "Cuestión primera: El acusado Pedro Castro García, conocido a los autos, ¿es responsable —como coautor— de los hechos que ocasionaron la muerte a Ramón Ernesto Valbuena Sanabria; al actuar lo hizo con el propósito de matar, en circunstancias que colocaron a la víctima en condiciones de indefensión (asechanza) y luégo de haber meditado y determinado —por motivos innobles— la consumación del delito? Los hechos ocurrieron a eso de la una de la tarde del veintiocho de junio de mil novecientos cincuenta y ocho en el punto 'El Cinto', hacienda 'La Esmeralda', del Municipio de Rionegro (S.). Responde el Jurado: Sí".

b) "Cuestión segunda: El acusado Guillermo Castro García, cuyas anotaciones generales constan en el expediente, ¿es responsable de haber ejecutado —junto con su hermano Pedro, a quien se refiere la pregunta anterior— los hechos con los cuales se ocasionó la muerte a Ramón Ernesto Valbuena Sanabria; al cumplir su actuación lo hizo con el propósito de matar, en circunstancias que pusieron a la víctima en condiciones de inferioridad (asechanza) y luégo de haber deliberado —con motivos innobles— y determinado previamente el cometer la delincuencia? Los hechos se cumplieron a eso de la una de la tarde del veintiocho de junio de mil novecientos cincuenta y ocho en el sitio 'El Cinto', de la hacienda 'La Esmeralda', de la municipalidad de Rionegro (S.). Contesta el Jurado: Sí".

Aceptado el veredicto por el *a quo*, profirió la sentencia condenatoria de 22 de julio de 1960, por la cual impuso a los encausados Guillermo Castro García y Pedro Castro García la pena principal de dieciséis (16) años de presidio, más las sanciones accesorias correspondientes, como responsables del delito de homicidio cometido en la persona de Ramón Ernesto Valbuena Sanabria (fs. 106 a 120 del cd. 2º).

Este proveído fue confirmado por el *ad quem* mediante la sentencia de 25 de marzo de 1961, objeto del recurso de casación, en la cual se dice que "el Tribunal, lo mismo que el juzgador de primera instancia, consideran que el veredicto proferido debe ser acatado y servir de fundamento a la sentencia en derecho, toda vez que encuentra pleno e inequívoco respaldo en las pruebas del proceso".

DEMANDA DE CASACION

El señor apoderado de Guillermo Castro García y de Pedro Castro García, en su demanda, presenta los siguientes cargos contra la sentencia recurrida:

a) *Causal cuarta de casación.* "Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

Con apoyo en esta causal, el impugnante aduce lo siguiente:

1º Que "durante la tramitación del sumario se quebrantó el derecho de defensa de los sindicados", pues, dice, "el señor apoderado de los señores Castro García no pidió la práctica de pruebas en la instrucción sumarial; no solicitó la revocatoria del auto de detención precautelativa que los afecta, y cuando el sumario fue calificado por medio del llamamiento a juicio, donde el Juez de derecho les había reconocido una circunstancia atenuante de responsabilidad, como es la complicidad correlativa consagrada en el artículo 385 del Código Penal, cometió la torpeza de interponer un recurso de apelación para ante el Tribunal, donde esta corporación, al desatar el recurso de alzada interpuesto, la suprimió, dejándolos en un homicidio agravado. El señor defensor no tuvo la preocupación de sustentar dicha apelación, porque era un 'defensor de oficio', porque los intereses del acusado no importaban nada, y por tal motivo se consideró relevado de cumplir con su deber. Si el expediente subió al Tribunal Superior lo fue en virtud de la apelación interpuesta por el defensor... ". Más adelante, agrega: "No se diga que los procesados fueron defendidos convenientemente en la audiencia pública... Nada puede hacer un defensor, con toda su loable diligencia, si en el acto de la audiencia pública tiene como fundamento de su defensa un expediente donde la prueba de imputación no fue quebrantada por medio de alegatos en la etapa de instrucción sumaria, con base en las observaciones... " fundadas en las normas de "derecho sustantivo y procesal... La negligencia de los apoderados y defensores llegó hasta el extremo de permitir dos sorteos de Jurados, en los cuales se cambió a uno de sus integrantes solamente por petición de la Parte Civil, sin que el Juez de la causa allegara otras informaciones sobre la ausencia de los citados jurados y su imposibilidad física para asistir a la audiencia. Claro está que esta nulidad desapareció por haber transcurrido el término para que el defensor la reclamara, pero a pesar de ello, no deja de ser una grave informalidad que incide en contra de la imparcialidad de la administración de justicia".

2º Que se infringió el artículo 25 de la Constitución Nacional, "desde el momento en que fueron llamados a declarar ... la propia madre de los sindicados y el tío de los mismos, sin la previa advertencia de que éstos no estaban obligados a hacerlo. Como la Carta es una norma de superior jerarquía, a la cual están supeditadas todas las normas y leyes que rigen en los procesos penales, tenemos que su quebrantamiento determina una nulidad supralegal por este otro aspecto".

3º Que "la parte civil... pidió pruebas y éstas le fueron decretadas cuando aún no tenía el derecho de solicitarlas, pues aún no le había sido admitida su demanda. Cuando la demanda de constitución se presenta y ésta es admitida, es

en ese momento procesal que surge el derecho de pedirlas".

Agrega que "el cargo lo hace consistir en que el funcionario de instrucción le permitió a la parte civil ejercitar una facultad procesal que por el momento..." no tenía, con lo cual se violaron "los artículos 123 y 178 del Código de Procedimiento Penal, que inciden en menoscabo de la 'plenitud de formas propias del juicio penal', consagrada en la Constitución".

4º Que "los cuestionarios..." propuestos al Jurado... "están mal redactados por la forma confusa como se puntualizaron las circunstancias de agravación".

"No es lo mismo...", observa el demandante, que se pregunte al Jurado si "en la ejecución del hecho obró el acusado con premeditación, acompañada de motivos innobles o bajos", a que se le interrogue, como aparece del cuestionario, "si obró luégo de haber meditado y determinado —por motivos innobles— la consumación del delito"; o "en circunstancias que pusieron a la víctima en condiciones de inferioridad (asechanza) y luégo de haber deliberado —con motivos innobles— y determinado previamente a cometer la delincuencia".

Expresa que "por tal motivo, el Jurado no se pronunció sobre los cuestionarios propuestos en una forma clara y precisa, y en este caso especialísimo, los juzgadores de instancia no podían dictar la sentencia en la forma como lo hicieron, imputándole al procesado las agravantes..." previstas en los numerales 2º y 5º del artículo 363 del Código Penal, "en atención a lo confuso del veredicto".

Agrega que "en el caso de autos, como atrás se dijo, como el Juez olvidó preguntar al Jurado en forma técnica por la existencia procesal de las agravantes..." mencionadas..., "el Jurado no podía reconocerlas, sencillamente por la potísima razón de que éstas no le fueron preguntadas en la forma que la ley señala".

Asímismo, anota que "en los cuestionarios se le preguntó al Jurado por la causal de agravación de la asechanza, y en la sentencia se habla es de la insidia, dos cosas fundamentalmente diferentes, de lo cual se colige, que la sentencia está en completo desacuerdo con el veredicto del Jurado. Hago esta observación dentro del marco de la causal cuarta, por la sencilla razón de que la reiterada jurisprudencia de la Corte ha sostenido que en los juicios en que interviene el Jurado es improcedente la causal tercera de casación, prevista en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, cargo este que hubiera sido pertinente dentro del marco de la causal tercera de casación".

Concluye solicitando que se invalide la sentencia, con fundamento en la causal cuarta de casación, a fin de que se reponga el procedimiento en este negocio.

b) *Causal primera de casación:* "Cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma".

Fundado en esta causal, el demandante hace el siguiente cargo:

"En atención a la confusión en que se incurrió en la redacción de los cuestionarios y en la sentencia, el Tribunal Superior no podía aplicar los numerales 2º y 5º del artículo 363 del Código Penal, y condenar a los procesados a la pena de dieciséis años de presidio y accesorias anexas, con lo cual se violó también lo previsto en los artículos 36, 38 y 39 del Código Penal, por cuanto se dejaron de reconocer a favor de los procesados las circunstancias de menor peligrosidad, como su buena conducta anterior, su ninguna ilustración, pues ellos ni siquiera saben firmar, y el precario medio social en que viven. Igualmente se aplicó indebidamente el artículo 19 del Código Penal, que consagra la autoría, cuando lo pertinente, por ser norma más favorable a los procesados, hubiera sido tomar en cuenta el artículo 20 de la obra citada, que trata de la complicidad no necesaria, que es la que surge del caso de autos".

Insiste en que "los cuestionarios propuestos a la consideración del Jurado hablan de la asechanza, pero no de la insidia, que es una circunstancia de agravación diferente, de la que tampoco se habló en el auto de proceder, donde también hubiera sido procedente, para darle a los sindicados la oportunidad de que se defendieran de él. Al no hacerlo, los falladores de instancia incurrieron en confusión y la sentencia aparece en completo desacuerdo con el veredicto del jurado, por cuanto el Tribunal, en la sentencia, habla de la insidia, circunstancia que no aparece en el veredicto del Jurado".

Concluye, con este respecto, solicitando que se invalide la sentencia y se dicte la que deba reemplazarla.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Luégo de un detenido estudio de los cargos formulados por el demandante a la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, de que se

ha hecho referencia, el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, si bien acepta que la demanda se ajusta "debidamente a la técnica formal del recurso en que ha de obrar", ella no demuestra la ocurrencia de los motivos de casación previstos en los ordinales 4º y 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, y, por tanto, no corresponde casar dicho fallo.

A la réplica del señor Agente del Ministerio Público habrá de referirse en seguida la Sala, dentro del examen de los cargos hechos por el demandante a la sentencia recurrida.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A los motivos de impugnación señalados por el demandante, cabe hacer las siguientes consideraciones:

A) CAUSAL CUARTA DE CASACION

Primer cargo: Que los procesados no contaron con una defensa técnica durante el sumario.

Es cierto que la búsqueda de la verdad y la aplicación justa de la pena, como objetivos primordiales del proceso, sólo resultan legítimos si se asegura una efectiva defensa de la persona incriminada. El derecho de defensa se concreta en las diferentes facultades que la ley de procedimiento le confiere al sindicado para ejercitarla y consiste, como expresa Manzini, en una "actividad procesal dirigida a hacer valer ante el Juez los derechos subjetivos y los intereses jurídicos del imputado", esto es, la facultad de probar y alegar la inocencia o cualquiera circunstancia que modifique el grado de la responsabilidad.

Cabe distinguir, como lo hace el tratadista Alfredo Vélez Mariconde en su obra *La situación jurídica del imputado* (Edit. "Depalma", 1944, p. 43 y ss.), entre defensa material y formal, siendo la primera la que el mismo sindicado realiza "mediante manifestaciones que puede hacer en el proceso, declarando cuantas veces quiera en la instrucción y en el juicio, siempre que ellas sean pertinentes", y consistiendo la segunda en los alegatos y observaciones hechos en las instancias, respecto de los preceptos de derecho sustantivo o procesal, lo cual "exige lógicamente conocimientos jurídicos de que el imputado, en la mayoría de los casos, carece; sin ellos, él no se podría defender eficazmente, y la defensa, por ende, no respondería a los fines de su institución".

Este segundo aspecto del derecho de defensa explica la necesidad de un defensor técnico, cuya asistencia jurídica al procesado la aseguran la Constitución Nacional (art. 26), y el Código de Procedimiento Penal (arts. 104, 107, 432 y 433, entre otros).

En efecto, la Carta, en la disposición citada, dispone que a nadie se le juzgue "sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio". Esta Sala, en sentencia de 13 de noviembre de 1928 (G. J., t. XXXVI, p. 203), dice que "son fórmulas con que ésta ordena la observancia de los siguientes requisitos, aparte de otros en ellos declarados expresamente... d), que el procedimiento en todos estos casos garantice al sindicado los medios de defensa..."

Las normas del estatuto procesal mencionadas aluden, las dos primeras (arts. 104 y 107), al derecho que tiene el sindicado de nombrar "un apoderado que lo asista en todas las diligencias del sumario...", y las dos últimas (arts. 432 y 433), al derecho de defensa del procesado durante el juicio.

Pues bien: ¿les fue denegado a Guillermo Castro García y a Pedro Castro García ese derecho de defensa, en este proceso? Si se tiene en cuenta que durante el juicio contaron con la asistencia jurídica de dos profesionales de la abogacía, quienes extensamente intervinieron en la audiencia pública en el cumplimiento de su deber de defensores de los procesados, y si se considera que en la etapa del sumario, ambos procesados, en sus indagatorias y diligencias de careo, estuvieron asistidos, también, por dos profesionales de la abogacía (v. fs. 40 a 45; 88 v. a 95; 110 v. a 111 v.; 115 a 116, y 143 v. a 145), debe concluírse en que no les fue desconocido ese derecho de defensa.

No constituye una violación a dicha garantía el que ni los procesados, ni sus apoderados, interpusieran o no los recursos pertinentes contra los autos de detención preventiva y de llamamiento a juicio. Y si se toma en cuenta que el Juzgado 4º Superior, mediante auto de 23 de agosto de 1958 (fs. 123 a 126), ordenó una extensa ampliación del sumario, mal puede afirmarse que en razón de que los sindicados o sus apoderados no solicitaron la práctica de pruebas, la averiguación no agotó los medios necesarios para la búsqueda de la verdad.

No debe olvidarse que el funcionario de instrucción, por mandato del artículo 295 del Código de Procedimiento Penal, oficiosamente y, entonces, sin necesidad de que las partes lo soliciten, "debe investigar con igual celo no sólo

los hechos y circunstancias que establezcan y agraven la responsabilidad del procesado, sino también las que lo eximan de ella, o la extingan o atenúen".

Y no ocurre en este negocio que los sindicados no fueran oídos, o que se les hubiera negado a ellos o a sus apoderados la práctica de pruebas. Aparece, en cambio, como lo observa el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, que "en el curso del juicio el señor Juez del conocimiento hizo uso de la facultad conferida por el artículo 450 del Código de Procedimiento Penal y, en consecuencia, ordenó, por su propia iniciativa, la práctica de diversas pruebas que tendían a precisar circunstancias alegadas en defensa de los sindicados..." (f. 19, cd. 2º). También anota el Ministerio Público que debe tenerse "en cuenta que la cuestión relativa al sorteo de jurados, fue cosa alegada como nulidad antes de proferirse el fallo de primera instancia (f. 104 ib.), habiendo sido refutada dicha alegación con la debida y necesaria razón".

Comparte la Sala el concepto de su colaborador fiscal, en cuanto que "la crítica hecha por el señor demandante a sus colegas en la instrucción del proceso, es vaga, indeterminada y estrictamente personal, pues no indica cuáles pueden ser las diligencias, pruebas, actuaciones, etc., que dejaron de practicarse durante el período o etapa de investigación".

Este primer cargo, en consecuencia, no aparece demostrado.

Segundo cargo: Supuesta nulidad constitucional por haberse recibido declaración a parientes de los procesados dentro del cuarto grado civil de consanguinidad.

Es cierto que el artículo 25 de la Constitución Nacional preceptúa que "nadie podrá ser obligado, en asunto criminal, correccional o de policía, a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad". Y también es verdad que la señora Sara García v. de Castro, madre de los sindicados y el señor Ramón Castro, tío carnal de los mismos, rindieron declaración en este negocio sin que conste que el funcionario de instrucción les hiciera conocer la facultad que tenían para abstenerse de dar su testimonio. Pero ese vacío no implica que se les hubiera obligado a rendir sus declaraciones.

No debe perderse de vista que en la prohibición contenida en el artículo 25 de la Carta, como dice la Corte en sentencia de 6 de diciembre de 1951 (G. J., t. LXX, p. 738), "va implícitamente envuelto el reconocimiento de una facultad para el testigo, de declarar o abstenerse de hacerlo, con la correlativa obligación para el funcionario de recibírsela cuando aquél opte por rendirla...".

Y aun en el supuesto de que tales testimonios hubieran sido recibidos sin el consentimiento de los deponentes, dicha violación del precepto de la carta tendría sus consecuencias sobre la validez de tales pruebas, las que correspondería tomar como inexistentes, mas no en la legitimidad del proceso.

Pero más aún: como anota el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, dichas declaraciones "no se mientan para nada en la sentencia de primera instancia, y en el fallo de segunda vuelta apenas se hizo de la señora viuda de Castro una leve referencia, al transcribir el auto confirmatorio del llamamiento a juicio, pronunciado con anterioridad por esa misma entidad". Agrega también el Ministerio Público, que "tales declaraciones favorecían a los procesados y que al Jurado le correspondía apreciarlas en su fuero interno o conciencia, ya que al Juez de derecho sólo le competía conformar su fallo al veredicto pronunciado por el tribunal del pueblo".

De consiguiente, este segundo cargo no aparece comprobado.

Tercer cargo: Pruebas practicadas por solicitud del señor apoderado de la parte civil, cuando aún no había sido aceptada la demanda correspondiente sobre constitución de dicha parte.

Es real la crítica que sobre este particular lleva a cabo el demandante. Sin embargo, la irregularidad anotada no constituye una infracción de las garantías constitucionales capaz de acarrear la nulidad del proceso. Como anota el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, la deficiencia aludida "no apareja, siquiera, nulidad de las diligencias efectuadas en el lapso comprendido entre la solicitud del abogado de la parte civil y la aceptación de su demanda, y mucho menos da lugar a la nulidad absoluta del proceso, desde los comienzos de su investigación, pues la práctica de unas pruebas, de cualquier clase que ellas fueren, y que provinieren de donde provinieren, no puede considerarse que limiten la facultad de defensa del procesado o procesados, por ser deber de todo funcionario instructor o fallador efectuar todo lo que esté a su alcance, en orden a descubrir la verdad de lo acontecido".

Con este respecto, cabe señalar que el artículo 294 del Código de Procedimiento Penal preceptúa que "el funcionario de instrucción deberá practicar todas las investigaciones conducentes al esclarecimiento de la verdad sobre los hechos

materia del proceso, especialmente respecto de las siguientes cuestiones: 1ª Si realmente se ha infringido la ley penal; 2ª Quién o quiénes son autores o partícipes de la infracción; 3ª Los motivos determinantes y los demás factores que influyeron en la violación de la ley penal; 4ª En qué circunstancias de lugar, tiempo y modo se realizó la infracción; 5ª Las condiciones que caracterizan la personalidad del procesado al tiempo del sumario; 6ª La conducta anterior del procesado; 7ª Sus condiciones de vida individual, familiar y social, y 8ª Qué daños y perjuicios de orden moral y material causó la infracción".

Con la salvedad del avalúo de los daños y perjuicios, lo cual sólo cabe hacer en la etapa del juicio y a solicitud de alguna de las partes (arts. 24 y 25 de la Ley 4ª de 1943), todas las diligencias mencionadas en el art. 294 del Código de Procedimiento Penal debe practicarlas el funcionario de instrucción, sin esperar que las partes las soliciten.

Bien podía, entonces, el instructor en este negocio practicar las pruebas que señaló la parte civil, a las cuales se refiere el demandante, aun sin que hubiera existido petición alguna de la misma, aunque irregularmente.

El interés público del proceso penal, a diferencia del juicio civil en el que se debaten intereses privados, obliga al instructor en materia criminal a ordenar y practicar oficiosamente las pruebas relacionadas con los fines del proceso.

Del anterior examen se desprende que el cargo aludido no resulta demostrado.

Cuarto cargo: Quebrantamiento de las normas procesales, con motivo de la confusión en que incurrió el Juez de derecho en la redacción de los cuestionarios propuestos al Jurado.

Antes de fundamentar este cargo, el demandante pretende reabrir un debate procesal ya cancelado en el desarrollo del negocio: la calificación de coautores que el *ad quem* dio a los sindicados, cuando al revisar el auto de enjuiciamiento descartó la complicidad correlativa de que habló el Juzgado 4º Superior de Bucaramanga en el citado auto de proceder.

Y como a los cuestionarios propuestos a los jueces de conciencia se dio una respuesta afirmativa, sin que se apartaran de la calificación de coautores que se dio a los sindicados en el homicidio cometido en la persona de Ramón Ernesto Valbuena Sanabria, no podía el Juez de derecho en la sentencia, sin que cayera en una contradicción con el veredicto del Jurado, aplicar el artículo 385 del Código Penal (complicidad correlativa) en lugar del artículo 19 de la misma obra, que necesariamente debía tomar y tomó la sentencia en consideración, norma ésta que se refiere a la coautoría, a la cooperación necesaria y a la responsabilidad de quien determine a otro a cometer el delito.

Ahora bien:

Luégo de anotar el demandante que plantea el cargo con invocación de la causal cuarta de casación por cuanto no es pertinente señalar la tercera, por tratarse de juicios en que interviene el Jurado, expresa que la sentencia está en completo desacuerdo con el veredicto del *Juri,* pues en los cuestionarios sometidos a los jueces de hecho se preguntó por la *asechanza* y en la sentencia de primera instancia, que transcribe en su fallo el *ad quem* se habla de la *insidia.*

Agrega el impugnante que los cuestionarios están mal redactados, en cuanto no puntualizan en forma clara las circunstancias específicas de agravación del homicidio (numerales 2º y 5º del art. 363 del Código Penal), lo cual representa un motivo de confusión en los jueces de conciencia, a más de originar un desconocimiento de las normas procesales, que mandan que los cuestionarios deben ser claros y precisos.

En primer lugar anota la Sala que, contra la observación del demandante, es precisamente la causal tercera de casación la que puede invocarse en los casos de falta de consonancia de la sentencia con los cargos formulados en el auto de proceder o con el veredicto del Jurado, como se desprende de lo previsto en el ordinal 3º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. No es posible, entonces, examinar un cargo que haga alusión a dicha falta de consonancia, con invocación de la causal cuarta de casación, como lo hace en este caso el demandante.

Pero no sobra expresar que si la impugnación que el señor apoderado de los recurrentes hubiera sido propuesta con citación de la causal de casación pertinente, esto es, la tercera, la supuesta falta de consonancia del veredicto del Jurado con la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, en caso de haberse presentado realmente, esto es, de que se ha debido hablar en el fallo del Juez de derecho de *asechanza* y no de *insidia,* el resultado práctico de la invalidación del fallo en nada cambiaría el lapso de la pena señalada a los procesados. En efecto, de acuerdo con el artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, "cuando la Corte aceptare como justificadas alguna o algunas de las causales propuestas, procederá, así: a) Si la causal aceptada fuere la primera, segunda o tercera, invalidará el fallo y dictará el que deba reemplazarlo". Y en el supuesto examinado, la Sala, al invalidar el fallo, lo único que estaría a su al-

cance cumplir, sería hablar de la *asechanza* y no de la *insidia,* en el nuevo proveído. El efecto agravante de esta o aquella circunstancia es el mismo, como que una y otra se refieren a situaciones que colocan "a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad", dice el ordinal 5º del artícluo 363 del Código Penal, "como la asechanza, la alevosía, la insidia, el envenenamiento".

Es cierto, como dice el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, "que los cuestionarios no son propiamente modelo o ejemplo de preguntas redactadas conforme a las más estrictas exigencias de la gramática; mas sin embargo, su deficiente redacción no descarta la precisión necesaria, pues la verdad también es que en uno de ellos se habla de la asechanza y de haber obrado el agente 'luégo de haber meditado y determinado por motivos innobles la consumación del delito', y en el otro, igualmente, se trata de la asechanza y de haber actuado el procesado 'luégo de haber deliberado —con motivos innobles— y determinado previamente el cometer la delincuencia'. En consecuencia, no es posible negar que en tal clase de preguntas quedó comprendido lo relativo a la premeditación acompañada de motivos innobles y el hecho de haber actuado 'con cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, como... la asechanza...', condiciones éstas que cuando son reconocidas por el Juri, agravan el homicidio, elevándolo a la categoría de asesinato".

A más de esto, cabe señalar que en la audiencia pública ante el Jurado, el Fiscal del Juzgado 4º Superior de Bucaramanga, según aparece del acta correspondiente (f. 82 del cd. 1º), precisó el alcance de la circunstancia agravante señalada en el ordinal 2º del artículo 363 del Código Penal, como también el estado de indefensión de la víctima (ord. 5º del artículo antes citado).

No puede, pues, desprenderse una nulidad del proceso con apoyo en este cargo, pues no resulta demostrada la impugnación que hace el demandante.

B) CAUSAL PRIMERA DE CASACION

Unico cargo: Aplicación indebida del artículo 363 del Código Penal; de los artículos 36, 38 y 39 de la misma obra, y del artículo 19 de dicho estatuto, pues ha debido tomarse en consideración, en su lugar, lo previsto en el artículo 20.

Apoyado en las mismas consideraciones que hace el demandante al referirse al cuarto cargo que presenta con invocación de la causal cuarta de casación, afirma que la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, de que se ha hecho mención, es "violatoria de la ley penal ... por indebida aplicación de la misma" (ord. 1º del art. 567).

Atendido el examen que fue hecho ya sobre este particular, es del caso concluír en que ninguna aplicación indebida de los artículos 363 y 19 del Código Penal hizo el *ad quem* en el fallo impugnado. El Juez de derecho acomodó, como era su deber, la sentencia al veredicto del Jurado, en el cual se afirma la responsabilidad de Guillermo Castro García y de Pedro Castro García, como autores del homicidio cometido en la persona de Ramón Ernesto Valbuena Sanabria, y en el que también se dice que cumplieron el hecho dentro de las circunstancias específicas de agravación señaladas en los ordinales 2º y 5º del artículo 363 del código citado. Mal podía, entonces, el Tribunal Superior de Bucaramanga tomar en cuenta el artículo 20 de la misma obra, que se refiere a la complicidad no necesaria, y dejar de aplicar lo que preceptúa el artículo 363 de dicho estatuto.

De otra parte, dentro del lapso mínimo de quince años de presidio y el máximo de veinticuatro, a que alude el artículo 363 del Código Penal, el *ad quem,* precisamente porque tuvo en cuenta lo previsto en los artículos 36, 38 y 39 de la misma obra y los aplicó debidamente, sólo indicó un aumento de un año, sobre el mínimo, para señalar la pena principal a los procesados.

Este cargo, en consecuencia, no aparece demostrado.

No procede, pues, la invalidación de la sentencia recurrida, por cuanto no fueron probados los cargos hechos contra ella, con invocación de las causales cuarta y primera de casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, de que se ha hecho mérito en este fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso a la oficina de origen.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez Abad, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León, Secretario.

IMPEDIMENTOS

Se decide sobre el impedimento manifestado por un Magistrado de Tribunal para conocer de un proceso. Adujo como causal el haber intervenido, como Juez, en la instrucción del mismo. Condiciones para que tenga ocurrencia esta clase de impedimento. Jurisprudencia de la Corte.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Dijo la Corte anteriormente: No toda opinión que jurisdiccionalmente dé un Juez dentro de un proceso puede considerársela como de bastante entidad para constituír una causal de impedimento. Es necesario que esa opinión traduzca una motivación profunda de los hechos del proceso y de los elementos de juicio que en él obran para que pueda comprometer al funcionario en posteriores etapas del juicio, cuando se produzca un cambio de jerarquía.

2. Las funciones de instructor en materia penal no dan lugar al caso de impedimento previsto en el ordinal 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal. Pues ni siquiera la opinión expresada en el auto de detención o en una providencia de excarcelación implica un concepto de fondo sobre la apreciación definitiva de los elementos del delito, y, por tanto, no puede invocarse como causal de impedimento, conforme lo ha dicho la Corte en numerosas ocasiones.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA PENAL.—Bogotá, marzo primero de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

Conoce el Tribunal Superior de Pasto, mediante copias, del proceso seguido contra Ulpiano Meneses y otros, por el delito de homicidio, a fin de resolver sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte civil contra el auto que ordenó la encarcelación preventiva del citado Meneses.

En este asunto, el Magistrado doctor Jorge E. Sañudo manifiesta que se encuentra impedido para conocer, por haber "actuado en la investigación, como Juez 3º Superior de...." Pasto, impedimento que rechazaron los restantes Magistrados de la Sala de Decisión.

PARA RESOLVER LA SALA CONSIDERA:

De las copias remitidas al Tribunal Superior de Pasto para resolver sobre el recurso aludido, no aparece que el doctor Jorge E. Sañudo interviniera en diligencia alguna. Mucho menos en esa clase de providencias que implican un juicio de fondo sobre la materia del proceso.

"No toda opinión que jurisdiccionalmente dé un Juez dentro de un proceso puede considerársela como de bastante entidad para constituír una causal de impedimento. Es necesario que esta opinión traduzca una motivación profunda de los hechos del proceso y de los elementos de juicio que en él obran para que pueda comprometer al funcionario en las posteriores etapas del juicio, cuando se produzca un cambio de jerarquía", dice la Corte en auto de 22 de marzo de 1949 (G. J., t. LXV, p. 753).

Las funciones de instructor en materia penal no dan lugar al caso de impedimento previsto en el ordinal 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal. Y ni siquiera "la opinión expresada en el auto de detención o en una providencia de excarcelación..." implica un concepto de fondo sobre la apreciación definitiva de los elementos del delito, y por tanto, no puede

invocarse como causal de impedimento, ha dicho la Corte en numerosas ocasiones (véanse Autos de 12 de septiembre de 1947, G. J., t. LXIII, p. 801; de 20 de noviembre de 1947, G. J., t. LXIII, p. 838; de 15 de junio de 1948, G. J., LXIV, p. 857; de 7 de junio de 1949, G. J., t. LXVI, p. 243; de 31 de enero de 1950, G. J. t. LXVII, p. 43; de 15 de febrero de 1950, G. J., t. LXVII, p. 83; de 2 de mayo de 1950, G. J., t. LXVII, p. 270; de 18 de agosto de 1950, G. J., t. p. 796; de 22 de agosto de 1950, G. J. t. LXVII, p. 797; de 12 de septiembre de 1950, G. J., t. LXVIII, p. 194; de 19 de septiembre de 1950, G. J., t. LXVIII, p. 223; de 20 de octubre de 1950, G. J., t. LXVIII, p. 832; de 22 de enero de 1952, G. J., t. LXXI, p. 182; de 12 de febrero de 1952, G. J., t. LXXI, p. 196; de 22 de abril de 1952, G. J., t. LXXI, p. 812; de 23 de enero de 1953, G. J., t. LXXIV, p. 163; de 26 de octubre de 1953, G. J., t. LXXVI, p. 700; de 10 de abril de 1954, G. J., t. LXXVII, p. 468, y de 18 de mayo de 1955, G. J., t. LXXX, p. 515).

El impedimento expresado por el Magistrado del Tribunal Superior de Pasto, doctor Jorge E. Sañudo, no encuentra, pues, apoyo alguno.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA INFUNDADO el impedimento expresado por el doctor Jorge E. Sañudo, Magistrado del Tribunal Superior de Pasto, para conocer del negocio de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvanse las diligencias a la oficina de origen.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez Abad, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León, Secretario.

VIOLENCIA CARNAL

Incompleta e infundada acusación, con invocación de la causal 2ª, contra una sentencia condenatoria por el mencionado delito.

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

(Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 24 de abril del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva condenó a los procesados Sandalio y Héctor Ome Vargas, como responsables del delito de violencia carnal en la joven Mercedes Narváez, a la pena de treinta meses de prisión y accesorias del caso.

HECHOS Y ACTUACION:

Al comenzar la noche del 14 de octubre de 1959 Mercedes Narváez, muchacha que estaba para cumplir los 17 años y que regresaba de la casa del señor Jesús Chavarro a la suya, que era la de la escuela a cargo de su hermana Gladys, ubicadas ésta y aquélla en la fracción de "Quebraditas", dentro de la jurisdicción de la Inspección de Policía de Maito, en el Municipio de Tarqui, fue interceptada por Sandalio Ome Vargas, sujeto que luégo de conversar con ella algún tiempo y requerirla para que se le entregara, como obtuvo perentoria negativa, por medio de la fuerza la introdujo al cañaduzal del lado del camino y allí, con la colaboración de su hermano Héctor Ome, quien había llegado en compañía de Aurelio Palencia y quien sujetó a la joven para hacer posible el atropello, la sometió al acceso carnal.

De estos hechos correspondió conocer al Juzgado Penal del Circuito de Garzón, el cual con arreglo a los trámites previstos en el artículo 3º del Decreto 0012 del 4 de junio de 1959, en sentencia del 10 de marzo de 1960, condenó a los hermanos Sandalio y Héctor Ome Vargas, como responsables del delito de violencia carnal en la expresada Mercedes Narváez, a la pena de treinta meses de prisión y accesorias consiguientes, y en cambio absolvió, por el mismo delito, a Aurelio Palencia, a quien se le recibió indagatoria en el desarrollo del sumario. Ese fallo lo confirmó el Tribunal Superior de Neiva, sin ninguna modificación, en el suyo del 24 de abril del año pasado.

DEMANDA DE CASACION:

En la demanda, formulada con arreglo a las exigencias legales, por medio de un solo apoderado en representación de los dos procesados condenados, se invoca como única causal de casación la prevista en el ordinal 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal y de este modo se sostiene que la sentencia acusada atribuyó al dictamen médico que le sirvió de fundamento "un valor probatorio que no tiene" circunstancia que determinó la condenación de aquellos sujetos "por el delito de violencia carnal, aplicando erradamente los artículos 316, 317 y 19 del Código Penal". Luégo de este enunciado se pasa a criticar ese dictamen, así:

a) "Es impreciso en su terminología" y al hablar de 'desgarraduras completas' desde el punto de vista médico-legal, "denuncia una total ignorancia" en torno a la materia, "pues el himen no es susceptible de desgarraduras parciales";

b) Resulta precipitado decir que la herida que se encontró al examen "fue producida con

uña", punto sobre el cual el médico ha "debido limitarse a decir su (sic) había sido causada con instrumento cortopunzante o contundente";

c) Es contrario a los principios científicos médico-legales "afirmar que a los 23 días de realizada una desfloración puede aparecer con signos recientes, ya que es norma universal en medicina que estas lesiones, si no hay procesos infecciosos, cicatrizan totalmente en el término de ocho días";

d) Se desconoce si el dictamen "se escribió sobre los datos de un examen inmediato" o con fundamento en el "dudoso" recuerdo de uno "realizado 6 o más días antes de la fecha en que se escribió", aspecto que le "quita toda credibilidad y toda base de certeza", y

e) Los "signos de fuerza", de que da cuenta el dictamen, no implican la aplicación de fuerza suficiente para someter a la muchacha al acceso carnal contra su voluntad, pues no aparecen equimosis en los brazos, ni huellas de golpes en parte alguna distinta de los órganos genitales, lo cual está diciendo que no se agotó el uso de la fuerza física y que las huellas quimóticas bien pudieron obedecer a la realización voluntaria por ambas partes del acto sexual".

Expuestos los cinco reparos críticos que se hacen al dictamen pericial, la demanda, a modo de conclusión, expresa:

"A pesar de todas estas fallas que, en mi concepto, restan grandemente el valor probatorio al dictamen médico-legal, el honorable Tribunal, sin tenerlas en cuenta, apreció tal dictamen en forma equivocada, dándole el valor de plena prueba del elemento objetivo del delito de violencia carnal, valor que, como se ve, no tiene tal dictamen, en razón de sus defectos e insuficiencias. Al apreciar en forma equivocada ese dictamen, el honorable Tribunal concluyó en aplicar a Sandalio y a Héctor Ome Vargas los artículos 316 y 317 del Código Penal en relación con el 19 de la misma obra, aplicación indebida, por cuanto que la prueba del cuerpo del delito no era suficiente y carecía de plenitud, por lo cual el honorable Tribunal violó también el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, artículo que es norma sustantiva, pues atañe a la tutela de los derechos individuales, al condenar sin existir la prueba plena de la infracción".

SE CONSIDERA:

Respecto del delito reprimido en la sentencia acusada existen, contra lo que se pretende en la demanda, no sólo el dictamen médico sino, además, los asertos de Mercedes Narváez, según los cuales, mientras Sandalio Ome Vargas la sometía al acceso carnal contra su voluntad, su hermano Héctor Ome, para hacer posible el atropello, la sujetaba, asertos que, evidentemente, encuentran amplio respaldo en el testimonio de los cónyuges Juan Antonio Londoño y María de Jesús Méndez de Londoño, personas de quienes, en rigor y teniendo en cuenta lo que cada una de ellas afirma, puede predicarse que sorprendieron a los procesados en los momentos mismos en que consumaban el delito. De esas pruebas no se ocupa la demanda, no obstante su capacidad para acreditar por sí mismas el hecho criminoso imputado.

Los reparos al dictamen médico son, como con acierto lo observa el señor Procurador, "simples enunciaciones escuetas de los puntos de vista del demandante, las cuales carecen de toda demostración". No obstante ello, importa comentar esos reparos con el fin de establecer su carencia absoluta de fuerza y solidez.

El dictamen se encuentra al folio 8 del primer cuaderno del expediente. Su simple lectura enseña que en modo alguno es "impreciso". Todo allí es afirmativo, claro y muy concreto. La terminología en que está redactado es la misma que ordinariamente se emplea en conceptos de esa índole. Por lo demás, la verdad es que el himen, con el coito, puede sufrir "desgarraduras completas", apenas parciales o no padecer ninguna, todo lo cual depende, en esencia, de su específica conformación.

El dictamen médico en manera alguna dice que "la herida del labio vulvar" que se encontró al hacer el examen se hubiera "producido con uña", puesto que lo que se expresa al respecto es que "fue causada con instrumento corto-contundente natural, por ejemplo con una uña".

De acuerdo con lo mismo que aparece especificado en el dictamen, la joven Mercedes Narváez fue examinada, por primera vez, cuando menos con anterioridad de una semana a la fecha del concepto, que es del 6 de noviembre, es decir, dentro de los quince días siguientes al de su violación, circunstancia que, sumada al hecho de que el atropello le dejó como secuela "un flujo purulento ocasionado por traumatismos bruscos al ejecutar actos carnales violentos", permitió al perito médico, sobre la base de esa desfloración aún no cicatrizada, determinarla como reciente.

El perito médico examinó a doña Mercedes por dos veces. Esto es algo de que da cuenta el mismo concepto, el cual tuvo que redactarse, necesaria-

mente, con fundamento en los datos y observaciones obtenidos en esos dos exámenes.

De los cinco reparos que, con el propósito de crítica, se formulan al fallo acusado, el último de ellos es el que con mayor intensidad se resiente de caprichoso. Esto es tan evidente que para hacerlo, acaso voluntariamente, se olvida que en la violación intervinieron dos sujetos y así, mientras uno, Sandalio Ome, consumaba el coito abusivo, el otro, su hermano Héctor Ome, sometía a la víctima a la absoluta impotencia, dominándola por medio de la fuerza.

Cuanto se deja consignado es suficiente para llegar a la conclusión de que la causal invocada no puede prosperar, por cuya razón el recurso debe desecharse, como con acierto lo solicita el señor Procurador Primero Delegado en lo 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 interpuesto contra la sentencia del 24 de abril del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva condenó a los hermanos Sandalio y Héctor Ome Vargas, como responsables del delito de violencia carnal en Mercedes Narváez, a la pena de treinta meses de prisión y accesorias correspondientes.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León, Secretario.

HOMICIDIO

Causal 2ª de Casación respecto de juicios con jurado. Relación entre el fallo y el veredicto. Facultades de la Sala de Casación frente a fallos proferidos con base en veredicto popular. No prosperan los cargos.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. En los juicios ventilados ante los Jueces Superiores con la participación del jurado, las instancias tienen que condicionar sus fallos en derecho a los términos del veredicto, pronunciamiento que expresa la convicción íntima del tribunal popular y del cual no es procesalmente lícito separarse, si contra él no procede o ha sido ineficaz la declaratoria de contraevidencia.

2. Aceptado el veredicto, el fallo debe ajustarse a sus expresiones para aplicar la ley penal, pero en manera alguna le es dado al fallador señalar o reconocer modalidades extrañas a la voluntad consignada por los jueces de conciencia, bien para atenuar específicamente la responsabilidad, ya para agravarla o calificarla en contra del reo.

3. La Corte, a través del recurso de casación en casos tramitados con intervención de jurado, está facultada para confrontar la sentencia con la ley, si aquélla no está en consonancia con el veredicto o si ha recaído sobre un veredicto contradictorio. Pero es improcedente discutir cuestiones de hecho de las previstas en la causal segunda, salvo que, como la Corte lo ha dicho en varias providencias, se refieran a circunstancias que, sin ser constitutivas o modificativas del delito o de la responsabilidad, puedan influír en la dosimetría de la pena, como acontece con las circunstancias de mayor o de menor peligrosidad, cuya deducción compete de modo exclusivo al Juez de derecho.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE CASACION PENAL.—Bogotá, marzo cinco de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS:

Procede la Corte, agotados los trámites de rigor, a decidir del recurso extraordinario de casación interpuesto por el acusado José Manuel Castro contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, fechada el 18 de mayo de 1961, mediante la cual fue condenado, como responsable del delito de homicidio común, a la pena principal de ocho (8) años de presidio y a las correspondientes accesorias. Confirmó este fallo el pronunciado el 15 de septiembre de 1960 por el Juzgado Tercero Superior del mismo Distrito.

La demanda de casación fue presentada por medio de apoderado y reúne los requisitos legales.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Se investigó en este proceso, iniciado el 18 de mayo de 1958 por la Inspección de Policía de Purificación, los delitos de homicidio y robo de que fue víctima el señor Enrique Nieto en la región de "La Ovejera" de dicha jurisdicción municipal. En circunstancias que nadie presenció, el ofendido fue ultimado con arma punzocortante. Presumiblemente con el ánimo de robarle, según se desprende de algunas diligencias llevadas a término en la instrucción, en particular del acta de levantamiento del cadáver

y de algunos testimonios, en los que se da cuenta de que el occiso debió portar dinero y algunos objetos de valor al momento de recibir muerte.

No obstante que los hechos no tuvieron testigos directos, la investigación logró enrutarse de modo firme, con prueba indiciaria eficaz y bien concatenada que permitió concretar la imputación a José Manuel Castro y Nicolás Posada, individuos que, al calificarse el mérito del sumario por el Juez del conocimiento, fueron residenciados en juicio, con intervención del jurado, por los delitos de homicidio —calificado de asesinato— y robo agravado, en los términos de los artículos 363 y 404 del Código Penal, de acuerdo con proveído de 12 de septiembre de 1958 (fls. 229 a 236 del cuaderno 1º), confirmado por el Tribunal el 12 de marzo de 1959 (fls. 252 a 258, cuaderno citado).

En desarrollo del auto de proceder y por lo que respecta al recurrente, en la audiencia pública, cumplida con las debidas garantías para los acusados, a los señores jueces de conciencia les fueron sometidas las cuestiones atinentes a los dos cargos. El veredicto resultó condenatorio para Castro, enmarcando su responsabilidad por homicidio común, "pero sin los agravantes de asesinato y robo", según reza la respuesta del *Juri*. La cuestión acerca del delito de robo obtuvo respuesta negativa, y el copartícipe, Posada Posada, fue absuelto de ambos cargos.

Acogiendo la voluntad de los jueces de hecho el Juzgado profirió el fallo condenatorio por homicidio simplemente intencional e impuso al acusado el mínimo previsto en el artículo 362. Esta resolución la aprobó el *ad quem* en la sentencia recurrida, en la cual, después de sintetizar las pruebas de cargo, para aceptar el veredicto y justificar la fijación de la pena, se hacen estas consideraciones:

"...Si el jurado de conciencia se apoyó en estas pruebas, pruebas que se analizaron en el auto de proceder, no se puede decir que el veredicto carezca de fundamento en el proceso. Así las cosas, el Juez de derecho no tiene otro camino sino aceptarlo en su totalidad. El jurado le quitó al homicidio las características de asesinato tal vez porque consideró que el delito de robo no estaba probado y porque respecto de la indefensión e inferioridad en que se presume se encontraba la víctima, tampoco se había probado nada por la muy sencilla razón de que nadie presenció el crimen y se tuvo que mover el fallo sobre indicios.

"...El señor Fiscal del Tribunal pide que se reforme el fallo de primera instancia en el sentido de aumentar la pena principal a José Manuel Castro por la gravedad y modalidades del hecho delictuoso. No comparte la Sala ese criterio, porque aquí no se demostró una gravedad especial, ya que todo homicidio en sí es grave, y de ahí la alta pena que se impone en esos casos. Tampoco las modalidades del delito fueron extraordinarias, máxime si se tiene en cuenta que nadie presenció el desarrollo de los hechos...".

DEMANDA DE CASACION

No obstante la clara, precisa, uniforme y reiterada doctrina de esta corporación, en cuanto a la no viabilidad de la causal segunda de casación en juicios en que interviene el jurado, el demandante ataca de fondo la sentencia del Trinal con base en el aludido motivo de impugnación, porque "la consideración de los elementos de prueba que sirvieron de base al jurado debe tenerlos en cuenta el sentenciador con el fin de que el fallo refleje la unidad procesal y no contenga aspectos al parecer contrarios o pretermita situaciones que son favorables al procesado".

Entiende el demandante que porque el acusado al revelar los hechos a la testigo Pastora Mendoza le había manifestado que el occiso "lo había atacado", se deduce que el homicidio ocurrió "en una pelea que tuvo con él y no simplemente porque le provocó matarlo".

Concluye que si el "sentenciador hubiera tenido en cuenta esa prueba que contiene una circunstancia modificadora de la responsabilidad, necesariamente hubiera concluído con una calificación acorde con lo dispuesto en los artículos 28 y 384 del Código Penal. Como así no obró el Tribunal incurrió en errónea interpretación de los hechos del proceso y por consiguiente se debe invalidar la sentencia recurrida para que en su lugar se profiera la que de conformidad con la realidad procesal le corresponde...".

Se arguye, también, la causal primera, pero los argumentos para sustentarla son los mismos expuestos en torno a la segunda.

RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

Con la brevedad que los planteamientos antitécnicos de la demanda lo permiten, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, cuyo concepto comparte la Sala sin reservas fundamentales, estima que el recurso debe desecharse por no prosperar las causales invocadas.

Expresa el señor representante del Ministerio Público:

"En cuanto a los hechos materia de la controversia nada hay que observar al resumen que de los mismos trae la demanda. Y por lo que hace a las causales propuestas, se afirma aquí que la cuestión planteada ha sido resuelta en múltiples ocasiones por la honorable Corte, en el sentido de adoctrinar que la invocación de la causal segunda, en los procesos en que interviene el jurado, es absolutamente impertinente, porque la misma honorable Corte no puede convertirse en simple Tribunal de instancia. La doctrina ha sido sentada a partir de la casación de Juan Troyano, por homicidio, cuyo fallo respectivo lleva fecha 3 de noviembre de 1944 y es visible en la *Gaceta Judicial*, tomo 76, página 746:

"En los juicios en que interviene el jurado no es pertinente la causal segunda de casación, por dos razones: la primera, porque el jurado es absolutamente libre para apreciar las pruebas del proceso, según su íntima convicción; y segundo, porque ese examen probatorio conduciría a la declaración de contraevidencia de los hechos con el veredicto, que no ha sido consagrada como causal de casación, según lo dejó establecido la Comisión Redactora del nuevo Código de Procedimiento. Es por tanto un problema de estudio exclusivo de las instancias".

"De modo y suerte que por virtud de la transcrita enseñanza, en el presente caso la causal segunda no puede prosperar.

"Siendo así que la causal primera ha sido invocada como consecuencia de la segunda, y en vista de que ésta no puede prosperar, es más que obvio concluír que la primera deberá correr la misma adversa suerte".

CONSIDERA LA SALA

1º Si bien podría estarse la Sala a la sola respuesta de la Procuraduría Delegada para no casar la sentencia materia del recurso, conviene repetir que en los juicios ventilados ante los Jueces Superiores con la participación del jurado, las instancias tienen que condicionar sus fallos en derecho a los términos del veredicto, pronunciamiento que expresa la convicción íntima del tribunal popular y del cual no es procesalmente lícito separarse, si contra él no procede o ha sido ineficaz la declaratoria de contraevidencia.

2º Los medios por los cuales el jurado haya alcanzado el convencimiento sobre la responsabilidad o inocencia del acusado expresan la soberanía y el arbitrio que la ley le otorga en su función juzgadora. Aceptado el veredicto, lógicamente el fallo debe ajustarse a sus expresiones para aplicar la ley penal, pero en manera alguna le es dado al fallador señalar o reconocer modalidades extrañas a la voluntad consignada por los jueces de conciencia, bien para atenuar específicamente la responsabilidad, ya para agravarla o calificarla en contra del reo. Toda hipótesis en contrario desvirtúa absurda y arbitrariamente la institución del jurado.

3º La Corte, a través del recurso de casación en casos de este trámite procesal, está facultada para confrontar la sentencia con la ley, si aquélla no está en consonancia con el veredicto o si ha recaído sobre un veredicto contradictorio. Pero es improcedente discutir cuestiones de hecho de las previstas en la causal segunda, salvo que, como la Corte lo ha dicho en varias providencias, se refieran a circunstancias que, sin ser constitutivas o modificativas del delito o de la responsabilidad, puedan influír en la dosimetría de la pena, como acontece con las circunstancias de mayor o de menor peligrosidad, cuya deducción compete de modo exclusivo al Juez de derecho.

No prospera, pues, la causal segunda alegada, ni puede prosperar la primera, invocada como consecuencia de la anterior.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación a que se ha hecho mérito y ORDENA devolver el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León, Secretario.

AMNISTIA

En un proceso por delitos de homicidio y robo. Requisitos y limitaciones que condicionan el otorgamiento de la gracia. Atrocidad. Insensibilidad moral. Espíritu y objetivo del decreto de amnistía. Situación sociológica que determinó su expedición. Aplicaciones al caso de autos.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. El inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1823 de 1954 destinado a indicar lo que haya de entenderse por delito político, contiene tres cuerpos, fuera de la nacionalidad colombiana, a saber: a) Que el móvil de esos delitos haya sido el ataque al Gobierno; b) que puedan explicarse por extralimitación o apoyo al Gobierno, y c) Que el móvil de los mismos sea la aversión o el sectarismo políticos. El signo ortográfico de coma y la o disyuntiva sirven de manera muy eficaz para descomponer el texto en los tres requisitos enunciados.

2. En esta materia de la amnistía, para su concesión o rechazo, es menester ceñirse estrictamente a los decretos que definen cuáles son los delitos que autorizan el beneficio, su naturaleza y los límites que tienen, los mismos que están determinados y circunscritos por los términos que emplea el legislador, si se quiere mucho más amplios que los que pudieran contener definiciones puramente doctrinarias o académicas.

3. Puesto que el referido Decreto previene que los beneficios de la amnistía y el indulto "no se extenderán a los delitos cuyos caracteres de atrocidad revelen una extrema insensibilidad moral" en quienes los ejecutan, es manifiesto que esa condición debe ser valorada en cada ocurrencia, con sujeción tanto al significado propio de los términos que emplea la ley, como a las circunstancias probatorias que permitan darles tal carácter...

4. En caso semejante esta misma Sala de la Corte expresó que el propósito del Decreto de amnistía fue sin duda extender el beneficio a muchas ocurrencias que no podrían acogerse a él si se aplica para apreciarlas un criterio restrictivo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA PENAL.—Bogotá, marzo cinco de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Angel Martín Vásquez A.).

VISTOS:

Procede la Corte a decidir el recurso de apelación que contra la providencia de 17 de febrero de 1961, proferida por el Tribunal Superior Militar, en la cual decretó la amnistía en favor de los procesados Cenón de J. Gutiérrez, Alcides de J. Clavijo, Horacio Garcés, Manuel S. Cárdenas y José Miguel Giraldo, interpuso el señor Fiscal Tercero de dicha corporación.

ANTECEDENTES

Para los efectos del Decreto-ley número 1823 de 1954, el Juzgado Segundo Superior de Medellín, con fecha 5 de noviembre de 1959, ordenó la remisión del presente negocio al Tribunal Superior Militar "para lo de su competencia", al mismo tiempo que puso a órdenes de esa corporación a los detenidos Cenón de J. Gutiérrez y Alcides de J. Clavijo, quienes estaban privados

de la libertad en la cárcel de Rionegro (Antioquia).

De folios 142 a 145 del informativo, aparece el memorial dirigido por el apoderado de los sindicados al Tribunal, en el que solicita ahincadamente el beneficio de amnistía para sus defendidos, alegando para ello diversas razones de orden jurídico y legal.

Al descorrer el traslado que se le diera para su concepto de rigor, el señor Fiscal Tercero del Tribunal Superior Militar en vista de folios 176 a 180, luégo de analizar diversas piezas contenidas en el proceso, especialmente de carácter testimonial, y de transcribir varios apartes de las indagatorias rendidas por los acusados, opina que éstos no deben ser acreedores al beneficio de amnistía. Afirma que de los apartes transcritos se puede destacar "la extrema insensibilidad moral de los delincuentes, que daban muerte en forma atroz, siendo posible, al completarse la investigación, particularizar a los agentes activos de tal cuestión, precisamente para profundizar sobre el factor mencionado (se refiere a la insensibilidad moral) que excluye la concesión de la gracia de acuerdo con las disposiciones legales pertinentes".

Vuelto el negocio al Tribunal Superior Militar, éste, en fallo de 17 de febrero de 1961, apartándose del concepto fiscal, resolvió concederles a los procesados la gracia de la amnistía por los delitos imputados (homicidio y robo).

La parte resolutiva del citado fallo, a la letra, dice así:

"1º Declarar que los procesados Cenón de J. Gutiérrez, Alcides Clavijo, Horacio Garcés Garro, Manuel S. Cárdenas y José Miguel Giraldo, todos de notas civiles conocidas de autos son acreedores al beneficio de amnistía en relación con los homicidios cometidos en las personas de Luis Jaime Salazar, Francisco Londoño, Juan Londoño y Domingo Espinosa, así como respecto de los delitos de robo consumados en bienes de propiedad de Telésforo Colorado, Eufrasio Parra R., Arturo Parra, Francisco Londoño, Juan Londoño, Jaime Salazar Marín, Carmen Arcila, Pascual Giraldo en cuantía total de tres mil ciento treinta y cuatro pesos ($ 3.134.00) moneda legal.

"2º Como consecuencia se ordena cesar el procedimiento seguido contra ellos por razón de tales delitos;

"3º Declarar que no hay lugar a decidir sobre la gracia de amnistía en lo tocante al delito de asociación para delinquir que también se imputa a los procesados, puesto que la acción penal se encuentra prescrita por el transcurso del tiempo, dado que los delitos fueron cometidos en el año de 1952;

"4º Ordenar que previamente los beneficiados suscriban la diligencia de que trata el artículo 5º del Decreto 1823 de 1954, en la que habrán de comprometerse a no cometer delito alguno durante el término de tres años, contados a partir del otorgamiento del beneficio, so pena de perderla;

"5º Disponer que una vez extendida la diligencia de que trata el numeral anterior se ordena la libertad incondicional de Cenón de J. Gutiérrez y Alcides de J. Clavijo;

"6º Comisionar al señor Juez 2º Superior del Distrito Judicial de Medellín, con amplias facultades para que extienda la diligencia de compromiso de que trata el numeral cuarto de esta providencia, y

"7º Disponer, que por la Secretaría del Tribunal, cumplido lo anterior, se expida el certificado de que trata el artículo 11 del Decreto 2062 de 1954".

Entre los argumentos jurídicos que sirvieron de base al Tribunal Militar para adoptar la decisión a que se ha hecho referencia, se destacan, entre otros, los siguientes:

"... La definición dada por el Decreto 1823 de 1954, para el delito político, es precisa en sostener que es aquel que ha tenido como móvil la pasión política, la aversión contra otra persona por el hecho de que aquélla milite bajo una bandera de política distinta.

"Al considerar el presente caso, y a través de las tantas declaraciones que lo apoyan, se observa claramente que los móviles políticos fueron los que indujeron a Cenón Gutiérrez y demás acompañantes a cometer los delitos de los cuales aparecen sindicados, sea con la muerte de Luis Jaime Salazar, Francisco Antonio Londoño, Juan de Dios Londoño y Domingo Espinosa, por los robos y saqueos de las casas que visitaron y por dondequiera que hicieron incursiones, exigiendo a sus víctimas requisas especiales como también certificados de la Alcaldía y Comité Conservador. Esto lo dicen Ramón Antonio Parra, Eufrasio Parra, Cesáreo Henao, Félix Enrique García Arcila, Horacio Aguirre Duque y otros.

"Todos los sindicados figuran como nacionales colombianos, con la advertencia de haber sido siempre autores de los homicidios y demás delitos de que trata el proceso (sic) y que indican de manera cierta que fue el móvil político del que

se viene hablando el que sirvió de base para la consumación de los ilícitos.

"Habiéndose cumplido los requisitos exigidos por el Decreto 1823 de 1954 y encontrándose que el motivo político dio origen a la consumación de las infracciones de que se habla, debe concluírse que tal cuestión partidista fue el arma principal para que los procesados encabezados por Cenón de J. Gutiérrez, perpetraran los homicidios de que se habló en principio y demás delitos que reza el proceso.

"El artículo 4º del Decreto 1823 de 1954 excluye de la gracia los delitos que revisten caracteres de atrocidad.

"En el caso presente, la falta de las correspondientes pruebas de autopsia no permiten determinar si las víctimas pudieran haber sido sometidas a prácticas supliciatorias, demostrativas de extrema insensibilidad moral en los delincuentes, y esa falta de prueba obliga la aplicación de un criterio benigno.

"En tales condiciones —concluye el Tribunal—, los delitos de homicidio y robo cometidos por los sindicados, serán merecedores de la amnistía".

El Magistrado doctor Santiago Vanegas Lasprilla se apartó de la decisión tomada por el Tribunal, salvando su voto, de cuyo texto se reproducen los siguientes apartes, para esclarecer suficientemente las circunstancias que antecedieron al caso *sub judice:*

"... No se trajeron al proceso —dice el doctor Vanegas—, ni las diligencias de levantamiento de los cadáveres, como tampoco las autopsias, pruebas con las cuales se hubiese podido demostrar los caracteres de atrocidad que pusieran de presente extrema insensibilidad en los procesados...".

"... Si se repasan las constancias procesales bien se podría deducir que no fue exactamente el ataque al Gobierno o la extralimitación en el apoyo o adhesión a éste o por aversión o sectarismo políticos, que se cometieron los reatos, sino el robo común que cubrían los acusados antes o después de perpetrar los homicidios, para disimular o disfrazar sus delitos, exigiendo identificaciones de partido. Tampoco considero viable el beneficio de amnistía por este segundo aspecto".

El señor Magistrado disidente, finalmente, se muestra acorde con los planteamientos señalados por el señor Fiscal del Tribunal, y al efecto transcribe parte de sus opiniones, con las que se identifica por completo.

Con la sola firma del Magistrado sustanciador del presente negocio, por auto de 14 de marzo de 1961 (fl. 207), se ordenó la libertad condicional de los sindicados, comisionándose para tal diligencia al Alcalde de Rionegro (Ant.). Ante este funcionario comparecieron los procesados, quienes depositaron el valor de la fianza exigida ($ 30.00 en total), y se comprometieron a no cometer delito alguno por el término de tres años.

Mediante auto de 12 de mayo de 1961 (fl. 217), el Tribunal concedió en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por el señor Fiscal Tercero (fl. 194 vto.), contra la providencia de 17 de agosto del mismo año, proferida por dicha corporación.

Al serle notificada la anterior resolución al señor Agente del Ministerio Público, éste, en escrito visible a folios 219, interpuso también el recurso de reposición, alegando para ello lo siguiente:

"... Igualmente, en mi carácter de Agente del Ministerio Público, manifiesto a Su Señoría y demás colegas de la Sala que interpongo contra la providencia de la que me acabo de notificar el recurso de REPOSICION, a efectos de que sea ACLARADA en el sentido de que los tres presos por el asunto de la referencia, o sean Cenón de J. Gutiérrez, Alcides de Jesús Clavijo y Manuel Cárdenas, continúen a órdenes de esta corporación *en su calidad de detenidos* (subraya el texto), y, como secuela legal, el proceso se envíe a la honorable Corte Suprema de Justicia, en las mismas circunstancias que he mencionado".

El Tribunal Superior Militar resolvió el recurso de reposición interpuesto, en el sentido de "REVOCAR la providencia del 14 de marzo de los cursantes, por la cual se ordenó la libertad de los procesados Cenón de J. Gutiérrez, Alcides de Jesús Clavijo y Manuel Cárdenas, y disponer en su lugar la inmediata captura de los mismos, quienes deben ser puestos a órdenes de esta corporación".

De esta decisión revocatoria salvaron el voto los señores Magistrados del Tribunal doctores Julio Sorzano Ordóñez y Santiago Vanegas Lasprilla, cuya disidencia, en resumen, expresan así:

"... Pese a lo dicho, el señor Magistrado ponente, contrariando incluso lo que había dispuesto en la parte resolutiva del proveído, y en pugna con los trámites previstos para el efecto por la ley procesal, por sí y ante sí, mediante un simple auto de sustanciación, fechado el ca-

torce de marzo siguiente, ordenó la libertad *provisional* de los acusados, previa caución de diez pesos moneda corriente, y comisionó para que extendiera la diligencia de afianzamiento al señor Alcalde Municipal de Rionegro''.

Afirman los Magistrados disidentes que ese proceder ''es violatorio de las normas reguladoras del funcionamiento del Tribunal'' y que se contrapone a lo dispuesto en el artículo 325 del Código de Justicia Penal Militar, que habla de que ''las decisiones se deberán tomar por mayoría de votos y en caso de empate, éste se decidirá por la intervención de un Magistrado de las otras Salas escogido a la suerte''.

Por último, sostienen:

''Quiere ello decir, entre otras cosas, que la libertad de los procesados, sea incondicional o provisoria, no se puede conceder en caso alguno por medio de un mero auto de trámite, sino en virtud de providencia interlocutoria discutida y votada en la Sala de decisión correspondiente, por los Magistrados que la componen, y después de cumplidos los trámites pertinentes''.

Expuestas, en la forma más detallada posible, las diversas incidencias presentadas dentro del negocio, procede la Corte a decidir la apelación interpuesta, a que inicialmente se hizo referencia.

Es bueno advertir que sobre idénticos hechos y los mismos incriminados existen dos procesos, uno iniciado a raíz de los acontecimientos del 26 de septiembre de 1952 por la Alcaldía Municipal de San Rafael (Ant.) y el otro iniciado en la Fiscalía del Juzgado Primero Superior de Medellín —Oficina Instructora— mediante denuncio presentado por la señora María del Carmen Arcila viuda de García. Como los dos procesos dichos se complementan mutuamente, a ellos tendrá que referirse forzosamente la Corte para el examen del caso *sub judice*.

SE CONSIDERA:

El epígrafe del Decreto 1823 de junio 13 de 1954 reza textualmente: ''por el cual se concede amnistía e indulto por los delitos políticos cometidos hasta la fecha y una rebaja de pena''.

El artículo 1º del mismo, dice:

''Concédese amnistía para los delitos políticos cometidos con anterioridad al 1º de enero del presente año.

''Para los efectos del presente Decreto, se entiende por delitos políticos, todos aquellos cometidos por nacionales colombianos, cuyo móvil haya sido el ataque al Gobierno, o que puedan explicarse por extralimitación en el apoyo o adhesión a éste, o por aversión o sectarismo políticos''.

Como puede fácilmente comprenderse, el inciso segundo del artículo transcrito contiene tres cuerpos, fuera de la nacionalidad colombiana, a saber:

a) Que el móvil de esos delitos políticos haya sido el ataque al Gobierno;

b) Que puedan explicarse por extralimitación o apoyo al Gobierno, y

c) Que el móvil de los mismos sea la aversión o el sectarismo políticos.

El signo ortográfico de coma, y la *o* disyuntiva que claramente relieva el artículo, sirven de manera muy eficaz para descomponer el texto legal en los tres requisitos enunciados.

El señor Fiscal Tercero del Tribunal Superior Militar, en su concepto de fondo de folios 176, así como el señor Magistrado doctor Santiago Vanegas Lasprilla, en el salvamento de voto de folios 195 a 198, para oponerse a la decisión mayoritaria del Tribunal destacan dos principales motivos, cuales son que los delitos revelan atrocidad en su ejecución y como la gracia es condicionada, no puede accederse a ella; además, que no hubo móvil político en los hechos, lo que también se opone a la concesión del beneficio de la amnistía.

Conviene examinar con el debido cuidado, como corresponde a una decisión de la trascendencia de ésta y después de metódica y exhaustiva lectura de cada uno de los procesos que se siguieron para la investigación de los hechos, si con efecto acompaña la razón a los dos funcionarios antes aludidos, o por el contrario, los fundamentos en que se apoya la providencia recurrida por el señor Agente del Ministerio Público, que concedió la gracia, tiene respaldo procesal y por lo mismo no hay lugar a desecharla con una revocatoria.

Bueno es hacer algunos enunciados como premisas de la decisión que ha de adoptarse, ya que en esta materia de la amnistía, para su concesión o rechazo, es menester ceñirse estrictamente a los decretos que definen cuáles son los delitos que autorizan el beneficio, su naturaleza y los límites que tienen, los mismos que están determinados y circunscritos por los términos que emplea el legislador, si se quiere mucho más amplios que los que pudieran contener definiciones puramente doctrinarias o académicas, de contenido indudablemente más restrictivo en cuanto al significado y alcance de los ilícitos políticos que bene-

ficia la amnistía, tal como los contempla la doctrina tradicional.

Para lo anterior es conveniente recurrir a ciertas definiciones que aclaren el problema. En efecto, qué significa atrocidad y qué alcance tiene el concepto que prevé el decreto sobre extrema insensibilidad moral.

Atroz, del latín *atrox,* gramaticalmente significa en su primera acepción, según el diccionario de la Real Academia: "fiero, cruel, inhumano"; y atrocidad, del latín *atrocitas-atis,* en su primera y segunda acepción "crueldad grande y exceso, demasía".

Si se parte de las anteriores definiciones, a fin de examinar un determinado caso, es conveniente advertir que como el Decreto 1823 de 1954 en su artículo 4º faculta a una amnistía o indulto condicionados, puesto que previene que esos beneficios, "no se extenderán a los delitos cuyos caracteres de atrocidad revelen una extrema insensibilidad moral" en quienes los ejecutan, es manifiesto que esa condición debe ser valorada en cada ocurrencia, con sujeción tanto al significado propio de los términos que emplea la ley como a las circunstancias probatorias que permitan darles tal carácter, pues siendo ello una apreciación subjetiva en lo que concierne a la atrocidad revelante de insensibilidad moral en los delincuentes, que corresponde valorarla al Juez, los elementos probatorios por ser cuestiones de hecho necesariamente deben corresponder a aquella valoración, para armonizar esos conceptos subjetivos y objetivos, a fin de que conduzcan a aproximar todo lo posible a la realidad jurídica aquel criterio, de modo que permita una decisión con rigurosa sujeción a los presupuestos invocados para el otorgamiento de la gracia.

En caso semejante, esta misma Sala de la Corte expresó que el propósito del decreto de amnistía fue sin duda extender el beneficio a muchas ocurrencias que no podrían acogerse a él si se aplica para apreciarlas un criterio restrictivo y que las circunstancias de su extensión y aplicabilidad por estar condicionadas a determinados requisitos, éstos deben analizarse detenidamente.

El repaso minucioso de los procesos conduce a formular los siguientes interrogantes:

Hasta qué punto obró en estos hombres una equivocada y errónea creencia de que sus actos servían como adhesión al Gobierno o como defensa de los ideales políticos que profesan o como sentimiento de odio o de pasión sectaria contra sus adversarios.

Es difícil contestar, aun con la más atenta y minuciosa lectura del proceso. Para dar respuesta a estos interrogantes sería necesario adentrarse en el examen de una situación sociológica, todavía no superada, que podría quizá responder, por aproximación, esas preguntas. No es el caso de hacerlo ahora; pero sí tomar nota de que predominó en todos aquellos, o en algunos de ellos, una psicosis colectiva, de mutua y recíproca intolerancia y posibles estados de paranoia social (Guillermo Uribe Cualla, "Medicina Legal y Psiquiatría Forense", págs. 671 y 672, 5ª edición), con características de perseguidos-perseguidores en los estratos de una sociedad dominada por la violencia partidarista.

No se dice lo anterior para justificar crimen ninguno, ni violencia alguna, pues todos deben ser vehementemente condenados; pero sí a modo de explicación de conductas individuales, que llevadas por un torbellino de pasiones políticas —de ataque y de defensa— pusieron una cooperación delictuosa a una época que el legislador, con muy buen acuerdo, ha preferido olvidar antes que sancionar, para que aquel olvido del pasado conduzca a una revaloración sociológica de los estratos afectados con más intensidad por la perturbación del orden ocurrida.

Ese, sin duda, fue el objetivo del decreto. El refleja el propósito de amparar con gracias especiales una delincuencia bochornosa y humillante, para que ese olvido gravite en forma de lenitivo y cure dolencias sociales de aquellas en que muy pocos resultan inocentes y la misma comunidad puede ser culpable.

Explicado así el Decreto en la forma breve que corresponde a una providencia judicial de esta índole, conduce a darle esa aplicación con sentido de benevolencia a las normas que contiene sobre los beneficios de amnistía e indulto, no porque se contribuya con ello a la impunidad, sino porque de los fundamentos jurídicos de tales beneficios se desprenden consecuencias que no es posible desconocer para la decisión de cada caso en particular, ya que sólo en determinadas ocurrencias es como cabe aprehender si puede o no concederse la gracia especial que otorga el Decreto, concebido precisamente con el ánimo de cicatrizar la violenta conmoción política que determinó una lucha por el poder, en la que participaron tanto autores materiales como intelectuales y de la que no fue ajena la misma autoridad, la cual sólo mediante beneficios excepcionales puede servir para que una justicia distributiva no haga recaer el rigor de la ley sobre unos pocos cuando pudieron ser muchos los responsables.

Háy hechos en el proceso que permiten apoyar este criterio. En su segunda indagatoria de folio 36 y siguientes (2º proceso) Cenón de J.

Gutiérrez García, a quien se atribuye la jefatura de los cuadrilleros, acepta que acompañó a unos agentes de policía estando en Caracolí, a una comisión de orden público, persiguiendo a una *chusma*. Afirma asímismo que le dieron un grass, pero que no tuvo ocasión de hacer uso de él. También acepta que estuvo en otra comisión de esa misma índole "por los lados de Puerto Nare, en un punto que creo se llama Cañoseco" y que la finalidad de esas comisiones no fue otra cosa que "la persecución de la chusma". Al preguntársele en cuáles otras regiones actuó o le ayudó a la policía en comisiones de orden público, contesta que "por los lados del Jordán para abajo hasta Caracolí, con el Teniente Rojas". Al interrogarle que "diga si al acompañar a esos agentes en las comisiones aludidas, manifieste si el permiso que le dieron fue por escrito y en tal caso, si lo conserva, sírvase presentarlo, responde: Yo no tengo ni tenía permiso, era que ellos me llamaban a que los acompañara". Y continúa el interrogatorio y las respuestas: "Pregunta: ¿Sabe usted el peligro que hay al actuar como ayudante de la Policía? Respuesta: Yo no sé ni qué peligro hay o habrá ayudándole al Gobierno... Pregunta: ¿Recibió usted algún beneficio de la ayuda al Gobierno? Respuesta: Pues no, el beneficio fue ir a la cárcel, donde estuve tres meses y medio. Pregunta: ¿Diga usted si su ayuda fue voluntaria o usted recibió dinero por actuar? Respuesta: Pues eso era casi voluntaria, ellos recogían los civiles para que los acompañaran. Pregunta: ¿Actuó usted o ayudó en comisiones por San Julián? Respuesta: Por San Julián no".

En otra parte, en la misma declaración de inquirir, se le preguntó: "Cuando usted prestó sus servicios al Gobierno como Agente de la Policía en Barrancabermeja ¿salió usted en comisiones de orden público? Respuesta: No, señor; fue en la misma ciudad. Pregunta: ¿Cuál era su Comandante de Compañía o Comandante de Policía en ese entonces? Respuesta: Un Cabo Delgado era Comandante de la Compañía donde yo trabajaba, es decir, él era el que me mandaba a mí; del nombre del Comandante de Policía no me acuerdo".

Esta confesión de quien se dice fue el jefe de los cuadrilleros que cometieron los ilícitos a que se refiere el proceso, debe ser tenida en cuenta, porque no hay hecho alguno que la contradiga o la desmienta. Deductivamente, de sus propios términos, resalta que Cenón de J. Gutiérrez actuó en aquellas épocas aciagas como agente del Gobierno y que requerido para tal menester, prestó sus servicios en comisiones de orden público.

Tratándose del jefe de una asociación para tales objetivos, es natural que sus compañeros obedezcan a semejantes propósitos. Y como no pudo reunirse en el proceso prueba adecuada para conocer con exactitud la finalidad perseguida por los componentes de la cuadrilla, lógico es que se determine por deducción que obedecieron a los mismos propósitos del jefe y los animó igual espíritu de sectarismo político, porque la asociación naturalmente crea un vínculo moral y físico para acometer determinadas empresas, vínculo que se manifiesta en cada uno de los individuos que la forman, en la misma dirección que le asigna quien la comanda.

Hay hechos en el informativo que permiten determinar la conducta de los incriminados como espíritu de adhesión al Gobierno y de sentimiento sectario de odio o animadversión políticas.

Así, por ejemplo, Ramón Antonio Parra (fls. 3 y vto. del primer proceso), afirma:

"Antes de nosotros llegar a la casa salieron a encontrarnos varios de dichos hombres y después de preguntarnos quiénes éramos nos pidieron las cédulas y yo que la llevaba en el bolsillo se la mostré junto con un certificado que me había expedido la Alcaldía y el Comité Conservador, y entonces me dijeron que siendo yo conservador por qué trabajaba con un cachiporro liberal".

José Eufrasio Parra afirma:

"El miércoles veinticuatro del presente mes estaba yo con mi hermano Ramón Antonio Parra trabajando en la finca Santa Rosa, de propiedad de don Telésforo Colorado, y por ahí a las cinco de la tarde nos dirigimos hacia la casa de la finca, cuando al camino salieron a encontrarnos varios hombres de los que estaban en la casa y que yo los había visto de lejos, no recuerdo cuántos nos salieron al encuentro, y nos preguntaron primero si éramos conservadores, nos pidieron las cédulas, y mi hermano que la llevaba con un certificado de esta Alcaldía y del Comité Conservador se las mostró y la cédula mía la traían ellos y me la entregaron y nos dijeron que como conservadores no podíamos estar trabajando con liberales, que nos saliéramos de allá, porque eso lo iban a quemar...".

Cesáreo Henao declara:

"Pues bien, esa gente llegó a mi casa y uno de ellos, de los desconocidos, me preguntó por Pascual Giraldo, por la gente que había en mi casa y su filiación política, y después de constatar que todos eran conservadores salieron y se fueron, y el que me había hablado se devolvió

y me dijo: 'Bueno, estos muchachos que consigan su cédula y sus credenciales, nosotros andamos respaldando al conservatismo y arrasando al liberalismo'.'' (Fl. 5 del primer proceso).

Por último, Horacio Garcés (fl. 13 y vto.), declara, entre otras cosas:

''El tal Capitán y esa gente forastera dijeron que ellos venían de Caracolí por cuenta del Gobierno y creo yo que por decir esa gente que era del Gobierno encontraron quienes los acompañaran como los que he nombrado'' (se refiere a varios individuos que cita como acompañantes de la contrachusma, armados también de peinillas y escopetas).

De manera que el odio sectario se pone de manifiesto y queda exhibido como el motivo determinante de los hechos, ya que se mostraba aun al del propio bando, cuando no correspondía al sentimiento de que estaban poseídos los sindicados.

Por lo demás, la misma destrucción de los objetos sustraídos a las casas de los enemigos, que eran saqueadas desechando el beneficio que pudieran obtener del pillaje, demuestra que el propósito que animaba a los agentes de tales depredaciones era más que todo destruír para causar daño al adversario o al correligionario político, a modo de intimidación o amenaza. Existen testimonios que afirman que echaron al fuego muchos de los objetos tomados de las habitaciones saqueadas.

Además, si la insensibilidad moral no es susceptible de comprobación directa por alguno de los medios que conducen racionalmente a la certeza legal y sólo puede apreciarse, por lo mismo, en función subjetiva del propio fallador, sirviéndose para ello de los medios de que pueda disponer para formar su criterio, así sean ellos escasos, como en el evento que se estudia, no es posible menospreciar ningún dato que permita aproximarse a la verdad o al menos sirva para valorar una circunstancia que por la índole propia de su naturaleza, escapa a la fundamentación de una realidad protuberante.

Algún asomo, al menos, de sensibilidad humana y moral se refleja en el episodio que relata el testimonio de Julia Amanda Colorado Viana, confirma el de su hermana Gabriela (fls. 11 y vto. y 12) y corrobora Eufrasio Parra (fl. 4 vto.).

Narra en efecto, lo siguiente, la primera:

''Y como se llevaron mi máquina 'Singer' de coser y yo vi que el Capitán era el que mandaba me le humillé mucho y le rogué que no se llevara mi máquina, que la llevaban amarrada en unas cargas, y entonces el Capitán ordenó que me la dejaran y la soltaron y la dejaron por allá a orillas de un monte, y allí fue por ella Eufrasio Parra''.

La segunda declarante dice:

''La máquina 'Singer' de mi hermana Julia se la alzaron, pero por los ruegos de ella se la devolvieron''.

Todo esto lo confirma, como ya se dijo, Eufrasio Parra, quien dice en lo pertinente:

''Y como digo, lo que se pudieron alzar de la casa, inclusive una máquina de coser, de Julia, hija de don Telésforo, pero ella, a los ruegos de que no se la llevaran la maquinita y como ya la llevaban en camino, el que mandaba dio orden de que la dejaran, y el hermano mío fue por ella a la orilla del monte''.

También sorprende, frente a la manera como la violencia ha desatado los genocidios en el país, los cuales no bastan a los forajidos si no llevan como secuela el ultraje al pudor de las mujeres, con los atropellos más inauditos y oprobiosos, que ninguno de los testimonios acusadores del proceso se alce para atribuír a los agentes de los delitos de que se trata, actos de esa especie. Hubo muertes violentas, pillaje, robos, especialmente de semovientes, quizá para el transporte de los delincuentes, pero no se registró episodio alguno que denunciara que a la comisión de esos delitos agregaran otros, que tal vez más que los aludidos, demuestran que a la orgía de sangre y pillaje, sigue también la del macho feroz que viola vírgenes, atropella mujeres inermes y cubre de vergüenza y deshonor a sus víctimas.

Necesario es destacarlo así, para que se vea que dentro del contraste de los cuadros, no todo es proclive, y que se adivina, entre lo sombrío de los delitos, algún asomo de sensibilidad moral, tan escasa o nula en tantos otros episodios semejantes. Relievarla es función de la justicia, porque con igual celo corresponde al Juez conocer de los hechos que denuncian una conducta criminal, como los demás que reflejan alguna atenuación o moderación del reproche que entraña esa conducta, sobre todo cuando se trata de juzgar sucesos no susceptibles de demostración probatoria, sino circunstancias subjetivas que la ley enuncia y al juzgador toca adecuadar a determinada responsabilidad para hacerla menor o mayor, o al menos fijar el grado de sensibilidad o insensibilidad que el caso conlleva, a fin de valorarlo en la justa medida que le corresponde, sobre todo en acontecimientos que el olvido buscado con la gracia de la amnistía quiere borrar, como medio para buscar

una readaptabilidad social de los que delinquieron por odios políticos o fue su conducta determinada por móviles de esta índole.

El señor Fiscal del Tribunal Superior Militar destaca varias declaraciones para reafirmar su tesis de que los delitos fueron atroces. Aparte de que casi todos ellos son de parientes próximos de las víctimas, conviene hacer algunas consideraciones al respecto.

En primer término, todos los declarantes están conformes en afirmar no haber oído sino un solo disparo por los lados en que fueron cumplidos los homicidios. Según esto, debió emplearse entonces armas blancas de peso, como machetes o peinillas, de gran poder vulnerante. Por desgracia la falta de reconocimientos por experticio, aun de empíricos, dificulta en grado sumo toda conclusión positiva sobre el particular y sólo puede procederse a base de hipótesis, que por serlo distan mucho de permitir la certeza con que el Juez penal debe proceder en sus juicios.

Son consejas y decires lo que existe en el proceso con referencia a que los malhechores impidieron el entierro de sus víctimas. Los declarantes al respecto se limitan a afirmar que ellos aconsejaron ese proceder, porque dicen que por más partidarios de los principios políticos de los forajidos que fueran los que tal cosa llevaran a cabo, se exponían a ser víctimas a su vez de su violencia. Prueba aceptable sobre este punto no existe en los autos.

Lo mismo ocurre con lo atinente a la atrocidad de los delitos, que sirve de argumento al señor Fiscal para oponerse a la gracia concedida, ya que la prueba testimonial nunca suple a la que dado el rigor del cargo y lo que significa esa calificación debe exigirse para establecerla.

La Sala comparte, por lo demás, los argumentos que sirvieron a los Magistrados que por mayoría y en unión del Mayor General Jorge E. Villamizar Flórez, Presidente del Tribunal Superior Militar, en su calidad de Comandante de las Fuerzas Armadas (art. 321 del C. de J. P. M.) decretaron la amnistía en favor de los procesados. Ninguna de las razones de los funcionarios opuestos a tal decisión, convencen de que no están reunidos los requisitos que el Decreto que tal gracia otorga exige para concederla.

Un aforismo que humaniza la justicia penal y que ha regido en todos los tiempos aconseja al Juez en todo caso de duda, la abstención. Las dudas en este proceso son manifiestas y por ello cabe dar aplicación a aquel justo principio.

Anota el Maestro Carrara, sobre la materia, lo que sigue:

"El título de delitos *atroces* y *atrocísimos* dado universalmente en la vieja práctica a ciertas formas criminosas, no fue una mera distinción de nombre: detrás de las palabras existía desgraciadamente una terrible realidad. Pero esta realidad no fue igual en todas las prácticas antiguas. En algunas de ellas la calidad de *atroz* atribuída a un delito conducía no sólo al efecto natural y tolerable (dentro de ciertos límites) de una penalidad más severa, sino también a ulteriores e inicuos efectos de admitir en los delitos atroces pruebas excepcionales o (como se decía) privilegiadas, de condenar con poca prueba, de restringir los términos y las facultades de la defensa, de castigar a los cómplices a la par de los autores principales y la tentativa a la par del delito consumado y otras enormidades semejantes, con las cuales se conculcaba la humanidad, el buen sentido y la justicia, ya que, al revés, importando la mayor atrocidad del delito un castigo más grave, el efecto del procedimiento debe ser precisamente el contrario, vale decir, de *dudar* más para condenar y de conceder mayor amplitud a la defensa, en razón del mayor peligro que amenaza al inocente. Sin embargo, como he dicho, este irracional efecto de la *atrocidad* del delito no fue universalmente aceptado, y en homenaje a la verdad se debe decir que especialmente en las prácticas alemanas, *prevaleció la regla opuesta de que la atrocidad del delito debía tomarse en cuenta para actuar excepcionalmente, in puniendo non vero in procedendo:* Mollero, Semestrium, Libro 3º, Capítulo 17. Los canonistas encontraron en la calificación de *atroz* y *atrocísimo* tema para proponer la cuestión de si para estos delitos debía o no acordarse la inmunidad eclesiástica". (Las subrayas unas son propias del texto y otras de la Corte. Programa. Parte Especial, Vol. VI, Nº 3070, páginas 169 y 170).

De aquí que la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, concluya resolviendo lo siguiente:

1º CONFIRMAR, como en efecto confirma, la providencia del 17 de febrero de 1961, proferida por el Tribunal Superior Militar, mediante la cual otorgó el beneficio de amnistía a los procesados a que se hizo referencia en la parte motiva de este negocio.

2º ACCEDER a la libertad solicitada por los dos únicos sindicados que se encuentran detenidos, Cenón de J. Gutiérrez y Alcides de J. Clavijo, con la fianza y promesa que tienen sentada a folios 215 vto., constituída ante el Alcalde Municipal de Rionegro (Antioquia), el 22 de

marzo de 1961, siempre que no sean solicitados por ninguna otra autoridad de la República y no esté ordenada su detención por otro u otros delitos.

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

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO. — NULIDADES CONSTITUCIONALES

Indebida aplicación del Decreto 012 de 1959. Prospera la causal 4ª de casación. Invalidación parcial de lo actuado.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

La aplicación retroactiva del procedimiento establecido en el Decreto 012 de 1959 implica violación del artículo 26 de la Carta.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA PENAL.—Bogotá, nueve de marzo de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Procede la Sala a resolver sobre el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de 3 de marzo de 1961, por la cual impuso al procesado Juan de Jesús o Juan de Dios Giraldo Granada la pena de veinte años de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Stella Rodríguez de Hernández.

Invoca el demandante la causal cuarta de casación, e indica como apoyo de su pedimento el hecho de haberse aplicado en el juzgamiento de su mandante los trámites que indicaba el Decreto extraordinario 012 de 1959 en vez de los más amplios del Código de Procedimiento Penal, incurriéndose así, en una violación de lo previsto en el artículo 26 de la Carta, dado que el delito de que se sindica a Giraldo Granada tuvo ocurrencia antes de entrar a regir aquel estatuto.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador 1º Delegado en lo Penal pide que se case la sentencia recurrida, por cuanto aparece demostrado el cargo que hace el demandante, con invocación de la causal cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Anota el señor Agente del Ministerio Público que "es absolutamente cierto que con la aplicación del Decreto..." extraordinario número 012 de 1959..., "a un proceso como el presente, quedaron restringidos los medios de defensa propios del acusado recurrente, dando ello lugar a reconocer que se ha incurrido en una nulidad de carácter constitucional. Al respecto, la honorable Corte ha sido terminante al sostener en multitud de sentencias, de todos conocidas y que, por tanto, no es del caso citar, que la aplicación del decreto en cuestión, con respecto al juzgamiento de hechos cometidos antes de la vigencia del mismo estatuto, genera un quebrantamiento de forma que fuerza a subsanar".

LA SALA CONSIDERA

Los hechos de que se sindica al nombrado Giraldo Granada ocurrieron en los primeros días del mes de diciembre de 1958, época para la cual no había sido expedido el Decreto 012 de 1959.

No se ciñó, pues, este proceso a las normas de trámite pertinentes, o sean las que señala el Código de Procedimiento Penal, en vigor cuando el delito averiguado fue cometido.

Se incurrió, entonces, en la violación de las garantías previstas en el artículo 26 de la Constitución Nacional, lo cual acarrea la nulidad del proceso desde el auto de 20 de agosto de 1960, por el cual se declaró cerrada la investigación.

Esta nulidad de lo actuado y la necesaria invalidación de la sentencia recurrida, ampara, igualmente, al menor Educardo Granada Rin-

ción, de 15 años de edad, quien fuera condenado a la pena de dos años de reclusión y cuyo juzgamiento corresponde al Juzgado de Menores.

Asímismo, la nulidad del proceso deja a salvo la absolución proferida en favor del recurrente, Juan de Jesús o Juan de Dios Giraldo Granada y del menor Educardo Granada Rincón, respecto del delito de robo de que fueron sindicados.

Prospera, pues, la causal cuarta de casación invocada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, INVALIDA PARCIALMENTE la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de que se ha hecho mérito, a fin de que se reponga el procedimiento en la forma señalada en este fallo. Queda en firme la absolución proferida en favor de los procesados Juan de Jesús o Juan de Dios Giraldo Granada y Educardo Granada Rincón, respecto del delito de robo de que se les sindicó. Igualmente, la invalidación de la sentencia y la nulidad del proceso es extensiva a la condena hecha al procesado Educardo Granada Rincón, de quince años de edad, quien habrá de ser juzgado por el respectivo Juez de Menores.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso a la oficina de origen.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez Abad, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León, Secretario.

PREVARICATO Y ABUSO DE AUTORIDAD

Ninguna de las dos infracciones penales, ni ninguna otra, fue cometida por el Gobernador denunciado. El elemento psíquico en estos delitos. No se configuran por simple culpa. Requisitos de la responsabilidad penal.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. No es justo que la equivocación de un funcionario, no acompañada de mala fe, sea juzgada suficiente para incriminarle los delitos de abuso de autoridad o de prevaricato.

2. El dolo es la orientación de la voluntad hacia un fin ilícito. Y en los supuestos que reprimen, como abuso de autoridad y prevaricato los artículos 171 y 168 del Código Penal, respectivamente, corresponde al propósito de cumplir un acto arbitrario o injusto. Claro que para que se tenga la última de las dos infracciones es menester, asímismo, que el agente actúe "por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros" conociendo que su sentencia, resolución o dictamen contrario a la ley, resulta expresa o manifiestamente injusto.

3. Ninguna de estas dos violaciones punibles admite ser cometida por simple negligencia o imprudencia (culpa). Y mucho menos cabe aceptar su existencia, cuando contra la presunción de buena fe que cabe admitir en la actividad de los funcionarios públicos, no aparece prueba alguna que la desvirtúe.

4. Sólo la conducta humana, de acción u omisión, que se acomode exactamente a una definición de la ley penal, es típica y consiguientemente antijurídica (salvo los casos de justificación del hecho). Mas para que sea delictuosa requiere, además, que el actor obre culpablemente, esto es, con intención (dolo), o negligente o imprudentemente, sin querer el resultado dañoso (culpa).

5. Para deducir responsabilidad penal contra alguien, se requiere: a) Que su comportamiento encuadre en una definición del Código Penal, esto es, que reúna las condiciones que tipifican un delito; b) Que el hecho sea antijurídico. Por tanto, que no aparezca justificada la conducta, en razón de alguna de las circunstancias que eximen de responsabilidad o que permiten estimar el comportamiento como jurídico; c) Que exista "una acción psíquica que oriente y guíe la acción física" (Ferri), —salvo lo previsto en el artículo 29 del Código Penal—, es decir, que se dé la culpabilidad: dolo, culpa.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA PENAL.—Bogotá, nueve de marzo de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Procede la Sala a calificar el mérito del sumario que fuera seguido contra el doctor Ramón Lanao Tovar, Gobernador del Departamento del Magdalena, por razón de los cargos de prevaricato y abuso de autoridad que le fueron formulados por el doctor Carlos Dávila Barreneche, dado que la investigación fue clausurada y el Ministerio Público ha emitido su concepto.

ANTECEDENTES

En síntesis que acoge la Sala, el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal señala los siguientes antecedentes:

"El señor Joaquín Bohórquez, por intermedio de su apoderado, doctor Joaquín Aarón Manjarrés, formuló querella policiva contra Carlos Dávila Barreneche, a consecuencia de algunas ocupaciones de hecho cometidas por éste en terrenos que se afirma son de propiedad de Bohórquez. La querella se presentó ante el Alcalde Municipal de Santa Marta, quien, habiéndola admitido, comisionó al Inspector de Policía de Gaira para que obtuviera la comparecencia inmediata del demandado, con el fin de que explique los motivos que haya tenido para obrar en la forma relatada por el actor. También se comisionó al mismo funcionario para que practicara una inspección ocular, con testigos actuarios, 'a fin de comprobar los hechos denunciados' (fs. 1, 6 y 6 vt.).

"El Inspector de Policía de Gaira emitió, con fecha 5 de julio de 1960, el auto cuyo tenor es así:

'...De conformidad con el auto anterior, de la Alcaldía, cítese al demandado para que conteste los cargos que se le hacen en demanda materia de esta querella. Practíquese una inspección ocular al terreno materia de esta litis, 3 días después de la notificación de esta providencia, a partir de las 9 de la mañana' (f. 6 vt.).

"El anterior proveído fue notificado a las partes según se acredita a folio 6 vuelto de esta investigación. La inspección ocular fue aplazada para nueva fecha, de lo cual, se informó por oficio a los apoderados de las partes (f. 7 vt.).

"Con fecha agosto 2 de 1960, un día después del que tiene indicado los oficios antes mencionados, el señor Carlos Dávila Barreneche dirigió un memorial al Inspector de Policía de Gaira, en el cual solicitó que se revoque el auto que señala la fecha para la celebración de la inspección ocular y, al efecto, dice:

'Me baso para esta solicitud en el hecho de que aún no se me ha citado para interrogarme sobre los motivos que he tenido para obrar en la forma en que lo he hecho y según los cargos de la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en el ordinal 3º del artículo 651 del Código de Policía...'

"Manifiesta, además, el señor Dávila, que confiere poder al doctor José Eduardo Gnecco C., 'para que me represente en estas diligencias'. Tal memorial aparece firmado por Carlos Dávila y el doctor José Eduardo Gnecco, según se acredita al folio 8.

"La anterior petición fue resuelta negativamente por el Inspector de Policía, quien estimó que al demandado se le había notificado la demanda y que igual cosa había ocurrido con el auto que decretaba la práctica de la inspección ocular. Este proveído aparece copiado al folio 8 y 8 vuelto; las notificaciones a que allí se hace mención están visibles a los folios 6 vuelto y 7 vuelto.

"A folio 8 vuelto y siguientes, aparece la copia del acta de inspección ocular, y a folio 11 vuelto existe un auto cuyo tenor es el siguiente: 'Inspección de Policía.—Gaira, agosto 3 de 1960. Cumplida la comisión conferida por la Alcaldía Mayor, devuélvase la actuación a la oficina de origen.—Cúmplase...'

"Después de algunas incidencias, la Alcaldía Municipal de Santa Marta emitió la providencia visible a folio 48 vuelto y siguiente, en la que se decretó 'la nulidad de toda la actuación, a partir del auto de cinco de Julio pasado, por medio del cual se fijó fecha para la diligencia de inspección ocular, y en su lugar ordena se dé cumplimiento, por parte del comisionado, a lo establecido en la regla 3ª del artículo 651 del Código de Policía, como está ordenado en el auto admisorio de la demanda' (f. 49).

"Como la anterior decisión fue apelada por el apoderado del demandante, el negocio llegó a la Gobernación para que se desatara la alzada, y cumplida la actuación pertinente, la Gobernación del Departamento del Magdalena resolvió revocar la providencia apelada y en su lugar decreta el *statu quo* anterior a los hechos materia de la perturbación, a que se contrae la demanda presentada por el doctor Joaquín Aarón Manjarrés, a nombre y representación del señor Joaquín Bohórquez, que ha dado lugar al presente juicio...

"Recibido el expediente por el Alcalde Municipal de Santa Marta, éste dispuso en auto de noviembre 9 de 1960: 'Obedézcase y cúmplase lo resuelto por el superior. En firme esta providencia, remítase el expediente al señor Inspector de Policía del Corregimiento de Gaira, para que dé cumplimiento al *statu quo* decretado por el superior, y para ello se le comisiona'.

"El Inspector de Policía de Gaira dio cumplimiento a la comisión impartida y fue así como, previa demolición de las obras construídas por el señor Carlos Dávila, el señor Bohórquez quedó en posesión material del terreno materia de la demanda. El funcionario no levantó el acta correspondiente a la diligencia anterior, 'por no haberse presentado ningún incidente durante el acto de la entrega' (fs. 54, 56 y 56 vt.)".

LOS CARGOS FORMULADOS

Luégo de anotar que la providencia proferida por la Alcaldía de Santa Marta —"por la cual declaró legales las peticiones de mi apoderado"—, no era apelable, "de acuerdo con el artículo 675 del Código de Policía del Departamento del Magdalena", dice el denunciante, doctor Dávila Barreneche, que el señor Gobernador Lanao Tovar "resolvió el recurso, violando expresa y ostensiblemente el artículo mencionado, y a pesar de la observación previa formulada..." contra la procedencia de tal recurso de la contraparte, hecha por el doctor Gnecco Correa.

Agrega que "no conforme con admitir el recurso y violar el Código de Policía, resolvió fallar el fondo mismo del negocio, agotando la segunda instancia sin haberse evacuado antes la primera instancia. Es decir, el señor Gobernador del Departamento del Magdalena profirió sentencia de segunda instancia, al resolver la apelación de un auto interlocutorio, sin que la providencia recurrida tuviera ese recurso, ni haberse fallado en primera instancia el negocio, y a pesar de la advertencia de mi apoderado, y de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa. Pero el asunto no termina ahí, ya que el señor Gobernador del Departamento del Magdalena... inmediatamente dicta su sentencia la remite a la Alcaldía Municipal de Santa Marta, para que le dé cumplimiento, sin antes cumplirse el proceso de las notificaciones de rigor".

Anota por último el doctor Dávila Barreneche que "con los anteriores hechos de la Administración Departamental... se me ha despojado violentamente, en forma arbitraria, ilegal e injusta de la posesión material de unos terrenos, sin haber sido vencido en juicio", y que "es obvio que el señor Gobernador del Departamento... se excedió y extralimitó en sus funciones en contra de una propiedad del suscrito, ya que él de ninguna manera podía pretermitir tan ostensiblemente normas procedimentales claras y expresas, que no dan margen para interpretaciones tan descabelladas y absurdas. La nitidez del caso, como lo elemental de los principios violados, son tan evidentes, que no pueden explicarse por ignorancia, irresponsabilidad o precipitud, sino como la consecuencia necesaria y fatal de una intención deliberada y firme de favorecer a una de las partes contendientes y de perjudicar a la otra".

Con apoyo en lo anterior, expresa que denuncia al doctor José Ramón Lanao Tovar "por los delitos de prevaricato y abuso de autoridad, cometidos en ejercicio de sus funciones de Gobernador..." del Departamento del Magdalena.

RESULTADO DE LA AVERIGUACION:

El sumario adelantado arroja los siguientes datos:

Primero. Documentos:

Obran en el proceso los siguientes:

a) Copia expedida por la Alcaldía de Santa Marta del expediente levantado con motivo de la querella policiva presentada por el señor Joaquín Bohórquez contra el doctor Carlos Dávila Barreneche, del cual cabe transcribir las siguientes piezas:

1º *Auto de la Alcaldía Municipal de Santa Marta, de 31 de agosto de 1960:*

Dice esta providencia:

"En demanda promovida ante esta Alcaldía, solicita el señor Joaquín Bohórquez, por medio de apoderado, se ordene 'en forma inmediata la demolición de dos casas construídas dentro del predio Villa del Perpetuo Socorro por orden del doctor Carlos Dávila B.', para lo cual se concederá al demandado un término de seis días. En derecho, fundamenta su acción el actor en los artículos 651 del Código de Policía del Departamento, y 3º de la Ordenanza número 12 de 1954. Admitida la demanda, por auto de 23 de junio pasado, este Despacho ordenó la comparecencia inmediata del demandado Dávila Barreneche con el fin de que explicase los motivos que haya tenido para obrar en la forma relatada por el demandante y ordenó la práctica de una inspección ocular, con intervención de testigos actuarios, para todo lo cual comisionó al señor Inspector de Policía del Corregimiento de Gaira. Cumplida la comisión, el Inspector devolvió el expediente a la Alcaldía, y agotada la tramitación propia de estas querellas de policía, se procede a resolver, previas las siguientes consideraciones: Establece el artículo 651 del Código de Policía del Departamento, en su regla tercera, que la tramitación de la acción propuesta es la siguiente: admitida la demanda, 'se procederá inmediatamente a obtener la comparecencia del demandado a fin de interrogarlo sobre los motivos que tiene para obrar así', y en consecuencia con tal precepto, la Alcaldía, como ya se vio, así lo dispuso en el auto admisorio de la demanda (f. 8). El Inspector comisionado, en proveído de 5 de julio

(f. 10), ordenó seguir el procedimiento indicado, y al efecto notificó dicho auto al demandado el 22 del mismo mes de julio. Mas, es lo cierto, que no se cumplió respecto al demandado, ni la disposición antes citada, ni lo ordenado por la propia Alcaldía, puesto que no se le interrogó sobre los motivos o razones que le asistieran para haber obrado en la forma denunciada. La omisión anotada impidió, sin duda alguna, el derecho de defensa del demandado. Se anota, además, que el funcionario comisionado llevó a cabo la diligencia de inspección ocular con intervención de peritos, y no con testigos actuarios, como estaba ordenado en el auto admisorio de la demanda. Al efecto, el Código Judicial, aplicable a las querellas policivas por virtud de lo preceptuado en el artículo 491 del Código de Policía, dispone que el comisionado debe sujetarse al tenor literal de la comisión (arts. 135 y 148). Esto es, que se está en presencia de una nulidad constitucional, ya que se ha lesionado el derecho de defensa del demandado. Al respecto, la honorable Corte Suprema de Justicia ha dicho que la nulidad constitucional, esto es, la que se produce cuando se viola gravemente el derecho de defensa o normas fundamentales de procedimiento, se extiende también a los asuntos policivos, y así, en sentencia de 13 de noviembre de 1928, expresa: 'Estima la Corte, que las expresiones *formalidades legales, plenitud de formas de cada juicio,* empleadas en los expresados artículos 23 y 26, son fórmulas con que la Constitución ordena la observancia de los siguientes requisitos: que medie un procedimiento, el cual puede ser sumario y brevísimo cuando así lo requieran las funciones rápidas de la policía preventiva y que el procedimiento en todos estos casos garantice al sindicado los medios de defensa' (G. J., Nº 1832, p. 193). En mérito de lo expuesto, la Alcaldía, DECRETA la nulidad de toda la actuación, a partir del auto de cinco de julio pasado, por medio del cual se fijó fecha para la diligencia de inspección ocular, y en su lugar ordena se dé cumplimiento, por parte del comisionado, a lo establecido en la regla 3ª del artículo 651 del Código de Policía, como está ordenado en el auto admisorio de la demanda. Cópiese, notifíquese y cúmplase...''.

2º *Providencia de la Gobernación del Departamento del Magdalena, por la cual resolvió el recurso de apelación interpuesto contra el auto antes transcrito por el apoderado del señor Joaquín Bohórquez:*

Se dice en este auto:

''Gobernación del Departametno del Magdalena.—Sección Legal.—Octubre treinta y uno de mil novecientos sesenta. El doctor Joaquín Aarón Manjarrés, obrando a nombre y representación del señor Joaquín Bohórquez, presentó querella de policía contra el señor Carlos Dávila Barreneche, para que previos los trámites indicados en el Código de Policía se ordene 'la demolición de las dos casas construídas dentro del predio Villa del Perpetuo Socorro', predio éste situado en jurisdicción del Municipo de Santa Marta. Por providencia de fecha veintitrés de junio del año en curso, la Alcaldía Municipal de esta ciudad admitió la demanda y ordenó practicar una diligencia de inspección ocular en el sitio materia de la perturbación a que se refiere la demanda que ha dado lugar al presente negocio. Para practicar la diligencia mencionada se comisionó al Inspector de Policía de Gaira, funcionario éste que por auto de fecha cinco de julio del año en curso, ordenó llevarla a cabo, '3 días después de la notificación'. El proveído del Inspector fue notificado el 22 de julio de 1960 (f. 10) de este expediente. Al folio 14 de este negocio, obra el poder que el doctor Dávila Barreneche otorga al doctor José Eduardo Gnecco C. A los folios 14, 16, 17 y 18 de este expediente, obra el acta de la diligencia de inspección ocular, practicada por el Inspector de Policía ya mencionado, en el predio objeto de la querella de policía, y de su lectura se infiere claramente que éste coincide con el descrito en la demanda que obra al folio 1º. Devuelto el negocio por el funcionario comisionado a la Alcaldía de esta ciudad... se produjo la providencia de fecha 31 de agosto último, por virtud de la cual se decreta 'la nulidad de toda la actuación, a partir del auto de cinco de julio pasado, por medio del cual se fijó fecha para la diligencia de inspección ocular'. El doctor Joaquín Aarón Manjarrés, al notificarse de la providencia dictada por la Alcaldía Municipal de Santa Marta, a que se alude en el aparte anterior, interpuso contra ella el recurso de apelación, el cual le fue concedido para ante esta Gobernación, donde ha sido tramitado en la forma prevista por la ley, y se pasa a decidirlo en el fondo, previas las siguientes consideraciones: Del contexto de la demanda formulada por el doctor Joaquín Aarón Manjarrés... se viene en conocimiento que su finalidad es la de obtener un *statu quo* inmediatamente anterior a los hechos objeto de la perturbación, de acuerdo con lo que al respecto predica el artículo 14 de la Ordenanza 86 de 1942, que es del siguiente tenor: 'La misión de la policía por regla general se reduce a

mantener el *statu quo* actual, si no se registran aún vías de hecho o a restablecer el *statu quo* inmediatamente anterior a los hechos materia de la controversia, en especial tratándose de inmuebles'. En el caso *sub judice,* se produjo la perturbación o la vía de hecho, como dice el Código de Policía, lo que se explica con la lectura de las declaraciones presentadas por la parte actora, y el acta de la diligencia de inspección ocular a que ya se ha hecho referencia. Entonces, se justifica la intervención de la policía, ya no podrá dilucidar el problema relacionado con el dominio del predio ocupado, sino para saber si éste estaba en poder de otra persona, y si contra la voluntad de éste se produjo la perturbación. De la lectura de las declaraciones y de la escritura número 63, de 12 de febrero de 1957, pasada ante la Notaría Primera de esta ciudad (fs. 20 a 35), se infiere que el señor Joaquín Bohórquez venía ocupando con ánimo de señor y dueño, el predio denominado 'Villa del Perpetuo Socorro', situado en jurisdicción de este Municipio; y del acta que registra la práctica de la diligencia de inspección ocular, practicada por el Inspector Municipal de Gaira, se concluye que se produjo el hecho perturbatorio denunciado en la querella de policía. Y si esto es así, se explica la tramitación que se le dierá al negocio, que no es otra que la indicada por la Ordenanza 12 de 1954 y la regla tercera del artículo 651 del Código de Policía vigente. Ahora, en presencia de la nulidad decretada por la Alcaldía Municipal de Santa Marta, por medio de la providencia objeto del recurso de alzada, es pertinente estudiar si en realidad se ha generado la nulidad constitucional por violación ostensible de las normas de defensa del derecho, consagradas en el Código de Procedimiento Civil. Al folio 10 de este expediente aparece la diligencia de notificación del señor doctor Carlos Dávila Barreneche, demandado en el presente asunto, mediante la cual se le hizo saber que contra él se había instaurado una demanda y que se iba a practicar una diligencia de inspección ocular, '3 días después' de su notificación. Si bien es cierto que se hubo de pretermitir la ritualidad a que alude la disposición pertinente del Código de Policía, no menos cierto resulta, que esta omisión no implica la violación del principio consagrado en la Carta Fundamental de que nadie puede ser condenado sin antes haber sido oído y vencido en juicio, porque lo que quiere el procedimiento es que al demandado se le dé noticia, se le haga saber que contra él existe una demanda o querella; y en el presente caso, como ya se observó, hay una diligencia de notificación, y a más de esto existe al folio 14 de este expediente, el poder otorgado por el demandado al doctor José Eduardo Gnecco C., lo que implica, necesariamente, haberse aprestado a la defensa, haciendo uso de los recursos permitidos por la ley. La honorable Corte Suprema de Justicia, en auto de siete de diciembre de mil novecientos treinta y nueve, ha dicho: 'El Código de enjuiciamiento hace de los motivos de nulidad una clasificación exhaustiva y erige tan sólo como tales aquellos hechos que constituyen un evidente quebrantamiento de las normas procesales básicas o que desconocen el legítimo derecho de las partes a la defensa. La nulidad por falta de citación o emplazamiento obedece a este último principio. Indudablemente una actuación que se adelanta sin que a ella se llamen las personas contra quienes va dirigida no debe mantenerse'. De la detenida lectura de todas las piezas que obran en este negocio, no surge la certidumbre de que se hubiera quebrantado el principio de defensa consagrado por la Constitución Nacional, ni de que exista acto alguno realizado con prescindencia de las normas consagradas por el procedimiento para tramitar esta clase de negocios. El demandado ha estado representado por su abogado, a partir del memorial que obra al folio 14 de este expediente, sin que valga argüir que la circunstancia de haber practicado la diligencia de inspección ocular con peritos y no con testigos actuarios es causal de nulidad. Estas, como otras que se observa en el presente negocio, son irregularidades pero que en forma alguna erigen la nulidad decretada por el proveído objeto del reclamo. De forma que se impone revocar la providencia dictada por la Alcaldía Municipal de Santa Marta, objeto del reclamo, y en su lugar decretar el *statu quo* reclamado por la parte actora, en la forma prevenida en el artículo 14 de la Ordenanza 86 de 1942. A virtud de lo anteriormente expuesto, la Gobernación del Departamento del Magdalena, a nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la providencia de fecha 31 de agosto del presente año, y en su lugar decreta el *statu quo*, anterior a los hechos materia de la perturbación, a que se contrae la demanda presentada por el doctor Joaquín Aarón Manjarrés, a nombre y representación del señor Joaquín Bohórquez, que ha dado lugar al presente juicio.—Cópiese, notifíquese y cúmplase. (fdo.) *José Ramón Lanao Tovar,* Gobernador.—*Manuel Cuello Urueta,* Abogado Jefe de la Sección Legal del Departamento''.

b) Copias de los decretos de nombramiento del doctor José Ramón Lanao Tovar (f. 86), para el cargo de Gobernador del Departamento del

Magdalena, y de designación del doctor Alfredo Fuentes Diago (f. 85) para el mismo cargo, por renuncia que presentara el doctor Lanao Tovar, y copia del acta de posesión del doctor Lanao Tovar (fs. 58 y 58 vto.), documentos con los cuales resulta acreditado que el doctor Lanao Tovar desempeñaba, para la época de los hechos denunciados, el citado cargo de Gobernador del Departamento del Magdalena.

c) Un ejemplar, debidamente autenticado, del Código de Policía del Departamento del Magdalena, del cual cabe transcribir:

"Artículo 651. Las acciones civiles de la Policía son las siguientes:... 3ª La 'sumaria', especial para los casos de ataques manifiestamente injustos al derecho ajeno. Su tramitación será la siguiente: admitida la demanda, la cual deberá presentarse acompañada de la prueba sumaria del caso, se procederá inmediatamente a obtener la comparecencia del demandado, con el fin de interrogarlo sobre los motivos que tiene para obrar así. Oídas sus razones decidirá en el acto o dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, según las circunstancias y la gravedad de los hechos. Estas providencias serán apelables, pero se llevarán inmediatamente a efecto mientras no sean revocadas. En segunda instancia se hará el mérito de las pruebas que se acompañen a los alegatos".

"Artículo 675. En los asuntos de policía no son apelables los autos de sustanciación ni los interlocutorios. Exceptúase el auto en que se niegue la práctica de pruebas pedidas en tiempo, el cual será apelable en el efecto suspensivo".

"Artículo 689. Cuando el Jefe Superior de Policía observe que se han omitido formalidades en el procedimiento, que causen grave perjuicio a alguna parte, dispondrá lo conveniente para que se subsane el mal en lo posible. En último caso podrá anular el proceso y ordenar su reposición al estado que tenía cuando se incurrió en la irregularidad; pero esto no deberá hacerse sino cuando sea absolutamente preciso para poder averiguar la verdad y acatar la justicia.

"Para que el Jefe Superior de Policía pueda hacer uso de la atribución concedida en el inciso anterior, es preciso que el asunto haya subido a su conocimiento por apelación, consulta o recurso de hecho, y siempre que tales recursos sean admisibles".

"Artículo 691. Los vacíos que se noten en los procedimientos de policía se llenarán con las respectivas disposiciones del Código Judicial y leyes que la complementan y que por analogía puedan ser aplicadas especialmente con las que versan sobre impedimentos y recusaciones, desistimientos, citaciones y notificaciones, con excepción de que cuando las últimas se refieran a sentencias definitivas de primera instancia, bastará con que el edicto sea fijado un día después de dictada la sentencia y que permanezca en el lugar acostumbrado por tres días hábiles".

"Artículo 2º de la Ordenanza número 12 de 1954 (incorporada en el Código de Policía): 'Los particulares pueden ocurrir a los Jefes de Policía para que se les proteja en sus bienes raíces o muebles, contra las vías de hecho como ocupación, despojo, violación u otras semejantes, siempre que el querellante presente la queja dentro de los treinta días siguientes a aquel en que ocurrió el hecho materia de la querella o a aquel en que tuvo conocimiento de él'."

"Artículo 3º, ibídem: La protección policiva contra las vías de hecho llevadas a cabo en predios rurales se rige por las disposiciones legales sobre régimen de tierras, y conforme al procedimiento determinado en la regla tercera, o sea, la sumaria de que trata el artículo 651 del Código de Policía".

"Artículo 14, ibídem: La misión de la Policía por regla general se reduce a mantener el *statu quo* actual si no se registran aún vías de hecho, o a restablecer el *statu quo* inmediatamente anterior a los hechos materia de la controversia, en especial tratándose de inmuebles...".

"Artículo 15. El *statu quo* como protección policiva se refiere únicamente a la tenencia de las cosas que es el contacto material del hombre con ellas para utilizar su derecho real o personal, por sí o por medio de representante legal".

"Artículo 20 de la Ley 200 de 1936 (Ley de Tierras): En el trámite de las controversias que suscite el ejercicio de cualquiera de las acciones a que se refieren los artículos precedentes, el funcionario que de ellas conozca en primera instancia no podrá fallar sin haber practicado previamente una inspección ocular que le permita adquirir un conocimiento directo de la situación de hecho que debe resolver, y estará en la obligación de allegar a los autos todos los elementos que puedan contribuír a ilustrarlo...".

"Artículo 25... Parágrafo: Los Tribunales Superiores de Distrito Judicial conocerán por apelación de todos los asuntos de que conocen en primera instancia los Jueces de Tierras, según el presente artículo. Las apelaciones se concederán en el efecto suspensivo cuando se trata de sentencias en diligencias de lanzamiento; *en los*

demás casos, según las reglas generales del Código Judicial" (Subraya la Sala).

SEGUNDO: DECLARACIONES.

a) *Del señor Eduardo Gutiérrez Gerónimo,* quien desempeñó el cargo de Inspector de Policía de Gaira y cumplió, por comisión de la Alcaldía de Santa Marta, lo resuelto por la Gobernación del Departamento del Magdalena en el juicio de policía adelantado por el señor Joaquín Bohórquez contra el doctor Carlos Dávila Barreneche (fs. 73 a 74).

Dice este testigo que, en virtud de la comisión aludida, llevó a cabo la destrucción de dos casetas, "en mal estado, una que estaba ocupada por una familia, que la desocuparon en el momento de la diligencia, y la otra que estaba abandonada; una cerca de unos mil metros, que se encontraba en los terrenos de 'Villa del Perpetuo Socorro'...., lo mismo que cinco matas de coco, recientemente sembradas... Los materiales quedaron en depósito en la Inspección de Policía de Gaira".

Agrega que "...antes de proceder al cumplimiento de la comisión notifiqué a las partes por estado..., y que solamente presenciaron la diligencia las siguientes personas: siete Agentes de la Policía; 10 hombres suministrados por el señor Joaquín Bohórquez; el señor Bohórquez; el doctor Joaquín Aarón Manjarrés y la señora de Bohórquez...".

b) *Del doctor Manuel Cuello Urueta,* quien desempeñó las funciones de Abogado Jefe del Departamento del Magdalena y en cuyo carácter examinó la querella de policía instaurada por el señor Joaquín Bohórquez contra el doctor Dávila Barreneche y elaboró el correspondiente proyecto de fallo (fs. 82 a 83).

Expresa, entre otras cosas, que el Alcalde Municipal de Santa Marta, al conocer del juicio aludido, "lejos de decretar el *statu quo,* resolvió anular todo lo actuado, invocando como razón para ello el de no estar debidamente noficado el demandado. Ya se ha dicho que el demandado sí fue notificado y se hizo presente en el juicio por medio de apoderado. Al producirse la providencia de fondo que anulara lo actuado, que para mí es una sentencia, porque le puso fin a la actuación, el procurador del demandante, doctor Joaquín Aarón Manjarrés, interpuso el recurso de apelación para ante la Gobernación...", debiendo ésta... "entrar a estudiar el asunto en el fondo, sin tener en cuenta que el recurso se hubiera concedido bien o mal, y fue por ello que pronunció la providencia que revocara la que había sido objeto del recurso de alzada, decretando en su lugar el *statu quo.* Esta era la conducta a observar por parte de la Gobernación, por cuanto, como ya lo he manifestado, se trataba de una providencia de fondo, susceptible del recurso de apelación, y ello, porque el negocio ya había sido tramitado hasta su terminación, ante la Alcaldía Municipal de Santa Marta, y ya se sabe que de acuerdo con las normas del procedimiento civil, cuando el inferior dicta una providencia en forma errónea, por una razón u otra, el deber del superior es revocarla, disponiendo en su lugar se acceda a los pedimentos de la demanda. Es necesario observar que los negocios de policía se tienen que tramitar con la celeridad que los hechos demandan, y más en el caso de autos, en que debía ocurrirse a las normas consagradas en la Ley 200 de 1936 y su Decreto reglamentario, o sea el número 039 de 1938, si mal no recuerdo...".

TERCERO: INSPECCION OCULAR.

El Juzgado 135 de Instrucción Criminal, que adelantó el sumario, practicó en los terrenos de "Villa del Perpetuo Socorro" una inspección ocular, en la cual se constató la existencia de "vestigios de los antiguos ranchos... que fueron destruídos por el Inspector de Policía de Gaira".

Se lee en el acta correspondiente, asímismo, que "examinados los títulos y planos de la 'Villa del Perpetuo Socorro', que puso a disposición de este Juzgado el señor Joaquín Bohórquez, quedó comprobado que los referidos ranchos construídos por el doctor Carlos Dávila Barreneche están comprendidos dentro de los linderos de la citada 'Villa del Perpetuo Socorro'...".

CUARTO: DECLARACION DE INQUIRIR DEL DOCTOR JOSE RAMON LANAO TOVAR.

Dice el señor ex Gobernador del Departamento del Magdalena que "es la primera vez que se me sindica de la comisión de delitos, como quien dice, a la terminación de mi modesta carrera pública. Sé que estoy en la condición *sub judice* o *de reo* y que por eso se me recibe la presente indagatoria, por denuncia criminal que contra mí ha formulado Carlos Dávila Barreneche, por los supuestos delitos de prevaricato y abuso de autoridad, con motivo de haber dictado yo la Resolución de 31 de octubre de 1960 y en mi carácter de Gobernador del Departamento del Magdalena, en la querella policiva entablada por el señor Joaquín Bohór-

quez contra mi acusador, por invasión de éste en predio del dominio y posesión de aquél, y con la afirmación gratuita y falsa de que yo dicté dicha Resolución por amistad íntima con el doctor Joaquín Aarón Manjarrés, abogado apoderado del señor Bohórquez en la mencionada querella. Declaro que mi amistad con el doctor Joaquín Aarón Manjarrés no es de grado mayor que la amistad que he tenido con los apoderados y consejeros de Carlos Dávila Barreneche, los abogados José Eduardo Gnecco Correa y Salvador Villa Carbonell. Por manera que es falso, absolutamente falso el fundamento del delito de prevaricato que se me imputa. Yo no dicté la resolución en referencia por sentimiento alguno de afección a una parte, y de desafecto a la otra, sino con el criterio de amparar en su derecho a quien lo tuviera. Como se sabe, por su propia naturaleza y por los fines que persiguen, los procedimientos de policía son sumarios y rápidos, puesto que tienen por objeto preservar el orden social y el interés público. Por ello y en relación con el respeto a la propiedad raíz se limitan a mantener el *statu quo* anterior, o sea la situación de amparo y respeto a quien ostensiblemente se encuentra en posesión del inmueble. En Santa Marta es público y notorio que el señor Joaquín Bohórquez es dueño y poseedor de una extensa zona de terreno en el llamado 'Rodadero de Gaira' y en el que tiene varias casas, cercas y cultivos, con linderos perfectamente definidos. Esa zona de terreno la adquirió el señor Joaquín Bohórquez por adjudicación que le hizo la Nación y por ratificación que posteriormente le hizo el Departamento del Magdalena, en una transacción revestida de todas las formalidades legales. El señor Carlos Dávila Barreneche tiene una casa, situada sobre el mar, al norte de los terrenos del señor Joaquín Bohórquez, con cerro por medio. La casa de Dávila Barreneche no tiene fácil salida, y con ese motivo Bohórquez le concedió un callejón; pero no satisfecho con eso, Dávila había invadido anteriormente el predio de Bohórquez y los ánimos se encendieron, hasta el extremo de que estuvieron a punto de agredirse con armas de fuego. La última querella policiva que ha motivado la presente investigación, venía sufriendo demoras injustificadas en la Alcaldía de Santa Marta, mediante la interposición de recursos dilatorios que no se compadecen con la naturaleza de los procedimientos policivos. Después de muchos reclamos y quejas, llegó el expediente a la Gobernación, la que, previo el trámite sumario correspondiente, dictó la resolución que me coloca a mí en la picota de los delincuentes. Debo advertir que Carlos Dávila Barreneche o su abogado Gnecco Correa no pidieron reposición de la citada resolución...".

Agrega más adelante que "conforme a normas del Código de Policía del Magdalena, el amparo de posesión no tiene más que un trámite que no admite recursos de ninguna especie. La primera instancia se surte ante la Alcaldía respectiva, y la segunda ante la Gobernación. Por manera que negocio por amparo de posesión que llega a la Gobernación se entiende que es para que se surta el trámite de segunda instancia de ese amparo de posesión. En la querella aquí mencionada el expediente llegó a la Gobernación dizque por apelación de un auto que declaró una nulidad procesal. Ni la nulidad aludida, ni el recurso de apelación interpuesta están autorizados por el procedimiento breve y sumario del Código de Policía, porque, se repite, estos procedimientos son breves y sumarios por su propia naturaleza, cual es la de mantener el orden público y la tranquilidad social. Por esta naturaleza especial de los procedimientos policivos, el mismo Código de Policía establece que los derechos de fondo deben ventilarlos los interesados ante la justicia ordinaria. Por consiguiente, yo, como Jefe Superior de Policía, al tener conocimiento de una perturbación indebida en una posesión legal y pacífica, asumí la solución de este problema que afectaba la tranquilidad social y el orden público, porque entendí entonces y sigo entendiendo que la misión de la policía es mantener la situación existente en materia de posesión de bienes raíces, y no permitir que intereses superiores, como son la tranquilidad social y el orden público, se alteren por acciones violentas e indebidas de los particulares... En el caso concreto de autos, no se ha quebrantado derecho sustantivo ninguno, porque la incursión de Carlos Dávila Barreneche en predios de propiedad y pacíficamente poseídos por Joaquín Bohórquez, era un hecho manifiestamente irregular y perturbador de la tranquilidad social. Repito que en el caso de autos consideré y sigo considerando que el asunto por su naturaleza debía fallarse por la Gobernación, sin patrocinar recursos dilatorios que si son de práctica corriente en los procedimientos civiles ordinarios, no pueden tolerarse en las acciones policivas, que, repito, tienen ante todo y sobre todo la obligación de procurar la paz social e impedir todo lo que a esos fines se oponga. Con toda franqueza y amplitud he expuesto mi criterio de carácter permanente y conforme al cual procedí en el caso de autos. Quiero y debo asumir toda la responsabilidad de esa actuación, pero advierto, en honor a la verdad, que en la Gober-

nación del Magdalena hay un Departamento Legal creado y reglamentado por ordenanzas... el cual estudia y tramita todos los negocios que llegan a la Gobernación y propone las soluciones correspondientes en proyectos que pasan al Gobernador. Como en el presente caso, el correspondiente proyecto de resolución fue elaborado por el muy competente abogado, doctor Manuel Cuello Urueta, entonces Jefe del mencionado Departamento...".

En escrito que obra a los folios 106 a 111, dice el doctor Lanao Tovar, luégo de ocuparse de las condiciones que tipifican los delitos de prevaricato y abuso de autoridad, y de transcribir las disposiciones que regulan el procedimiento sumario en las acciones de policía sobre amparo de posesión, expresa lo que pasa a transcribirse:

"Como se ve, el trámite en este caso es sumario, con el término máximo de cuarenta y ocho horas para resolverlo. Pues bien, la Alcaldía de Santa Marta, después de surtido el trámite de primera instancia en un término de más de dos meses y cuando necesariamente estaba abocada a decretar el *statu quo*, declara nulo todo lo actuado y dispone comenzar de nuevo el trámite, mientras Carlos Dávila Barreneche sigue ejerciendo la usurpación. Claramente se descubre la intención diabólica de la medida, cínicamente sugerida por un rabulismo empedernido: no pudiendo, ni legal, ni moralmente negar el amparo requerido por el querellante, se opta por anular la actuación y proteger así el desafuero. Es obvio que en una acción sumaria, sometida al breve término de 48 horas, no cabe ningún incidente ni recursos dilatorios de ningún género. En estos casos la acción de la policía debe ser inmediata para que sea eficaz, y ello se justifica, porque en los atentados contra la propiedad va incluído un interés de orden público y de seguridad y tranquilidad social. La policía mantiene las cosas en el estado normal en que se encontraban antes del atentado, y deja libre el derecho a las partes para que lo ventilen ante la justicia ordinaria y sea ésta la que decida en el fondo.

"En tales condiciones, el Departamento Legal encontró que la querella en estudio contenía todos los elementos y trámites necesarios para resolverla en razón y justicia y en consonancia con la letra y el espíritu de las normas policivas aplicables al caso y que se dejan transcritas. Estaba plenamente comprobado que Carlos Dávila Barreneche había invadido arbitraria y violentamente la propiedad rural del señor Joaquín Bohórquez Rubio, atentado que ha quedado confirmado plenamente en la inspección ocular practicada en la presente investigación por el Juez comisionado. Por consiguiente, era imperativo deber del Departamento Legal amparar al señor Joaquín Bohórquez Rubio en su derecho, y yo, como Gobernador, estaba obligado a sancionar esa determinación e impedir que se prolongara artificiosamente una situación anormal e injusta".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, al rendir concepto sobre el mérito de la investigación, solicita que se sobresea definitivamente en favor del doctor José Ramón Lanao Tovar, con fundamento en lo previsto en el ordinal 1º del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal.

"Nada en los autos demuestra que el proceder del Gobernador acusado haya sido fruto de querer violar la ley, para producir una decisión injusta en forma manifiesta, y todo por simpatía o animadversión hacia determinada parte", dice el Ministerio Público. Agrega que "puede, aun, en gracia de discusión, aceptarse que el punto de vista sostenido en el fallo tantas veces mencionado fue equivocado a todas luces, pero jamás podrá afirmarse que su error fue determinado por la intención positiva de infringir la ley para lesionar injustamente los intereses de determinada parte. Menos todavía puede aceptarse que la decisión del Gobernador denunciado fue motivada por la amistad íntima hacia el apoderado de una de las partes... Si lo anterior encuentra respaldo en los autos, resulta que el hecho denunciado no constituye el delito de prevaricato, por el cual se sindica al doctor Lanao Tovar".

Igualmente afirma el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal que con respecto "al delito de abuso de autoridad, tampoco los hechos del proceso permiten aseverar que el..." sindicado..., "en su calidad de Gobernador del Departamento del Magdalena, con ocasión de sus funciones, excediéndose en el ejercicio de las mismas, haya cometido o hecho cometer actos arbitrarios o injustos contra determinada persona o contra su propiedad (art. 171 del C. P.). Ya se vio que su actuación se redujo a proferir el fallo que decretaba el *statu quo* tantas veces mencionado. La falta de notificación de dicha resolución no le es imputable al doctor Lanao Tovar, porque tal función es propia de la Secretaría. El cumplimiento del fallo lo llevó a cabo un funcionario comisionado al efecto, y en ello no tuvo ninguna participación el Gobernador acusado.

"Que se hubiera pretermitido una instancia en la tramitación del juicio policivo instaurado..., como lo afirma el denunciante, no demuestra jamás que ello implique la comisión del delito de abuso de autoridad. La Gobernación del Magdalena, en el fallo del folio 52 y siguientes entendió, y para ello dio razones, que correspondía decidir de fondo el litigio y así lo hizo. Podrá hablarse, se repite, de un error, pero no de una violación de la ley. La mala fe, el proceder doloso, el deseo manifiesto de emitir un fallo injusto no pueden presumirse; es preciso demostrarlos plenamente y esto precisamente no ocurre en el caso *sub judice*.

"No existe la prueba de que el doctor Lanao Tovar, a consecuencia de su intervención en el juicio policivo en comentario, hubiera cometido acto arbitrario o injusto en contra de la persona o los bienes de Carlos Dávila. Obró dentro del ámbito de sus funciones, en la forma que estimó más acorde al derecho, más ceñida a la justicia.

"Ninguno de los hechos denunciados indica que se hubiera infringido, tampoco, el artículo 171 del Código Penal, por parte del doctor Lanao Tovar, en su calidad de Gobernador del Departamento del Magdalena. Los elementos constitutivos del delito no están probados".

PARA RESOLVER CONSIDERA LA SALA

Si se toman en cuenta las disposiciones del Código de Policía del Departamento del Magdalena y las de la Ley 200 de 1936, que atrás fueron transcritas, todas las cuales aluden al procedimiento a seguir en las querellas policivas sobre amparo "contra las vías de hecho como ocupación, despojo, violación u otras semejantes..." (art. 2º de la Ordenanza número 12 de 1954), no cabe duda alguna de la obscuridad que de ellas se desprende en cuanto a la pertinencia del recurso de apelación de los autos interlocutorios que en dichos procesos se profieran. En efecto, el artículo 3º de la Ordenanza citada (estatuto éste incorporado en el Código de Policía del Departamento del Magdalena), dispone que "la protección policiva contra las vías de hecho llevadas a cabo en predios rurales se rige por las disposiciones legales sobre régimen de tierras, y conforme al procedimiento determinado en la regla tercera, o sea, la sumaria de que trata el artículo 651 del Código de Policía".

Y mientras el artículo 675 del Código antes citado señala que en tales asuntos de policía "no son apelables los autos de sustanciación ni los interlocutorios", el artículo 25 de la Ley 200 de 1936 (régimen de tierras) habla de que "las apelaciones se concederán en el efecto suspensivo cuando se trata de sentencias en diligencias de lanzamiento; en los demás casos...", vale decir, cuando no se trata de sentencias en diligencias de lanzamiento..., "según las reglas generales del Código Judicial", lo cual permite aseverar que los autos interlocutorios sí tienen, en tales asuntos policivos, el recurso de apelación.

De otra parte, dado el trámite sumario indicado para los procesos de la naturaleza del seguido por el señor Joaquín Bohórquez contra el doctor Carlos Dávila Barreneche, bien pudo entender de buena fe el juzgador de segunda instancia, como lo asevera el doctor Lanao Tovar, que lo pertinente, al subir a la Gobernación del Departamento del Magdalena dicho asunto, era resolver en el fondo, atendido que la nulidad de lo actuado, declarada por el Alcalde Municipal de Santa Marta, se consideró infundada.

Pues bien:

En diferentes oportunidades ha dicho la Corte que "si el interpretar erradamente una disposición de la ley implicara un acto delictuoso, tendría que admitirse también que se erigiría en infracción penal el tener un concepto diferente del que otros sustentan en cuanto al hecho de fijar el alcance y contenido de una norma legislativa. De esta suerte se conseguiría paralizar la administración de justicia, pues el complejo de inferioridad que tal cosa produciría en los falladores, no tendría otra repercusión que evitar la creación de la jurisprudencia y el avance de la interpretación legal". (Auto de 1º de febrero de 1949, G. J., t. LXV, p. 419; sentencia de 29 de julio de 1949; G. J., t. LXVI, p. 460; auto de 9 de febrero de 1956; G. J., t. LXXXII, p. 147, entre otros).

Y ello es apenas lógico, pues la equivocación en el procedimiento o en la manera de apreciar las normas que lo señalan para resolver un caso dado, no permite, por sí sola, conformar el elemento subjetivo de los delitos de abuso de autoridad o de prevaricato, tanto menos cuando la buena fe precede a aquella equivocación y no resulta prueba alguna que desvirtúe esa buena fe. Esa condición psíquica en las citadas infracciones punibles, obliga, cuando no resulta demostrada, no a cohonestar el proceder errado, sino a considerar que no es justo que la equivocación del funcionario, no acompañada de mala fe, pueda acarrearle responsabilidad penal.

El dolo es la orientación de la voluntad hacia un fin ilícito. Y en los supuestos que reprimen, como abuso de autoridad y prevaricato, los artículos 171 y 168 del Código Penal, respectivamente, corresponde al propósito de cumplir un acto arbitrario o injusto, que perjudique a una persona o a una propiedad. Claro que para que se tenga la última de las infracciones penales citadas es menester que el agente, asímismo, actúe "por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros", conociendo que su sentencia, resolución o dictamen contrario a la ley, resulta expresa o manifiestamente injusto. Ninguna de estas dos violaciones punibles admite ser cometida por simple negligencia o imprudencia (culpa). Y mucho menos cabe aceptar su existencia, cuando contra la presunción de buena fe, que cabe admitir en la actividad de los funcionarios públicos, no aparece prueba alguna que la desvirtúe.

Debe recordarse que sólo la conducta humana, de acción u omisión, que se acomode exactamente a una definición de la ley penal, es típica y consiguientemente antijurídica (salvo los casos de justificación del hecho). Mas para que sea delictuosa requiere, además, que el actor obre culpablemente, esto es, con intención (dolo), o negligente o imprudentemente, sin querer el resultado dañoso (culpa).

El Código Penal Colombiano desarrolla este criterio en sus artículos 11 y 12. Por tanto, es necesario para deducir responsabilidad penal contra alguien, lo siguiente:

a) Que su comportamiento encuadre en una definición del Código Penal, esto es, que reúna las condiciones que tipifican un delito;

b) Que el hecho sea antijurídico. Por tanto, que no aparezca justificada la conducta, en razón de alguna de las circunstancias que eximen de responsabilidad o que permiten estimar el comportamiento como jurídico.

c) Que exista "una acción psíquica que oriente y guíe la acción física" (Ferri), —salvo lo previsto en el artículo 29 del Código Penal—, es decir, que se dé la culpabilidad: dolo, culpa.

Aun admitido, entonces, que en el negocio policivo a que se refiere la denuncia formulada por el doctor Carlos Dávila Barreneche contra el doctor José Ramón Lanao Tovar, se hubiera incurrido en errores de procedimiento, dada la buena fe con la cual obró el señor Gobernador acusado, cabe afirmar que ninguna de las dos infracciones penales aludidas por el denunciante fue cometida, ni ningún otro delito, de acuerdo con la averiguación adelantada.

Corresponde, pues, sobreseer definitivamente en favor del doctor Lanao Tovar respecto de los cargos que le fueron hechos en este asunto, de acuerdo con lo solicitado por el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de conformidad con el concepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, SOBRESEE DEFINITIVAMENTE en favor del doctor José Ramón Lanao Tovar, en relación con los cargos que le fueron hechos por el doctor Carlos Dávila Barreneche, en su condición de Gobernador del Departamento del Magdalena.

Cópiese y notifíquese.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez Abad, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León, Secretario.

PREVARICATO

No cometieron delito alguno los dos Magistrados de Tribunal Superior cuya conducta fue investigada a través de estas diligencias.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. La Corte en varias oportunidades ha afirmado que "si el interpretar erradamente una disposición de la ley implicara un acto delictuoso, tendría que admitirse también que se erigiría en infracción penal el tener un concepto diferente del que otro sustenta en cuanto al hecho de fijar el alcance y contenido de una norma legislativa".

2. De igual manera ha expresado esta Sala que no implica delito el que se revoque una providencia en materias sujetas a interpretación, como son todas las jurídicas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA PENAL.—Bogotá, nueve de marzo de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Procede la Sala a resolver sobre el mérito de la averiguación penal adelantada por razón de los cargos hechos contra los Magistrados del Tribunal Superior de Quibdó, doctores Neftalí Mosquera y Mosquera y Gaspar Murillo Coutín, en las comunicaciones que dirigieran el doctor Manuel Valdés Becerra —Asesor Jurídico del Departamento del Chocó— al señor Fiscal del citado Tribunal Superior, y por éste al señor Procurador General de la Nación.

Se refiere el Asesor Jurídico del Departamento del Chocó al trámite y decisión de algunos negocios laborales adelantados contra la Caja Departamental de Previsión Social y en los cuales fue apoderado de los demandantes el doctor Aureliano Perea Aluma, particularmente el seguido por el señor Ramón Garcés Doria, para decir que "la desfiguración de la ley producida en ellos es de propósito".

DILIGENCIAS PRACTICADAS:

El Juzgado 184 de Instrucción Criminal, en desarrollo de la comisión que le confirió esta Sala, practicó las siguientes diligencias:

a) Ratificación de los cargos formulados por el doctor Manuel Valdés Becerra (folios 31 a 32);

b) Inspección ocular en los juicios laborales en los que conocieron los Magistrados del Tribunal Superior de Quibdó, doctores Neftalí Mosquera y Mosquera y Gaspar Murillo Coutín, relacionados en las denuncias del Asesor Jurídico del Departamento del Chocó y del señor Fiscal del Tribunal Superior de Quibdó;

c) Indagatoria de los nombrados doctores Mosquera y Mosquera y Murillo Coutín, y

d) Ratificación de los cargos presentados por el Agente del Ministerio Público ante el citado Tribunal Superior, doctor Marcial Barrios Ferrer.

Asímismo, aparecen en los autos los siguientes documentos:

1º Copias de las actas que acreditan el nombramiento y posesión del cargo de Magistrados del Tribunal Superior de Quibdó, de los doctores Mosquera y Mosquera y Murillo Coutín, y

2º Copias informales allegadas al expediente por el doctor Mosquera y Mosquera, de algunas providencias dictadas en los juicios objeto de los cargos presentados contra él y contra el doctor Murillo Coutín.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, luégo de un detenido estudio de los elementos de juicio allegados al informativo, considera que los hechos imputados a los doctores Neftalí Mosquera y Mosquera y Gaspar Murillo Coutín no son constitutivos de delito alguno, por lo cual solicita que se sobresea definitivamente en favor de los nombrados, de acuerdo con lo previsto en el ordinal 1º del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

En el trámite y decisión de los juicios que motivaron la queja de los doctores Valdés Becerra y Barrios Ferrer, como lo anota el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, no aparece en forma alguna que se hubieran proferido sentencias o resoluciones ilegales y mucho menos con el propósito de favorecer injustamente a alguna de las partes.

Del estudio elaborado por el señor Fiscal colaborador de la Sala y que por lo suficiente y fundado la Corte prohija, se desprende indudablemente la anterior conclusión. En efecto, de las pruebas traídas al proceso resulta lo siguiente, que el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal sintetiza, así:

"1º En el juicio ejecutivo que promovió el señor Ramón Garcés Doria, por intermedio de su apoderado el doctor Aureliano Perea Aluma, contra la Caja de Previsión Social del Departamento del Chocó, el Juzgado del Circuito en lo Civil resolvió no dictar el mandamiento de pago, al estimar que los documentos acompañados a la demanda no prestaban mérito ejecutivo. Al ser apelada la decisión del Juez *a quo*, el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, en Sala Unitaria Civil, tras de consignar un juicioso estudio sobre las cuentas de cobro exhibidas por el demandante, resolvió revocar la providencia del inferior y, en su defecto, proferir mandamiento de pago. De dicha resolución no se conformó el doctor Manuel Valdés Becerra, gerente de la institución demandada, y por ello interpuso recurso de reposición por medio del memorial que fue presentado 'fuera de término'. Esta informalidad sustancial y otras consideraciones del Tribunal *ad quem* determinaron que dicha honorable corporación resolviera no reponer la decisión de 16 de septiembre de 1960, que ordenaba el mandamiento de pago contra la Caja de Previsión Social. De las argumentaciones consignadas tanto por el Juez *a quo*, como por el Tribunal *ad quem*, da cuenta la diligencia de inspección ocular visible a folios 54 a 72.

"Del estudio de tales autos se observa que por parte del doctor Neftalí Mosquera y Mosquera, quien fue el Magistrado que integró la Sala Unitaria Civil en el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, no existe conducta penalmente punible. En efecto: sus decisiones llevan el sello manifiesto del proceder razonado, del estudio consciente de la cuestión a él sometida a estudio, del deseo de administrar justicia en forma imparcial y con apoyo en consideraciones jurídicas. Nada en lo resuelto por él denota ser el fruto del proceder doloso, de la intención positiva de producir una resolución injusta en forma manifiesta y menos que tal cosa haya sido determinada por simpatía o antipatía hacia cualquiera de los litigantes del juicio en el cual le correspondió intervenir. El hecho de no haber compartido el criterio del Juez *a quo* en el juicio ejecutivo contra la Caja de Previsión Social del Departamento del Chocó no indica, jamás, que haya pretendido fallar a favor o en contra de determinada parte por simpatía o animadversión hacia cualquiera de ellas. Podrá ser el criterio del honorable Magistrado doctor Mosquera y Mosquera equivocado, pero ello nunca revelaría que fuera delictuoso.

"Nada en el informativo permite aseverar que se está en presencia de infracción penal alguna imputable al doctor Mosquera y Mosquera por razón de su intervención en el juicio referido. Es el mismo procesado quien en forma vehemente rechaza los cargos que le han sido formulados y nada le contradice en esta actuación. De modo que, por este aspecto, su conducta no es punible. El hecho constitutivo del cargo no tipifica infracción penal alguna.

—

"2º Los señores Remberto Duque, Salomón Mosquera, Antonio Mayo, Félix Cuesta y Arquimedes Ríos Luna, mientras disfrutaban de fuero sindical, fueron despedidos como trabajadores de la Zona de Carreteras y Edificios Nacionales del Departamento del Chocó. A consecuencia de tal hecho, promovieron los juicios respectivos sobre fuero sindical en contra de la Nación, la que fue condenada, así: a) Al reintegro de los trabajadores a sus antiguos empleos, y b) Al pago de los salarios dejados de devengar desde la fecha de su despido 'hasta cuando sean reintegrados'. En los mencionados juicios sobre fuero

sindical no intervino como apoderado el doctor Perea Aluma.

—

"3º Con fundamento en los fallos emitidos en dichos juicios contra la Nación, los trabajadores Remberto Duque, Salomón Mosquera, Antonino Mayo, Félix Cuesta y Arquimedes Ríos Luna, por intermedio de sus respectivos apoderados —entre los cuales figuraba el doctor Aureliano Perea Aluma— promovieron juicios ejecutivos contra la Nación —Zona de Carreteras y Edificios Nacionales del Chocó—.

"Como no hay constancia en los juicios sobre fuero sindical de que a los trabajadores se les notificara, en forma legal, de que debían reincorporarse a sus cargos, ellos procedieron a ejecutar a la Nación colombiana, en forma sucesiva, por el valor correspondiente a los salarios dejados de devengar 'correspondientes a cada período de reintegro no cumplido'. Las últimas demandas ejecutivas fueron presentadas por el doctor Aureliano Perea Aluma, quien actuó como apoderado de los mencionados trabajadores. En desarrollo de tales juicios ocurrió lo siguiente:

"a) *Juicio ejecutivo de Remberto Duque.* El Juez del Trabajo de Quibdó, en providencia de agosto 31 de 1959, resolvió negar el mandamiento de pago. El honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó decidió, una vez que fue negada la petición del Fiscal del Tribunal para que se separara del conocimiento del negocio al Magistrado Mosquera, declarar nulo lo actuado por el Juez *a quo* (folios 74 a 82 vuelto). Subsanado el vicio anotado por el honorable Tribunal *ad quem* volvió el negocio a dicha honorable corporación, y entonces se resolvió revocar la providencia emitida por el Juez del Círculo del Trabajo por la cual negaba la petición de la demanda ejecutiva en comentario. En su lugar, el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, en Sala Unitaria Laboral, formada por el Magistrado Mosquera y Mosquera, resolvió librar mandamiento de pago a favor del doctor Aureliano Perea Aluma, representante judicial de Remberto Duque, y en contra de la Nación colombiana (Zona de Carreteras y Edificios Nacionales del Chocó), en la cuantía indicada en la demanda (folios 83 a 96).

"b) *Juicio ejecutivo de Salomón Mosquera.* Tanto el Juez *a quo* como el Tribunal en Sala Unitaria Laboral, formada por el Magistrado Echeverri Ferrer, negaron la pretensión del demandante (folios 96 a 100 vuelto).

"c) *Juicio ejecutivo de Antonino Mayo.* El Juzgado del Círculo Laboral de Quibdó, resolvió negar las medidas preventivas solicitadas por el demandante. El Tribunal *ad quem,* con ponencia del Magistrado Mardonio Salazar, confirmó la decisión del *a quo.*

"d) *Juicio ejecutivo de Félix A. Cuesta.* En este juicio el Juzgado del Trabajo negó el mandamiento de pago, y el Tribunal *ad quem,* con ponencia del Magistrado Mosquera y Mosquera, resolvió revocar la decisión del Juzgado y, en su defecto, librar mandamiento de pago. En este juicio fue recusado el Magistrado Mosquera y Mosquera por el señor Fiscal del Tribunal, pero la Sala Dual, integrada por el Magistrado doctor Gaspar Murillo Coutín, sustanciador, y por el doctor Evelio Valois, como conjuez, resolvió declarar infundadas las causales de recusación propuestas. Este juicio ejecutivo concluyó con la transacción verificada por las partes (folios 103 vuelto a 109 vuelto).

"e) *Juicio ejecutivo de Arquimedes Ríos Luna.* El Juzgado del Trabajo de Quibdó, denegó las medidas preventivas solicitadas por el demandante en contra de la Nación colombiana —Zona de Carreteras y Edificios Nacionales de Quibdó—. Después de haberse decretado nulidad de lo actuado, el negocio regresó del Tribunal al Juzgado, para denegar nuevamente la petición de la demanda. Surtida la apelación contra lo resuelto por el Juez *a quo,* el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó resolvió revocar la providencia del inferior, y en su lugar, librar mandamiento de pago contra la entidad demandada. En este juicio actuó como Magistrado en el Tribunal aludido el doctor Gaspar Murillo Coutín. La reposición de la providencia del *ad quem* solicitada por el Fiscal de dicha honorable corporación, fue negada por auto de septiembre 16 de 1960 (folios 109 a 111 vuelto).

Agrega el Ministerio Público que "por los denunciantes se afirma que la conducta de los Magistrados..." acusados..., "en la tramitación de los ejecutivos contra la Nación colombiana —Zona de Carreteras y Edificios Nacionales del Chocó—, puede ser constitutiva de delito, habida consideración de que sustentaron la doctrina de que la Nación puede ser ejecutada para lograr el cumplimiento de las obligaciones que emanen de relaciones laborales. Y se sugiere que entre tales Magistrados y el doctor Aureliano Perea Aluma se ha establecido una ilícita asociación, con el fin de obtener quizá beneficios indebidos a costa de la recta administración de justicia. Pues bien: *tan grave cargo no halla el*

menor respaldo en el informativo y, por el contrario, la acusación demuestra ligereza, que no meditado proceder. En efecto: pretender que sostener una doctrina más o menos novedosa, que halla respaldo en consideraciones jurídicas, es violar la ley no es nada diferente a querer convertir al Juez —intérprete de la ley— en lector de los textos legales, en simple ausente del estudio y controversia de los problemas sobre hermenéutica jurídica. ¿Y qué decir cuando los problemas se relacionan con la aplicación de recientes normas de la ley, que versan a su vez sobre una rama más o menos nueva del derecho, como es la concerniente a las cuestiones laborales? Pero más aún: la conducta del honorable Magistrado Mosquera y Mosquera, en especial, denota el anhelo constante de lograr una superación intelectual en los problemas relativos al derecho laboral, pues de resto no se explica cómo haya podido dedicar un tiempo —que debió ser bastante—, para producir y llevar a la publicación diversos estudios sobre dicha rama del derecho. Y si él mismo, en una zona donde el clima no es propicio a la meditación, se dedicó a tan meritoria labor...'' (se refiere el señor Procurador a dos libros que fueron agregados al informativo por el doctor Mosquera y Mosquera, producidos por él y titulados *''Proceso histórico-jurídico del fuero''*, y *''Fundamentos de un criterio jurídico''*)..., ''para hacerla conocer de los demás, es, precisamente, porque quiso la controversia abierta sobre sus puntos de vista que jamás consideró infalibles ni portadores de la suma ciencia...'' (subraya la Sala).

Agrega que ''además, tanto el honorable Magistrado Mosquera y Mosquera, como su colega el honorable Magistrado Murillo Coutín, sostuvieron una tesis con razones más o menos serias, con mayor o menor respaldo en la sana interpretación de la ley, con criterio honrado porque los autos no informan que su proceder haya sido fruto del querer emitir providencias ilegales, notoriamente injustas, con el fin de favorecer o perjudicar a determinada parte, todo por antipatía o simpatía hacia alguna de ellas. Ninguna intención torcida, ningún actuar doloso se evidencia en las resoluciones que adoptaron. La forma enfática como rechazan los cargos y su misma conducta anterior a los hechos denunciados, revelan que son dignos de llevar la investidura de Magistrados y que si pudieran estar equivocados, en la tesis que sostuvieron, en los juicios ejecutivos aludidos, su error no les es atribuíble a título de infracción penal, porque ellos disfrutan, como todos los Jueces, de cierta libertad para interpretar la ley, que, como fruto de los hombres, no lleva ni en su texto ni en su espíritu, el signo de la perfección, de la claridad manifiesta.

''El pretendido cargo de prevaricato...'', concluye el señor Procurador..., ''que se les formula en los memoriales de acusación, ratificados bajo la gravedad del juramento, no halla el menor respaldo en este informativo. El hecho denunciado no constituye delito alguno, y, por el contrario, se hace evidente la inocencia de los honorables Magistrados Neftalí Mosquera y Mosquera y Gaspar Murillo Coutín, en cuanto a la comisión de delito alguno. Ningún convenio se advierte entre los doctores Mosquera y Mosquera, Murillo Coutín y Perea Aluma, con el fin de violar la ley para lograr beneficios indebidos. Si aquellos, en sus providencias, atendieron las peticiones del último, fue, simplemente, porque hallaron acordes al derecho sus pretensiones, y la motivación de sus decisiones así lo revela''.

Ahora bien:

A más de solicitar el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal que se sobresea definitivamente en favor de los doctores Neftalí Mosquera y Mosquera y Gaspar Murillo Coutín, respecto de los cargos que les fueron formulados por los doctores Manuel Valdés Becerra —Asesor Jurídico del Departamento del Chocó— y Marcial Barrios Ferrer —Fiscal del Tribunal Superior de Quibdó—, pide ''que se dé curso a la denuncia formulada por el honorable Magistrado Mosquera y Mosquera, cuyos términos se hallan a folio 128 vuelto y siguiente'', los que transcribe la Sala, a saber:

''Yo acuso, pues, a Marcial Barrios Ferrer y a Manuel Valdés Becerra, y como tal los denuncio ante el señor Juez Instructor en estas diligencias, que por su conducto quiero presentar para el Fiscal, ante la honorable Corte Suprema de Justicia, al primero, Marcial Barrios Ferrer, por los delitos de omisión en el cargo de Fiscal, por no haber contribuído a reintegrar a los trabajadores a quienes la Nación les ha venido pagando salarios caídos, por su no reintegro, siendo que el Fiscal Barrios Ferrer ha actuado desde siempre en estos juicios, en la segunda instancia; por el delito de falsas imputaciones, hechas ante autoridad competente, contra el suscrito, a sabiendas de que Neftalí Mosquera y Mosquera, como Magistrado Principal del Tribunal de Quibdó, en los juicios ejecutivos laborales y civil de Remberto Duque F., Félix A. Cuesta y Ramón Garcés Doria, contra la Nación colombiana y la Caja Departamental de Previsión Social, no cometió delito alguno, ni siquiera

acto imprudente ni moralmente criticable, y a los dos, Barrios Ferrer y Valdés Becerra, por el delito de calumnia de que me han hecho víctima".

Con este particular, cabe librar despacho comisorio al señor Juez 1º Superior de Quibdó, a fin de que el doctor Neftalí Mosquera y Mosquera, si lo tiene a bien, formule la querella necesaria para que el supuesto delito de calumnia que imputa a los doctores Barrios Ferrer y Valdés Becerra se investigue y falle por el Juez competente.

En cuanto a los cargos por falsas imputaciones y abuso de autoridad ("omisión en el cargo de Fiscal") que el doctor Mosquera y Mosquera formula contra el mismo doctor Marcial Barrios Ferrer, y respecto de la denuncia que el mismo doctor Mosquera y Mosquera presenta, por el delito de falsas imputaciones, contra el doctor Manuel Valdés Becerra, comisiónase al mismo señor Juez 1º Superior de Quibdó, a quien se le remitirá el presente proceso con carácter devolutivo, para que cumpla lo siguiente:

a) Tomar copia de las piezas pertinentes, a fin de que el Juez a quien corresponda conocer adelante la investigación y falle lo relacionado con la denuncia presentada, por falsas imputaciones, contra el doctor Manuel Valdés Becerra, quien no cuenta con fuero alguno en razón del cargo oficial que desempeña en el Departamento del Chocó.

b) Tomar copia de las piezas pertinentes, a fin de que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia adelante el conocimiento respecto de los cargos que el citado Magistrado, doctor Mosquera y Mosquera, le formula al doctor Barrios Ferrer, en su condición de Fiscal del Tribunal Superior de Quibdó.

Así, pues:

Corresponde sobreseer definitivamente en favor de los doctores Neftalí Mosquera y Mosquera y Gaspar Murillo Coutín, respecto de los cargos que les fueron formulados en este negocio, con fundamento en la previsión contenida en el ordinal 1º del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal.

Lo examinado por el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, como ya se dijo, es suficiente para llegar a la anterior conclusión. Unicamente cabe agregar que la Corte, en varias oportunidades, ha afirmado que "si el interpretar erradamente una disposición de la ley implicara un acto delictuoso, tendría que admitirse también que se erigiría en infracción penal el tener un concepto diferente del que otro sustenta en cuanto al hecho de fijar el alcance y contenido de una norma legislativa. De esta suerte se conseguiría paralizar la administración de justicia, pues el complejo de inferioridad que tal cosa produciría en los falladores, no tendría otra repercusión que evitar la creación de la jurisprudencia y el avance de la interpretación legal". (Auto, 1º de febrero de 1949, *Gaceta Judicial,* Tomo LXV, página 419; sentencia de 29 de julio de 1949, *Gaceta Judicial,* Tomo LXVI, página 460; autos: de 27 de enero de 1950, *Gaceta Judicial,* Tomo LXVII, página 36; de 28 de febrero de 1950, *Gaceta Judicial,* Tomo LXVII, página 109; de 11 de abril de 1950, *Gaceta Judicial,* Tomo LXVII, página 257; de 17 de julio de 1951, *Gaceta Judicial,* Tomo LXX, página 118; de 25 de septiembre de 1951, *Gaceta Judicial,* Tomo LXX, página 577; sentencias: de 28 de septiembre de 1951, *Gaceta Judicial,* Tomo LXX, página 583; de 21 de octubre de 1952, *Gaceta Judicial,* Tomo LXXIII, página 490; de 3 de agosto de 1954, *Gaceta Judicial,* Tomo LXXVIII, página 447; de 22 de octubre de 1954, *Gaceta Judicial,* Tomo LXXVIII, página 1043; de 8 de febrero de 1955, *Gaceta Judicial,* Tomo LXXIX, página 609; autos: de 6 de diciembre de 1955, *Gaceta Judicial,* Tomo LXXXI, página 863, y de 9 de febrero de 1956, *Gaceta Judicial,* Tomo LXXXII, página 147).

De igual manera ha expresado esta Sala que "no implica delito el que... se revoque una providencia en materias sujetas a la interpretación, como son todas las jurídicas" (Autos: de 12 de septiembre de 1949, *Gaceta Judicial,* Tomo LXVI, página 662; de 27 de enero de 1950, *Gaceta Judicial,* Tomo LXVII, página 36).

—

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. Sobreseer definitivamente en favor de los doctores Neftalí Mosquera y Mosquera y Gaspar Murillo Coutín, respecto de los cargos que les fueron formulados en este proceso y relacionados con sus funciones de Magistrados del Tribunal Superior de Quibdó.

Segundo. Comisionar al señor Juez 1º Superior de Quibdó para que dé cumplimiento a lo señalado en la parte motiva de esta providencia, para lo cual se le enviará, con carácter devolutivo, este expediente.

Cópiese y notifíquese.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez Abad, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León, Secretario.

HOMICIDIO AGRAVADO

No prosperan los cargos formulados contra la sentencia que condenó a unos salteadores. Derecho de defensa. Nulidades procesales. Intención de matar.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. No es posible sostener, con fundamento en los reparos que se formulan a la actuación procesal, todos los cuales se contraen a la etapa del sumario, que se hubiera violado el artículo 26 de la Constitución Nacional, cuyo imperio, justamente, sólo puede operar en el juzgamiento y no en la formación del sumario.

2. No son aducibles a través de la causal primera de casación aquellos cargos que envuelven examen probatorio, pues el ámbito de dicha causal sólo permite debatir, exclusivamente en derecho, la aplicación de la ley penal sustantiva.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE CASACION PENAL.—Bogotá, nueve de marzo de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación que se interpuso contra la sentencia del 12 de mayo del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga condenó a Hernando Velásquez Arboleda, como responsable de los delitos de doble homicidio y homicidio frustrado, a la pena de veinte años de presidio y accesorias correspondientes.

HECHOS Y ACTUACION:

En el amanecer del 9 de enero de 1960 salieron de Cartago, dentro de un jeep manejado por el señor Israel Acosta, rumbo a la fracción de "Villa Rodas", donde debían inspeccionar un fundo, los señores Marcelino Meza y Roberto Ruiz, y al dar al punto de "La Puerta", ya para llegar a la cabecera del Corregimiento de "Modín", del Municipio expresado, fueron asaltados por el procesado Hernando Velásquez y otro sujeto cuya identidad no pudo establecerse, quienes simulando el deseo de hacerse conducir, hicieron parar el vehículo y luégo, por medio de disparos de revólver, causaron la muerte de los señores Meza y Ruiz, e hirieron de suma gravedad al conductor Acosta.

De estos hechos conoció en primera instancia el Juzgado 3º Superior de Buga, el cual, siguiendo los trámites previstos en el artículo 3º del Decreto 12 del 4 de junio de 1959, en sentencia del 13 de diciembre de 1960, condenó a Hernando Velásquez, como responsable de los homicidios en los señores Marcelino Meza y Roberto Ruiz, ambos en la modalidad de asesinato, y homicidio frustrado en el señor Israel Acosta, también dentro de esa modalidad, a la pena de veinte años de presidio y accesorias del caso, y absolvió, en cambio, por esos mismos delitos, a los señores Marco Antonio Correa Gómez, José Vicente Duque, Luis Carlos Gordillo Gutiérrez, Hernando Caballero y Gumersindo Triana Cardona. Este fallo lo confirmó el Tribunal Superior de la indicada ciudad, en cada una de sus partes, mediante el suyo del 12 de mayo del año pasado.

DEMANDA DE CASACION

En la demanda, formulada con arreglo a las exigencias legales, el recurrente señor Hernando Velásquez Arboleda, por conducto de su apoderado, invoca, en el orden que se anotan, las causales de casación previstas en los ordinales 4º.

2º y 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, las cuales se examinan, por separado, a continuación, comenzando por reseñar los cargos que se hacen al fallo acusado con apoyo en cada una de ellas.

CAUSAL 4ª

En la fundamentación de esta causal el recurrente sostiene que en el trámite del proceso se incurrió en una nulidad de carácter constitucional, puesto que se violó el derecho de defensa garantizado en el artículo 26 de la Carta y, de otra parte, el contenido del artículo 8º del Decreto 0012 del 4 de junio de 1959. Esas violaciones se plantean, en síntesis, así:

"Al revisar la actuación procesal anterior a la sentencia del Juzgado, es protuberante la falta de defensa que tuvo el procesado. En la indagatoria preliminar y en la ampliación de la misma, se le nombraron como apoderados personas sin título profesional de abogado; no tuvo apoderado para la actuación entre ambas indagatorias; después de la ampliación de indagatoria quedó sin apoderado hasta que se declaró cerrada la investigación; el auto de detención preventiva no le fue notificado al apoderado, puesto que nó lo tenía; no fue repreguntado uno siquiera de los declarantes que depusieron en su contra, o que procedieron a reconocerlo; no tuvo quien como su apoderado pidiera la reconstrucción de los hechos, para demostrar la capacidad de visibilidad de los testigos; en fin, estuvo completamente abandonado por el deber del Estado de propiciarle el abogado que viniera en su defensa".

. . . . . .

"Por causa de esta nulidad de orden sustantivo se violó el artículo 8º del Decreto 0012 por aplicación indebida, ya que no se atendió a las formas del Código de Procedimiento Penal sobre nombramiento de apoderado; no se respetó la voluntad del procesado sobre nombramiento del mismo; se designó al doctor Libreros cuando ha debido atenderse al procesado nombrando al doctor Aluma que el Juez 44 de Instrucción Criminal había ordenado tener como tal, y no se le había dado posesión; y, se consideró como sumario una etapa procesal consustancial con el resto del proceso, constituyendo el todo procesal creado por el artículo 3º del mismo Decreto, que por esta misma razón también fue violado. Y como resultado de estas graves omisiones e irregularidades, el procesado no estuvo atendido en su defensa como al tenor del mismo artículo".

RESPUESTA

Como puede observarse, los reparos que se formulan a la actuación procesal se contraen a la etapa del sumario, la cual se clausuró por medio del auto del 20 de mayo de 1960, donde el Juzgado del conocimiento en primera instancia dispuso cerrar la investigación y nombrarle apoderado, entre otros, al procesado Hernando Velásquez. En estos términos, como de suyo se comprende, no es posible sostener, con fundamento en esos reparos, circunscritos a etapa tan precisa del negocio, que se hubiera violado el artículo 26 de la Constitución Nacional, cuyo imperio, justamente, sólo puede operar en el juzgamiento y no en la formación del sumario, el cual, conforme a la definición del artículo 271 del Código de Procedimiento Penal, es "la reunión de diligencias propias para comprobar el cuerpo del delito, descubrir los autores o partícipes, conocer su personalidad y averiguar la naturaleza y cuantía de los perjuicios ocasionados por la infracción". Estas razones, a las que deben sumarse las muy atinadas que expone el señor Procurador, son suficientes para concluír en que la causal 4ª que se invoca en primer término, no puede prosperar. Dice así el distinguido e ilustrado colaborador:

"Ahora bien: ya en el Juzgado Tercero Superior de Buga, el procesado detenido fue debidamente notificado de las providencias allí dictadas, antes de proferirse la sentencia (folios 207, frente, y vuelto y 208, id.), entre ellas, de la que designaba al doctor Antonio María Libreros V. como su 'apoderado', no habiendo hecho Velásquez observación alguna, a pesar de que bien hubiera podido manifestar verbalmente que él tenía designado su apoderado.

"Pronunciada la sentencia fue nombrado el doctor Aluma Domínguez, como 'apoderado' del procesado Velásquez Arboleda (folio 216 id).

"Así las cosas, el negocio, su curso correspondiente siguió, sin que a esta parte del proceso le haga el demandante observación alguna en la demanda. Tampoco la hizo en su momento el doctor Aluma Domínguez, no sólo en cuanto a lo ya transcurrido dentro del proceso en investigación e instancia, sino en cuanto a la responsabilidad misma de su patrocinado, puesto que ni siquiera alegó de conclusión (folio 231, ibídem). Por esto mismo, carece de razón el recurrente cuando sostiene que el honorable Tribunal no quiso estudiar 'la nulidad de orden constitucional surgida en el proceso desde la primera indagatoria del procesado' y que ahora sí se plantea ante la honorable Corte.

. . . . . .

"Si es evidente que no acarrea nulidad el hecho de no habérsele nombrado apoderado al sindicado, para efectos de que rindiera declaración indagatoria, y si también es cierto que la omisión consistente en nombrarle apoderado cuando el sindicado no lo designa, no genera nulidad sustancial en el juicio, pues tal irregularidad cuando mucho invalida la diligencia respectiva, según doctrina de la honorable Corte, no es menos indiscutible que la designación hecha de una persona no titulada como abogado, por no hallarse a la mano un profesional, no acarrea nulidad sustancial de toda la investigación, pero ni siquiera una parcial de la diligencia aludida, existiendo como existió, en el presente caso, 'cualquier otro motivo debidamente justificado', al tenor de la última parte del artículo 5º de la Ley 21 de 1931, y siendo así que la apreciación de tal 'motivo' corresponde exclusivamente al funcionario que reciba la indagatoria.

"Y en torno a las demás actuaciones cumplidas en el lapso a que se refiere el actor, ya expresó este Despacho su opinión al respecto. Sin embargo, no está por demás hacer caer en la cuenta de que el instructor decretó una completa reconstrucción de los hechos, y que si ella no se llevó a efecto fue por la premura de los términos. Por lo demás, al abogado le quedaba el recurso de repreguntar a los testigos de cargo durante la segunda instancia, ya que el artículo 544 del Código de Procedimiento Penal no hubiera sido obstáculo, como lo dice el mismo recurrente, pues que tal disposición, al referirse a 'los hechos probados suficientemente en el expediente', sólo tiende a limitar el abuso en que se incurre al pedir la práctica de diligencias innecesarias.

"Como consecuencia de la réplica hasta aquí formulada a la demanda, el suscrito considera que la causal cuarta carece de fundamento".

CAUSAL 2ª

Con apoyo en esta causal se formulan al fallo acusado dos cargos, así:

a) En la sentencia, por errada apreciación, se le dio a las declaraciones de los señores Israel Acosta, una de las víctimas, Ramón Soto Grajales y Luis Eduardo Morales "un valor probatorio" de que carecen y de este modo se les tuvo como prueba plena de la responsabilidad del procesado, lo que era imposible, teniendo en cuenta que el primero, el mismo día de los sucesos, designó a su atacante con el nombre de Hernando Piedrahita, y los otros dos, cuando menos, es dudoso que hubieran identificado a las personas del asalto o a una de ellas; y,

b) Al reconocimiento médico practicado en el señor Roberto Ruiz y a la diligencia de autopsia, llevada a término en su cadáver, también por errónea apreciación "se les dio un valor probatorio que no tienen" y en esta suerte, con fundamento en esos elementos de juicio, se tuvo por demostrado "que la muerte de dicho señor fue causada por las lesiones que recibió en el asalto", cuando lo cierto es que ella, según los términos de la misma necropsia, se generó en "edema aguda del pulmón".

RESPUESTA

Como consta en el propio cuerpo de la diligencia, el señor Israel Acosta rindió declaración a "las ocho de la noche" del mismo día de los sucesos y en ella señaló al señor Hernando Velásquez como autor, en compañía de otro, del asalto, precisando que a ese sujeto "lo conozco de vista y le he hecho varios viajes de aquí a la finca de 'Las Margaritas' en Modín, *de la cual es administrador*", imputación, objetiva y concreta en la que insistió en la diligencia de reconocimiento en rueda de presos que obra al folio 20 del cuaderno principal del expediente, y en las dos ampliaciones de su declaración, visibles a los folios 86 vuelto y siguientes y 130 del citado cuaderno. No aparece, pues, por parte alguna, que el señor Acosta, en las diligencias en que intervino, hubiera indicado, como autor del asalto, a persona distinta del procesado Velásquez, quien, en su indagatoria, reconoció ser el administrador de la finca "Las Margaritas".

El señor Ramón Soto Grajales rindió su primera declaración el 19 de enero y allí, luégo de que consigna la filiación del sujeto, de los dos del asalto, a quien "vi la cara", manifiesta que "si me lo ponen de presente lo reconozco", hecho que se produjo, puesto que al practicarse la diligencia de reconocimiento en rueda de presos que corre a los folios 38 y 38 vuelto, el testigo, sin ninguna vacilación, identificó en el señor Hernando Velásquez al individuo que participó en el asalto criminoso.

El señor Soto Grajales, a solicitud de la defensa, rindió una segunda declaración, la cual obra a los folios 227 vuelto y siguientes. Ese nuevo testimonio, en realidad, vino a responder a una afortunada oportunidad que se le deparó a su autor para precisar, hasta la saciedad, las razo-

nes que le permitieron observar y retener la filiación del sujeto que luégo, en la diligencia de reconocimiento en rueda de presos, identificó como Hernando Velásquez, ya que allí se encuentra lo siguiente que al respecto es definitivo:

"Yo ví a los tipos como a una distancia de unos diez metros, más o menos, y claramente ví a uno de ellos porque lo alumbró la luz del carro, pues por cierto llevaba en la mano izquierda un revólver grande y la filiación de este sujeto era: alto, carilargo, de patillas largas. Al punto c), Yo ví tan nítidamente a la persona de que he venido hablando, que se me quedó grabada en la mente".

El señor Luis Eduardo Morales rindió declaración el mismo día de los sucesos y allí describió al más alto, de los dos que los consumaron, en forma semejante a como aparece en las exposiciones de los señores Israel Acosta y Ramón Soto Grajales, y luégo, con fundamento en esa descripción, en la diligencia de reconocimiento en rueda de presos cuyo texto obra a los folios 38 y 38 vuelto, identificó en el procesado Velásquez al mismo sujeto de que dio cuenta en su testimonio.

El testigo señor Morales viajaba al lado del señor Soto Grajales, dentro del mismo jeep a que uno y otro se refieren. De esta suerte apenas es obvio entender que ambos observaron a Velásquez conforme a las propias y adecuadas condiciones de que expresamente informa el segundo en el aparte que se transcribió de su declaración, es decir, "a una distancia de unos diez metros", alumbrado por "la luz del carro".

Queda demostrado, de acuerdo con lo expuesto, que el primer cargo formulado al fallo acusado con apoyo en la causal 2ª carece de fundamento.

El segundo cargo, de los dos que se plantean con apoyo en la causal 2ª, también, como en el caso del primero, carece de todo fundamento, puesto que en el acta de la autopsia, visible a los folios 39 y 39 vuelto, se expresa que el señor Roberto Ruiz murió "a consecuencia de heridas producidas con arma de fuego (revólver)", las cuales se describen, fijando su lugar de ubicación y las zonas vitales que afectaron para luégo sentar, a modo de conclusión, que ellas eran "en su conjunto mortales".

CAUSAL 1ª

Con invocación de esta causal se formulan al fallo impugnado tres cargos, así:

a) Con los testimonios de los señores Luis Eduardo Morales, Ramón Soto Grajales e Israel Acosta y los reconocimientos que hicieron del procesado "no se puede dar por establecida plenamente la identidad" de Velásquez como coautor "de las muertes y lesiones que se le han imputado" y, en consecuencia, el fallo condenatorio "de segunda instancia ha cometido un error de derecho, con violación de las disposiciones penales antes dichas, por aplicación indebida, y de los artículos 17, 19, 33, 36, 37, 38, 39 del Código Penal".

b) Al reconocimiento médico de que fue objeto el señor Roberto Ruiz y a la diligencia de autopsia practicada en su cadáver se les atribuyó el valor necesario para demostrar "que el procesado fue la persona que le ocasionó la muerte como efecto de los disparos", lo que implicó un "error de derecho", generado en la "errónea interpretación de los hechos" de que informan aquellas diligencias médico-legales; y,

c) La calificación de homicidio frustrado en la modalidad de asesinato que se dio en la sentencia al delito de que fue víctima el señor Israel Acosta, no era posible sostenerla con fundamento en "meras circunstancias objetivas, totalmente equívocas en su significado probatorio, y sin otra comprobación que el ánimo frío con que se supone procedieron los asaltantes".

RESPUESTA

Como puede apreciarse, por cierto sin ninguna dificultad, los dos primeros cargos que se plantean con apoyo en la causal 1ª son exactamente los mismos que se proponen en la invocación de la causal 2ª y entonces, como allí fueron estudiados, se incurriría en redundancia innecesaria si de ellos volviera a tratarse. Importa, sin embargo, observar que ninguno de esos cargos, en fuerza de envolver examen probatorio, es aducible a través de la causal 1ª, cuyo ámbito sólo permite debatir, exclusivamente en derecho, la aplicación de la ley penal sustantiva.

Del tercer cargo se ocupa el señor Procurador, con absoluta propiedad, conforme a las razones que siguen:

"En cuanto al tercer cargo, es propio argüir que precisamente las 'circunstancias objetivas', las cuales no discute el actor, son las que sirven para inferir que el acusado Velásquez Arboleda tuvo intención de matar al atacar a sus tres víctimas. Esas circunstancias, en modo alguno pueden considerarse equívocas, sino, por el contrario, altamente significativas o demostrativas del 'animus necandi' abrigado, porque se sabe que el acusado empleó, para consumar su designio, un arma de fuego suficientemente idónea, disparándola repetidas veces contra sus víctimas, sin

mediar motivo de ninguna clase, e hiriendo a sus atacados en partes nobilísimas de sus cuerpos, y obrando en forma alevosa.

"Por lo demás, las consideraciones que el *ad quem* hace al respecto, son terminantes en el sentido de evidenciar la peligrosidad del acusado y su condición de homicida que gratuitamente ultimó a dos de sus víctimas e hirió gravemente a la tercera.

"Todo esto hace ver que no tiene fundamento el tercer cargo hecho a la sentencia al amparo de la causal primera de casación".

En los términos que se dejan consignados queda establecido, de manera suficiente y clara, que no prospera ninguna de las tres causales de casación invocadas, lo que quiere decir que el recurso, como lo solicita el señor Procurador, debe desecharse.

—

En virtud 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 interpuesto contra la sentencia de que se hace mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León, Secretario.

HOMICIDIO. — ERROR DE HECHO

Prospera la causal segunda de casación. Errores manifiestos en la estimación de las pruebas. Violación del principio in dubio pro reo. **No se reúnen los requisitos legales para condenar.**

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Es evidente que la declarante, en rigor, no reconoció en rueda de presos al sindicado, puesto que la indicación que de él hizo, fue esencialmente dubitativa.

2. La casación es fundamentalmente un juicio contra la sentencia impugnada, y si el actor logra con argumentos idóneos destruír la presunción de legalidad que ampara al fallo acusado, éste debe invalidarse, porque dentro de un estado de derecho produce a la larga mejores frutos el restablecer el imperio de la ley que sancionar a quien no se le ha demostrado plenamente su responsabilidad en un determinado y concreto hecho delictuoso, por temor a una supuesta impunidad.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE CASACION PENAL.—Bogotá, diez de marzo de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado José Gregorio Rodríguez Rodríguez contra la sentencia de fecha cuatro de agosto de mil novecientos sesenta, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, confirmando la de primer grado, lo condenó a la pena principal de veinte (20) años de presidio, como responsable de los delitos de "homicidio agravado" y "lesiones personales", cometidos en Luis Lopera Bonilla y Bertha Hincapié, respectivamente.

ANTECEDENTES

Conforme a los autos, entre las siete y las ocho de la noche del 14 de mayo de mil novecientos cincuenta y nueve, un grupo de personas constituído por Luis Lopera Bonilla, Bertha Hincapié y Blanca Caycedo de Manjarrés se hallaba charlando desprevenidamente sobre el andén de la casa del señor José Ignacio Manjarrés, situada dentro del perímetro urbano de la población de San Luis, Tolima, cuando a los contertulios se acercó en forma sorpresiva un sujeto desconocido y, sin que mediaran ofensas previas, disparó sobre ellos repetidas veces, con arma de fuego (revólver), causando la muerte casi inmediata de Lopera Bonilla, a la sazón Personero Municipal de San Luis, y produciéndole lesiones de alguna consideración a la señorita Hincapié.

Iniciada la investigación por el señor Alcalde Municipal de San Luis, fue luégo adelantada por el Juez Treinta y Cuatro de Instrucción Criminal. Fueron oídos en indagatoria Marco Antonio Walteros, José Gregorio Rodríguez Rodríguez y Eugenio Vargas García. Mediante providencia del 26 de mayo de 1959, el mencionado Juez decretó la detención preventiva de los hermanos José Gregorio Rodríguez y Antonio Rodríguez Rodríguez, medida que posteriormente fue revocada en cuanto concierne a este último sindicado. Al proceso se le imprimió el trámite previsto en el Decreto extraordinario número 0012 de 1959 y, en tal virtud, por medio de proveído del once de enero de 1960 se declaró clausurada la investigación y se ordenó poner los autos a disposición de las partes por el término de tres días para la presentación de alegatos, conforme al artículo 3º del citado estatuto.

El Fiscal 5º Especial, como representante de la sociedad en la instancia, llegó a la conclusión, en tal oportunidad, "de que las pruebas aducidas

en el expediente del proceso no dan la convicción de que José Gregorio Rodríguez, contra quien militan las probanzas más graves, haya sido el autor de los disparos que ocasionaron la muerte al señor Lopera y lesiones a la señorita Hincapié'', y, en consecuencia, solicitó al Juzgado que profiriera ''un acto de sobreseimiento temporal en favor de todos los indagados'', a fin de que, reabierta la investigación, se agotaran todos los medios ''para la determinación del responsable o responsables'' de los referidos ilícitos.

Discrepando de esa opinión, el fallador de primer grado consideró que, por el contrario, el informativo ofrecía la prueba que la ley requiere para condenar y, en efecto, mediante sentencia del 28 de enero de 1960, condenó a José Gregorio Rodríguez a la pena principal de veinte años de presidio y a las accesorias que la misma providencia determina, como responsable de los delitos investigados; sobreseyó temporalmente en favor de Marco Antonio Walteros y absolvió a Antonio Rodríguez Rodríguez y a Eugenio Vargas García.

Al notificarse de dicha sentencia el condenado Rodríguez, interpuso contra ella el recurso de apelación. El Tribunal Superior de Ibagué, previo el trámite legal, confirmó, como se ha visto, el fallo del *a quo*. Recurrida en casación por el procesado la sentencia confirmatoria y concedido el recurso extraordinario por el *ad quem*, esta Sala de la Corte lo declaró admisible en auto del 8 de noviembre de 1960. Surtido el trámite de un incidente sobre restitución de términos propuesto por el apoderado del recurrente, doctor Max Vargas Archila, se agotó luégo la ritualidad propia del recurso.

DEMANDA DE CASACION

Contiene un resumen de los hechos y de la actuación procesal; invoca, como única causal, la prevista en el numeral 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, desarrollando los fundamentos en que la apoya y citando los textos legales que considera infringidos, y, finalmente, solicita de la Corte que ''invalide la sentencia recurrida''... y, en su lugar, ''absuelva a José Gregorio Rodríguez Rodríguez'' de los cargos por los cuales ha venido respondiendo en este proceso. Se ajusta, pues, a las exigencias legales sobre la materia.

El demandante realiza un circunstanciado examen de las pruebas que sirvieron al Tribunal para deducir la responsabilidad penal del procesado, con el fin de demostrar que el *ad quem*, al apreciar y valorar tales elementos de juicio, incurrió en notorio u ostensible error de hecho. Importa, en consecuencia, seguir los pasos del actor en el mencionado análisis:

''A) Refiriéndose al reconocimiento en rueda de presos del acusado Rodríguez por parte de la testigo Bertha Hincapié, visible al folio 115, dice el Tribunal: '' . . .esta señorita expresó: '. . .Era un hombre bajito, más bien delgado, moreno, vestido de caki, pantalón y camisa, no me fijé si tenía sombrero, yo no le ví pero dicen que sí tenía... Este hombre era joven, por ahí de unos veintitrés años más o menos y era la primera vez que lo veía, no lo conozco, sólo le ví la cara contra la luz de la esquina, en caso de volverlo a ver pueda que lo reconozca, en todo caso es bajito, delgadito, moreno...' Debe tenerse en cuenta que la señorita Hincapié no aseguró poder reconocerlo, sino que manifestó muy condicionalmente: 'en caso de volverlo a ver pueda que lo reconozca'. Cuando se llevó a cabo la diligencia de reconocimiento en rueda de presos, rueda en la cual se hallaba José Gregorio Rodríguez Rodríguez, la testigo, señorita Hincapié, expresó: 'me parece que el que se encuentra ocupando el cuarto lugar de izquierda a derecha sea el individuo que hizo los disparos en la noche del 14 de mayo'. Este individuo resultó ser, como ya se dijo, el procesado José Gregorio Rodríguez.

'''Podría pensarse que este reconocimiento, por lo poco afirmativo, pierde mucho de su valor. Pero no hay tal cosa. Se trata de una concordancia perfecta entre lo anunciado por la testigo cuando dijo: 'puede que lo reconozca' y lo expresado en el momento de la diligencia cuando expresó: 'me parece que el que se encuentra...' Y no podía ser de otra manera, pues como se recuerda, la declarante dijo que '...sólo le vi la cara contra la luz de la esquina...' De manera que su honestidad moral le impedía comprometerse en una afirmación categórica, y considerando los momentos por los cuales atravesó que necesariamente encogieron su ánimo al máximo, la forma como se ha expresado en las dos diligencias, lleva al ánimo del fallador el convencimiento de que no se equivocó cuando señaló al individuo que se encontraba en la rueda de presos ocupando el cuarto lugar de izquierda a derecha, como al autor de los disparos, de algunos de los cuales fue ella víctima. Esta misma circunstancia hace aún más seria su posición dentro del reconocimiento, porque es obvio que nadie más interesado que ella en que el crimen no quedara impune y sin embargo, en sus actuaciones dentro del proceso estuvo calmada y tranquila y en ningún momento se ve un desmedido afán por hacer un señalamiento apresurado... (sic)'.''

"Es evidente, señores Magistrados —y bastaría para demostrarlo con la sola enunciación del contenido de las respectivas diligencias y del curioso razonamiento del Tribunal— que por equivocada interpretación del testimonio de Bertha Hincapié (folio 3) y de la ulterior diligencia de reconocimiento en rueda de presos, se atribuyó a esta última un valor probatorio que está lejos de tener, al estimarla como prueba de que José Gregorio Rodríguez fue el autor de los disparos.

"Prueba, en términos generales, puede ser todo aquello que aparece consignado dentro de un proceso y sirve para orientar la investigación. Pero en sentido estricto y técnico es solamente aquello que puede servir como base legal de imputación con consecuencias procesales o jurídicopenales en contra del acusado (auto de detención, auto de proceder, sentencia). Cuando la ley expresa que para detener o enjuiciar a una persona se requiere que aparezca contra ella, al menos, una declaración que ofrezca serios motivos de credibilidad... de que es responsable penalmente como autor o partícipe de una infracción penal, está indicando que para que pueda cumplir los efectos indicados, la prueba testifical debe contener no solamente la incriminación de un hecho erigido por la ley en delito sino la identidad de la persona objeto de la imputación. Si para someter al procesado a medidas preventivas previas a la sentencia se requiere conocer su identidad, con tanta mayor razón ese requisito es obligante para poder proferir sentencia condenatoria.

"El reconocimiento a que me vengo refiriendo —si se le toma como complemento del testimonio— no es una prueba directa en contra del procesado, puesto que ella no ofrece los elementos de juicio necesarios para conocer su identidad física, ya que ésta no puede ser determinada por simples semejanzas. Al decir la testigo: 'me parece que el que se encuentra ocupando el cuarto lugar...' apenas está significando que la persona señalada en tales dubitativos términos puede tener un parecido físico con el autor de los disparos pero no que sea precisamente la misma e idéntica persona a que se refirió en su declaración. Reconocer a alguien es, esencialmente, señalarlo como el mismo que fue objeto de la percepción, sin duda alguna. Cuando el señalamiento no se hace en forma inequívoca sino mediante expresiones en las que va implícita la duda sobre la verdadera identidad del culpable, la 'prueba' falla en su esencia y objetivo jurídicoprocesal y por ello no puede producir los efectos buscados. Un reconocimiento así concebido, apenas podría tener idoneidad para iniciar una pesquisa o para establecer una sospecha, mas no para condenar.

"La imposibilidad de identificar al sindicado con su verdadero nombre y apellido o con sus otras generalidades, no retardará ni suspenderá la instrucción, el juicio ni la ejecución, cuando no exista duda sobre la identidad física de la persona" (artículo 102 del Código de Procedimiento Penal).

"Entre las causales de nulidad enumeradas en el artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, en su numeral 8º, está la de haberse incurrido en error respecto 'al nombre o apellido de la persona responsable' error que, según doctrina de esa honorable Corte, consiste en que no pueda establecerse a ciencia cierta la identidad física del delincuente'. 'Como ya lo ha dicho la Corte, no es el simple error en cuanto al nombre o apellido del responsable lo que causa la nulidad del proceso si por otra parte el agente del ilícito está identificado físicamente con precisión... Lo esencial en esta causal, es que no se pueda obtener la identidad física del inculpado... Lo que es absolutamente necesario es que se conozca al delincuente con toda certidumbre para evitar que caiga en manos de la justicia un inocente. (Sentencias de 6 de diciembre de 1945, LIX, 1027; 15 de octubre de 1955, Tomo LXXI, página 526, *Gaceta Judicial*).

"El artículo 370 del Código de Procedimiento Penal ordena: 'Todo aquel que incrimine a una persona determinada deberá reconocerla judicialmente cuando el Juez o los interesados lo crean necesario, a fin de que no pueda dudarse cuál es la persona a quien se refiere'.

"Esa diligencia no sería precisa si el deponente afirma conocer al agente de la infracción y es capaz de identificarlo por su nombre y apellido. Pero si apenas puede dar la filiación de él el reconocimiento se impone, no solamente porque así lo manda el artículo 370 sino porque no se encontraría otro medio más expedito para lograr la identificación del sindicado.

"¿Podría tenerse como conocida la identidad del delincuente, en la persona de mi poderdante con la sola manifestación de que éste es parecido a aquél, que es la única interpretación que puede darse al señalamiento hecho en la diligencia precitada? Siguiendo los ordenamientos legales la interpretación dada por esa honorable Corte y las autorizadas opiniones de autores, debe concluírse que no, y por ello abrigo la certidumbre de que el Tribunal erró gravísimamente al interpretar tal hecho atribuyéndole un valor que no tiene, motivo por el cual carecía de eficaci

probatoria para servir de apoyo a la sentencia recurrida.

"Si no hubo reconocimiento, ni la indicación dubitativa, por parecidos, de mi poderdante, puede constituír una prueba directa de su responsabilidad, con cuánta mayor razón carece de la virtud necesaria para configurar una prueba de distinta naturaleza, como el indicio.

"Dice el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal: 'Se entiende por indicio un hecho de que se infiere lógicamente la existencia de otro hecho'.

"El artículo 223 de la misma obra, establece: 'Para que un hecho pueda ser apreciado como indicio, debe estar probado plenamente'.

"Demostrado como está que no hubo reconocimiento, el mecanismo del indicio se desquicia por ausencia de la premisa inductora, piedra angular del juicio que ha de establecerse para llegar al hecho desconocido.

"Lo más que podría demostrar el señalamiento del acusado, hecho por Bertha Hincapié —y no en forma plena sino como una probabilidad, aun cuando muy cercana a la certeza positiva— es que entre José Gregorio Rodríguez y el autor de los delitos, sí existe alguna semejanza física, con lo cual nunca se llegará a conocer la verdadera identidad física de éste.

"El disparatado y pueril razonamiento del Tribunal pretende llevarnos a la conclusión de que la testigo Hincapié no se equivocó al señalar al procesado como autor de los disparos, por motivo de que entre su testimonio y la diligencia de reconocimiento, hay una absoluta concordancia respecto a la sensación de perplejidad que la acompañó, primero al pensar en la posibilidad de reconocer o no a su agresor y luégo al señalar al acusado, y además, porque en el curso de la instructiva se mostró tranquila y no acusó síntomas de obrar apresuradamente. Al tenor de esta extraña y descabellada forma de razonar, tendríamos entonces que si la testigo hubiera hecho un razonamiento inequívoco, esa circunstancia sería indicadora de que ella erró al obrar en tal forma.

"La fuerza y el valor probatorio del indicio radican en la constancia de la ley, derivada del curso ordinario de las cosas, que sirve para establecer el nexo lógico que nos conduce del hecho conocido a aquel que se trata de desentrañar.

"El indicio, según la ley penal, es un hecho de que se infiere lógicamente la existencia de otro hecho. La fuerza de convicción que produce se funda, pues, en la naturaleza de las cosas y de sus relaciones, esto es, en que, demostrada la existencia de algo, hay que suponer la de otros seres, o en que, acreditado el acaecimiento de un suceso, resulta forzoso admitir el de otro u otros. Se trata, pues, de un proceso lógico, o de análisis y síntesis que permite, según el curso ordinario de la vida humana, deducir conclusiones firmes". (Sentencia de 21 de febrero de 1950, Tomo LXVII, página 87 de la *Gaceta Judicial*).

"¿Cuál podría ser en el caso en debate, esa ley emanada de la experiencia y de la observación de los fenómenos psíquicos que nos pudiera conducir a adquirir el convencimiento de que la testigo no se equivocó? ¿Acaso la honradez y la lealtad advertidas en la reiterada manifestación de la duda que acomete a una persona en torno al reconocimiento de alguien, cuya presencia percibió en circunstancias desfavorables y la persistencia de la incertidumbre al señalar al sindicado con base en una sensación de semejanza física, tiene como correlato frecuente y ordinario, el de acertar? La respuesta es un no definitivo y rotundo que encuentra su asidero en la lógica más elemental. La conducta de la testigo es, ciertamente, sintomática de sinceridad, pero ésta, por significativa que sea, no puede servir para interpretar las sensaciones por ella experimentadas en forma distinta a como las exteriorizó, precisamente alentada por dicha sinceridad, y al juzgador no le es permisible traspasar los límites a que se contrae un testimonio, trocando el sentimiento de incertidumbre del testigo en certeza, por medio de consideraciones subjetivas o con base en premisas que no guardan relación de causalidad con el hecho por averiguar o son indefinidamente equívocas".

"....."

"B) El Tribunal dio el carácter de indicio al hecho de que la filiación dada por las personas que dicen haber visto a José Gregorio Rodríguez el día 14 de mayo de 1959 concuerda con la del autor de los delitos, valor que no tiene.

"Dice el Tribunal:

'Las distintas declaraciones recibidas en las cuales se da la filiación del presunto asesino de Luis Lopera Bonilla, coinciden todas en aquellos rasgos característicos y que son fácilmente gravables. Así la filiación dada por Lázaro Díaz, coincide con la suministrada por la señorita Bertha Hincapié, y si bien es cierto que el primero de los nombrados no reconoció en rueda de presos a la persona a quien se refirió en su declaración, la segunda, o sea la señorita Hincapié, no vaciló en hacer tal reconocimiento, guiada por el recuerdo que del homicida tenía. El hombre

señalado por ella responde al nombre de José Gregorio Rodríguez Rodríguez. Se vio también cuáles motivos pudieron influír en Díaz Luna en el momento del reconocimiento para que su posición afirmativa inicialmente se transformara en temblorosa. Los datos suministrados por el Secretario de la Caja Agraria en relación con José Gregorio Rodríguez Rodríguez, señor Jesús Elías García Lugo, coinciden con los rasgos descritos por Díaz Luna y la señorita Bertha Hincapié, y en su declaración indicó tal testigo que dicho Rodríguez Rodríguez en compañía de su hermano Antonio hicieron una solicitud de préstamo a la Caja Agraria...'

Continúa aquí un párrafo oscuro, sin duda por involuntario error del transcriptor. Dicho aparte, tal como se halla en la sentencia acusada, al folio 292 del informativo, es el siguiente:

"Y por último, los pocos informes dados por los declarantes Calderón y Gamboa, que fueron las personas que dieron referencias a las oficinas de la Caja Agraria, de los ya mencionados hermanos Rodríguez Rodríguez, José Gregorio y Antonio, se acomodan con los datos generales recibidos en las declaraciones de Díaz Luna y de la señorita Hincapié, y todos ellos son exhibidos por el procesado José Gregorio Rodríguez Rodríguez.

"De manera que esta circunstancia especialíma anotada, es uno de los factores que necesariamente han de tenerse en cuenta en estas diligencias".

"Permítaseme —continúa el demandante— transcribir lo pertinente de los testimonios que mencionan tal circunstancia y no solamente los que citó el Tribunal sino otros que tienen datos de alguna importancia:

"Bertha Hincapié (folio 3). 'Era bajito, más bien delgado, moreno, vestido de caki, pantalón y camisa, no me fijé si tenía sombrero... era joven por ahí de unos veintitrés años, más o menos...' Posteriormente, al folio 139 rindió nuevo testimonio y en tal oportunidad dijo que algunas personas le habían relatado que después de los disparos habían visto pasar a un sobrino de Félix Cuéllar, el cual iba vestido de *caki, sombrero negro, con una toalla en el cuello,* agregando que al ver a dicho sujeto no se le pareció por la cara al agresor pero que sí por el cuerpo y el caminado (subrayó el demandante).

"Lázaro Díaz Luna (folio 5) '...a eso de las seis y media de la tarde me paré en la puerta y pasó un tipo que no sé cómo se llama *pero que lo conozco de vista, este tipo iba sin sombrero...* pasó por la puerta del hotel donde comía el señor Lopera... después el mismo individuo subió y volvió y se bajó. Como a eso de una hora y media después salió el señor Lopera del hotel, yo saqué mi bicicleta y me fui para la calle y volví a bajar y cuando venía de para abajo me llamaron los señores Chepe Villanueva y José Ignacio Manjarrés y me dijeron que si entraba al equipo de basquet... entonces en esas aparecieron los señores Emilio Barreto, Pablo Rivera, Pedro Aya, Gonzalo Portela y el señor Gregorio Aya... Al poquito pasó el señor Noel Gómez y le llamamos la atención y nos atendió... Estando en esas volvió y subió el tipo a que me referí primero, subió solo y sin sombrero, subió hasta la esquina de la casa del señor Mario Gutiérrez y miró hacia el almacén del señor José Ignacio Manjarrés y como lo vio sentado se regresó nuevamente de para abajo, llegó a la casa donde tenía la toalla y el sombrero, se regresó para arriba con el sombrero puesto y la toalla por encima del cuello cruzada, pasó por el pie de nosotros otra vez, se bajó del corredor hacia la calle, al lado donde estaban los señores Luis Lopera, la señorita Bertha y Blanca de Manjarrés conversando... llegó el tipo ese, se le arrimó unos tres metros de distancia y les descargó los tiros... El es un tipo aproximadamente de uno con cincuenta y cinco a uno sesenta de estatura, ligeramente robusto, trigueño, pelo trigueño, ni liso ni crespo, sin bigote, calza bota alta hasta el tobillo, café oscuro, pantalón y camisa caki claro de dril, ni sucio ni limpio, no le conozco cicatrices, labios delgados y mentón salido un poco, voz poco delgada, de unos 23 a 25 años de edad, es toma-trago, al menos lo había visto tomado en el pueblo, no lo llegué a ver peliando con nadie ni era atarván, se veía como tipo de campesino...' (Subrayó el demandante).

"En la diligencia de reconocimiento practicada el día 15 de junio de 1959 con la presencia de mi poderdante en la fila de presos, primero con sombrero y luégo sin él, dijo el testigo: 'No encuentro entre los que están formados, la persona a quien me referí en mi declaración' (folio 115, vuelto).

"Jesús Elías García Lugo (folio 11): 'En el día de ayer estuvieron en las oficinas de la Caja de Crédito Agrario, de la cual soy Secretario, dos sujetos de nombres José Gregorio y Antonio Rodríguez, con el fin de solicitar un crédito de rehabilitación... Uno de estos sujetos, o sea José Gregorio, es de mediana estatura, delgado, moreno, cariafilado, vestía color caki y *sombrero blanco...*' (Subrayó el impugnador).

"Danilo Ortiz (folio 13) se limita a decir que 'apenas me di cuenta de que era bajito de cuerpo...'

"José Bertulfo Castañeda (folio 46): 'En ese día estaba yo de patrulla con el agente Boada, entre las 18 y las 24... La primera vez que pasamos por ahí en el primer recorrido, vimos parado en la esquina, frente a donde ocurrieron los hechos. Este tipo vestía de color caki, botas amarillas, en cabeza, más bien moreno, bajito, pequeño, macizo... ese mismo día lo había visto por aquí, por cierto entró a la Caja Agraria con otros compañeros y hasta decían que ese muchacho era del valle de San Juan. No sé los nombres de los acompañantes... en todo caso andaba con un grupo como de unos ocho individuos. Como a eso de las tres de la tarde lo volví a ver pero ya sólo con dos compañeros más...'

"Neftalí Gamboa (folio 68). Este testigo fue uno de los que firmó las referencias para que los hermanos Rodríguez obtuvieran el préstamo en la Caja Agraria. Refiriéndose al más bajito dice: 'El otro era más bajito, regular de cuerpo, color trigueño, ese era el que calzaba las botas me parece que amarillas, no recuerdo de qué color era el vestido...'

"Leonardo Calderón (folio 80): Este ciudadano fue otra de las personas que dio referencias de los hermanos Rodríguez, el cual en un testimonio vacilante, en el que claramente se adivina la intención primitiva de que no se supiera que él había dado tales referencias, dice que José Gregorio estuvo el día 14 de mayo haciendo unas compras en su tienda a eso de las cuatro de la tarde, después de lo cual le parece que se fue en un caballo por el camino que conduce al Valle. Ante el interrogatorio del funcionario, aceptó que Rodríguez había estado en su establecimiento, primero a las 12 y luégo a la una con el objeto de que le firmase la carta de referencias. De la filiación dice 'es bajito, moreno, cejudo... llevaba sombrero pero no me dí cuenta del color, sí llevaba también pantalón y camisa pero sin recordar el color de la ropa, tampoco me dí cuenta si iba calzado o no, me parece que calzaba alpargatas pero no lo aseguro'.

"Blanca Caicedo de Manjarrés (folio 35). Esta testigo, no obstante haber estado en el lugar de los hechos, conversando con el occiso, apenas pudo darse cuenta de que el agresor llevaba sombrero, cuyo color no pudo determinar.

"En diligencia de reconocimiento en rueda de presos (folio 158) no reconoció a la persona a quien se refirió en su testimonio.

"Evelia Torres (folio ...) Al preguntarle cuál fue la primera persona que vio pasar inmediatamente después de los disparos, dice: 'La primera persona que pasó fue un individuo bastante moreno, pasó con los brazos pegados al cuerpo, con el pecho bastante salido como para poder correr mejor. Yo estaba parada y pensé por su actitud que ese podía ser el asesino; él llevaba pantalón y camisa color caki, una toalla en la garganta y sombrero negro; me parece que era delgado, moreno, bastante moreno y de regular cuerpo; tenía zapatos pero no me dí cuenta de qué clase serían...'

En desarrollo del análisis probatorio, continúa el actor:

"Otras declaraciones sobre la presencia de sospechosos, son las siguientes:

"José Boada Castañeda (folio 40). 'Encontrándonos ahí a las siete y cuarenta y cinco minutos de la noche oímos los disparos, corrimos allá y averiguamos la dirección que había tomado el delincuente y nos dijeron unas señoras que había tomado dirección de la plaza de San Luisito. Cuando llegamos a la plaza nos dimos cuenta de que el agente Francisco de Paula Moreno ya había llegado en una bicicleta. En seguida dimos la vuelta por otra cuadra y capturamos a un individuo que iba corriendo...'

"Francisco de Paula Moreno (folio 45). 'Yo bajé hasta la plaza de San Luisito, seguí haciendo averiguaciones por la calle siguiente que conduce a la planta y pregunté a la gente si habían visto correr a alguna persona sospechosa. Me informaron de que iba hacia adelante, como a la media cuadra un tipo con una toalla y corriendo apresuradamente. Seguidamente yo apresuré el paso y lo aprehendí, teniendo necesidad de hacer un disparo al aire, ya que le dije que hiciera alto y más corrió...' El ciudadano así capturado responde al nombre de Eugenio Vargas, quien en su indagatoria (folio 170) dice que llevaba alpargatas, sombrero negro y una toalla en el cuello.

"Nicolás Espinosa (folio 141), dice que después de los disparos se encontró con un muchacho de apellido Hernández o Cuéllar, al cual preguntó por lo ocurrido, sin obtener respuesta. Dice que dicho sujeto iba calzado y llevaba sombrero negro.

"Por su parte el procesado, en su instructiva, afirma que el día 14 de mayo de 1959 tenía camisa, pantalón y sombrero blancos y calzaba alpargatas.

"Ante todo conviene saber si, procesalmente, puede darse como establecido que los sujetos

mencionados por los testigos José Bertulfo Castañeda y Evelia Torres de Espinosa, se identifican entre sí y con el que el testigo Díaz Luna describe con lujo de detalles. Considero que es una realidad, dentro del expediente, que aproximadamente a la hora en que, según el testigo Díaz Luna, el homicida anduvo merodeando por las inmediaciones del lugar de los hechos, el agente José Bertulfo Castañeda se apercibió de la presencia, cerca del mismo sitio, de un sujeto, cuya (sic) características personales se ajustan en lo fundamental a la descripción hecha por aquél: bajito, moreno, maciso (sic) (ligeramente robusto), sin sombrero, vestido de color caki y con botas. Este acuerdo filiativo y sobre las circunstancias de tiempo y lugar, no pueden menos de llevar al ánimo la impresión de que se trata de una misma persona. No ocurre lo mismo respecto al ciudadano mencionado por la testigo de Espinosa, cuyas características pueden acomodarse a Eugenio Vargas, el cual portaba sombrero negro y una ruana en el cuello y, además, emprendió carrera, seguramente atemorizado por los disparos y con los movimientos que produjo la alarma que se suscitó por tal motivo.

"De lo transcrito, se desprende que entre los testimonios que describen al autor de los hechos y los que hacen lo propio con el acusado, apenas hay concordancia respecto a que uno y otro eran morenos, vestían color caki y calzaban botas, indicaciones éstas que por no constituír los rasgos característicos y relevantes de la personalidad, son insuficientes para poder identificar a alguien. Tanto García Lugo como Neftalí Gamboa declaran que José Gregorio Rodríguez era de regular cuerpo en tanto que Castañeda y Bertha Hincapié dicen que el homicida era bajito y las dimensiones dadas por Díaz Luna corresponden a una estatura baja. García Lugo afirma que Rodríguez era delgado y cariafilado, en tanto que Díaz describe al homicida como ligeramente robusto y el agente Castañeda, al individuo que vio cerca al lugar de los sucesos, como maciso (sic).

"El color moreno es una de las características de las condiciones raciales de nuestro pueblo y casi todos los campesinos del trópico presentan esa especial tonalidad cromática en su pigmentación; el color llamado caki suele ser de usanza entre los habitantes de las regiones rurales y suburbanas y botas puede calzar un número indeterminado de personas. Ya vimos cómo en un momento dado, por obra del azar y en circunstancias sospechosas se constató la presencia de un hombre que llevaba, por lo menos, una prenda análoga a la que portaba el homicida (la ruana) y ejecutó movimientos de fuga como los de éste, sin que ello, a la postre, viniera a significar que se trataba del mismo.

"Además, señores Magistrados, y éste es un hecho que el Tribunal no tuvo en cuenta, no obstante ser demostrativo de la inocencia del inculpado, al tenor de los testimonios de José Bertulfo Castañeda y Lázaro Díaz, el protagonista de los hechos delictuosos estaba sin sombrero antes de que se dispusiera a dar muerte al señor Lopera, y mi poderdante, de acuerdo con su propio dicho y de las testificaciones de García Lugo y Leonardo Calderón, sí llevaba, en las horas del día, tal prenda. Esto, unido a las divergencia (sic) de contextura y estatura entre Rodríguez y el agresor, constituye una prueba asaz elocuente de que no fue él el autor de los disparos.

"Por último y esto es definitivo para demeritar la tesis del indicio, los testigos Lázaro Díaz y José Bertulfo Castañeda, a pesar de que el primero vio con toda nitidez al atacante y lo conocía de antemano y, el segundo, tuvo oportunidad de verlo por varias veces y en circunstancias de completa visibilidad, no reconocieron a la persona mencionada en sus respectivas deposiciones dentro de la fila de presos en la cual estaba José Gregorio Rodríguez. Pero es que ese resultado negativo, al cual me referiré con detenimiento, posteriormente, no solamente deja sin piso la hipótesis del indicio sino que constituye una prueba plena de la inocencia de José Gregorio Rodríguez, que el Tribunal no tuvo en cuenta o pretendió buscarle imposibles justificativos. Bertha Hincapié tampoco reconoció a mi poderdante, ya que decir que le parecía ser él, apenas indica, como atrás quedó expresado, una incierta sensación de semejanza no apta para la identificación.

"Ahora bien: si las características personales percibidas por los testigos no tuvieron idoneidad para que éstos, en presencia del acusado, lo reconocieran, ¿cómo pueden personas ajenas a esa percepción llegar a identificar al agresor en la persona del inculpado, con auxilio de los datos que no sirvieron a los que los suministraron y percibieron para hacer esa identificación? Si la persona que vio con la debida claridad al agresor, a quien conocía con anterioridad, por lo cual no podía equivocarse en el reconocimiento si, por otra parte, en la respectiva fila de presos, se colocaba al sujeto a quien realmente había visto, no lo reconoció, ¿acaso no constituye ese resultado negativo una prueba fehaciente de que las coincidencias que pudieran anotarse entre las filiaciones de mi defendido y del homicida no pasan de ser obra del azar sin nexo de causalidad

con el delito y una behemente (sic) demostración de la inocencia del acusado?

"El Tribunal, siguiendo su táctica discriminatoria, pretende demeritar el hecho de que el testigo Luna no hubiera reconocido a José Gregorio Rodríguez como autor de los disparos, alegando: '¿O es que, como es muy probable, apareciendo en el proceso el testigo como "clave" para el descubrimiento total de los hechos, circunstancia conocida por las gentes de la región, se ejerció sobre él influencia, presión o coacción para que en el momento decisivo claudicara? El segundo interrogante quedará en el misterio y en la conciencia del testigo. Mas no así el primero, porque del estudio de las pruebas restantes habrán de desprenderse serios indicios que señalan a José Gregorio Rodríguez Rodríguez como el autor de los hechos trágicos del 14 de mayo de 1959...' El primer interrogante que se hace el Tribunal es el siguiente: '¿En realidad no fue José Gregorio Rodríguez Rodríguez el autor de la muerte de don Luis Lopera y de las lesiones causadas a la señorita Hincapié?' Para el Tribunal, pues, si se acepta como verídico el testimonio de Lázaro Díaz Luna y lo que expresó en la diligencia de reconocimiento, entonces el acusado no fue el autor de los hechos, lo que no puede menos de ser exacto y acorde con la lógica. Sólo que dicha corporación, después de ensañar (sic) una crítica de dicho testimonio, en el curso de la cual tilda de sospechoso al declarante, para a la postre decidir que se trata de una pieza clave para el descubrimiento de la verdad, resuelve apelar a la fantasía con el designio de destruír el imperio de la realidad, expresando que el testigo pudo haber sido constreñido a no reconocer al acusado. Dentro del proceso penal al juzgador le está prohibido aducir circunstancias que no estén acreditadas dentro de él o que no sean consecuencia o derivación de leyes o postulados universalmente aceptados. Las únicas herramientas con que puede trabajar en la disección de un proceso son las pruebas o datos allegados, cuya ausencia no puede suplirse por medio de consideraciones de carácter estrictamente subjetivo. La pretendida coacción no está demostrada ni hay prueba, así sea incompleta, de su existencia, luego es obvio que no puede servir para orientar la controversia hacia un fin determinado, como equivocadamente los hace el Tribunal".

Luégo el acusador formula una serie de consideraciones enderezadas a demostrar cómo el testigo Díaz Luna, conforme a las normas que reglan la crítica del testimonio, es digno de toda credibilidad. Así, en frase que compendia su pensamiento al respecto, dice: "Lo que no admite la menor duda es que el señor Díaz estuvo colocado en un sitio desde el cual, no solamente pudo sino que tuvo que percibir la agresión de que fue víctima el occiso Lopera e identificar al atacante, antes y durante el desarrollo del insuceso, ya que ese día lo había visto varias veces y lo conocía con antelación". Razón por la cual, en sentir del impugnador, dicho testimonio "debe... estimarse como 'clave' según lo dice el Tribunal, para llegar a la verdad". Y concluye en este aspecto de la demanda:

"El Tribunal, interpretando erróneamente los hechos, les dio un valor de indicio sin tenerlo y, en cambio, o no tuvo en cuenta circunstancias infirmantes del supuesto indicio y demostrativas de la inocencia del acusado (diferencias filiativas, diligencia de reconocimiento practicada con el testigo Castañeda), estando plenamente acreditadas dentro del proceso o les negó el que sí tienen (no reconocimiento por parte del testigo Díaz Luna)".

El acusador prosigue metódica y minuciosamente el análisis de la prueba indiciaria para sostener que, ni separada ni conjuntamente, demuestra a plenitud la responsabilidad penal del procesado José Gregorio Rodríguez. Esta parte de la demanda se dedica especialmente a estudiar y controvertir los siguientes hechos, que el Tribunal estimó como indicios:

a) Que José Gregorio Rodríguez, contrariamente a lo que él afirma en su indagatoria, no salió de la población de San Luis, el día de autos, entre la una y media y las dos de la tarde;

b) Que fue visto en la citada población a las cuatro de la tarde de dicho día por el dueño de la tienda en donde hizo unas compras, señor Leonidas Calderón;

c) Que no abandonó la población en camioneta, como él lo afirma, sino en un caballo castaño pequeño;

d) "Que por su indumentaria fue reconocido por el agente de Policía Castañeda Pineda, como la persona que merodeaba por los lados de la casa del señor Manjarrés, en donde se perpetró el homicidio, momentos antes de que se llevara a cabo";

e) "Que casi todas las afirmaciones que hizo en relación con sus actividades el 14 de mayo, fueron destruídas por varias personas que depusieron en estas diligencias" y,

f) Los malos antecedentes del procesado.

Finalmente el impugnador endereza sus razonamientos a demostrar que la coartada propuesta por el acusado, consistente en no encontrarse en

el lugar de los hechos a la hora en que se consumó el delito, halla pleno respaldo en autos, y agrega:

"Pero aun en el supuesto que dicha coartada no estuviera plenamente demostrada, lo cual no quiere significar que sea falsa sino que la duda quedaría flotando dentro del proceso, esa circunstancia no constituye indicio, por cuanto que, de adoptar el criterio contrario, todas las personas que en un momento dado y frente a un delito determinado, no pudieran demostrarla, por carecer de testigos, por ejemplo, se verían sometidos a los rigores de una investigación y su libertad se hallaría amenazada.

"Si la coartada hace plena fe, como así lo estimo, la no responsabilidad del procesado queda patentizada. En la hipótesis de que no mereciera esa plena fe, quedaría como un elemento que ni afecta ni favorece los intereses del acusado. Lo que constituye indicio es la falsedad de la coartada y esa falsedad, por las razones expuestas, no está demostrada plenamente, luego no puede servir de premisa para establecer una relación de causalidad con la delincuencia, ya que 'para que un hecho pueda ser considerado como indicio, debe estar probado plenamente' (artículo 223 del Código de Procedimiento Penal)".

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, a quien correspondió expresar el criterio del Ministerio Público sobre el mérito de la anterior demanda, luégo de historiar los hechos y de resumir el curso procesal del negocio, examina uno a uno los "indicios" en que se apoyó el fallador de segunda instancia para proferir la sentencia condenatoria acusada, análisis del cual deriva la conclusión de que aquél incurrió en evidente error de hecho al apreciar y valorar el acervo probatorio, como lo demostró el demandante, y que, en consecuencia, la alegada causal segunda de casación debe prosperar. Fundado en ello, solicita de la Corte que case el fallo recurrido y dicte el que deba reemplazarlo, al tenor del artículo 570, letra a), del Código de Procedimiento Penal.

Dada la importancia del referido examen, conviene transcribirlo:

"1º Que Bertha Hincapié reconoció a José Gregorio Rodríguez como el autor de los disparos que ocasionaron la muerte del señor Lopera y lesiones a aquélla. Tal hecho no halla respaldo pleno en los autos. En efecto, lo que la mencionada testigo afirmó en la diligencia de reconocimiento en rueda de presos fue lo siguiente: '*Me parece que el que se encuentra ocupando el cuarto lugar de izquierda a derecha sea el individuo que hizo los disparos en la noche del catorce de mayo...*' (folio 115 vuelto) y dicho sujeto correspondió a quien dijo llamarse Gregorio Rodríguez. Ahora bien: la testigo no se pronunció inequívocamente sobre la identidad entre su agresor y el sujeto reconocido sino apenas, en forma dubitativa, indicó que le parecía ser el que resultó llamarse Gregorio Rodríguez (subrayó el Procurador).

"Si ello es evidente, resulta que el Tribunal *ad quem* dio un valor probatorio que no correspondía a tal hecho. Para que un hecho pueda estimarse como indicio 'debe estar probado plenamente', al tenor del artículo 223 del Código de Procedimiento Penal y ello no ocurre con el precitado indicio que tuvo en cuenta el fallador en la sentencia impugnada, pues la afirmación dubitativa de la testigo Bertha Hincapié no prueba plenamente la identidad entre su agresor y el reo Rodríguez sino quizá el parecido entre éste y aquél.

"2º Que se halla plenamente demostrado que el procesado Rodríguez Gregorio 'no salió de la población entre la una y media y dos de la tarde'. Si bien unos testigos afirman la presencia de Rodríguez en la población de San Luis en horas posteriores a la anteriormente indicada, hecho que niega el procesado, es lo cierto que de aceptarse aun su presencia en dicho lugar en horas posteriores, ello no permite inducir lógicamente su autoría en los hechos criminosos que informan los autos. El hecho considerado como indicio por el Tribunal *ad quem* nada prueba en contra del reo Rodríguez que permita considerarlo como autor responsable de los delitos investigados. Cuando más podrá resultar falsa la afirmación del procesado consistente en indicar que abandonó la referida población antes de las dos de la tarde y esto indicaría que es mentiroso pero no que, inexorablemente, sea el autor de las infracciones penales por las cuales fue condenado en las instancias. La deducción que al respecto se consigna en la sentencia demandada conlleva un error manifiesto en la valoración de los hechos del proceso.

"3º Que fue visto Gregorio Rodríguez a las cuatro de la tarde por el dueño de la tienda en donde hizo algunas compras, señor Leonidas Calderón. El testimonio de dicho ciudadano aparece al folio 80 y siguientes y en él se hace aparecer a Gregorio Rodríguez como la persona que concurrió al establecimiento de Calderón hacia

las cuatro de la tarde del día de autos. El mismo Leonidas Calderón en reconocimiento en rueda de presos señaló a quien dijo llamarse José Gregorio Rodríguez como la misma persona a quien se había referido en su declaración, pero aclara que 'en ese día le *ví por última vez salir de a caballo a las cuatro de la tarde*...' (folio 159). Aun sin examinar otras probanzas que se oponen fundamentalmente a la presencia de Gregorio Rodríguez en la población de San Luis, el día 14 de mayo de 1959, a la hora indicada, es necesario destacar que de tal hecho no puede inferirse lógicamente que dicho sujeto haya sido el autor de los delitos de autos. Ello es obvio porque con el mismo criterio podrían resultar incriminadas todas las personas que a la misma hora se hallaban en San Luis. El hecho indicador, que no se halla plenamente probado pues otros hechos lo controvierten o al menos lo hacen dudoso, no permite sacar la conclusión que extrajo el Tribunal *ad quem* y por esto en la valoración de este hecho se ha incurrido en error notorio. Más todavía: la misma frase del testigo Calderón da a entender que hacia las cuatro de la tarde de dicho día Gregorio Rodríguez *salió a caballo,* lo cual indica que a esa hora abandonó el poblado según el lenguaje usado por el declarante, porque de resto no tendría otra explicación lo aclarado por Calderón; pero si lo anterior ofreciera motivo de duda había que absolverla a favor del reo al tenor del artículo 204 del Código de Procedimiento Penal (ha subrayado la Procuraduría).

"4º Que el reo no abandonó la población de San Luis en camioneta conforme aquél lo afirmó en su injurada, 'ya que tenía una bestia (caballo castaño pequeño) en la población'. Deducir de este hecho la responsabilidad de Gregorio Rodríguez por los delitos de homicidio y lesiones personales de que trata este proceso, es violar en forma manifiesta las leyes del recto discurrir. Si el reo hubiera abandonado la población de San Luis en camioneta ello estaría comprobando que ha dicho la verdad y si lo hubiera hecho a caballo esto apenas indicaría que mintió cuando afirmó lo primero y nada más. Habría que establecer en forma plena el por qué de su presunta mentira, pero en ningún caso ésta es reveladora de su autoría en los hechos criminosos que se investigan en estos autos. El hecho indicador, que no está plenamente comprobado pues se halla en pugna con otras probanzas (que tienden a confirmar la coartada de Gregorio Rodríguez), no es revelador de la responsabilidad penal de dicho procesado. No hay, en consecuencia, inferencia lógica entre uno y otro. Aquí de nuevo el Tribunal *ad quem* incurrió en error manifiesto de hecho al valorar las probanzas de autos.

5º Que, dada su indumentaria, fue reconocido por el agente de policía Castañeda Pineda 'como la persona que merodeaba por los lados de la casa del señor Manjarrés, en donde se perpetró el homicidio, momentos antes de que se llevara a cabo'. De la simple comparación entre el dicho del referido testigo y lo afirmado por el mismo durante la diligencia de reconocimiento en rueda de presos (folios 46 y 163), es fácil colegir, sin mayores esfuerzos, que el sujeto señalado por el agente Castañeda como sospechoso no es el reo Gregorio Rodríguez pues el testigo durante el reconocimiento es enfático en afirmar que en la rueda de presos 'no encuentro a aquel (sic) a quien me referí en mi declaración...' Ahora bien: resulta absurdo hallar un indicio incriminativo contra el procesado Gregorio Rodríguez del dicho de Castañeda que no se pronuncia por la identidad física entre el individuo que vio cerca al lugar de los hechos y ninguna de las personas que le fue colocada en la rueda de presos, entre las cuales se hallaba Gregorio Rodríguez. La inferencia del Tribunal *ad quem* es reveladora de error notorio, conforme lo demuestra el recurrente.

"6º Como otro de los indicios que existen en contra de Gregorio Rodríguez se señala en el fallo demandado el hecho de que 'casi todas las afirmaciones que hizo en relación con sus actividades el 14 de mayo, fueron destruídas por varias personas que depusieron en estas diligencias'. El procesado durante su indagatoria manifestó en forma amplia cuál había sido el objeto de su viaje a San Luis y cuáles sus actividades en dicha población, como también cuál el itinerario que siguió al regreso y a qué horas abandonó a San Luis y por qué medio de transporte. En apoyo de su versión se hallan los testimonios de Tomás Mendoza (folio 127 vuelto), Lucrecia Guzmán (folio 120), Brigerio Montealegre (folio 128), Jesús Antonio Bonilla (folio 131 vuelto), los que, si bien no coinciden totalmente con lo afirmado por el reo, sí le dan respaldo suficiente a sus asertos fundamentales como son aquellos que se refieren a su presencia en lugar diverso a aquél en el cual ocurrieron los hechos, a las mismas horas en que éstos tuvieron lugar. Y como estas declaraciones no han sido desvirtuadas en su valor probatorio, pues apenas se ha puesto en duda su veracidad por el Tribunal *ad quem,* es preciso deducir que deben ser acogidas por mandato del artículo 204 del Código de Procedimiento Penal toda vez que en la actualidad

no puede eliminarse la duda que ellas puedan ofrecer en cuanto tienda a servir de apoyo a la coartada del reo Gregorio Rodríguez. El Tribunal *ad quem* al valorar el dicho del procesado y los referidos testimonios incurrió en error de hecho manifiesto pues despreció el valor probatorio de los mismos al absolver en contra del reo la duda que de ellos surgía sobre la veracidad de la coartada ofrecida por Gregorio Rodríguez.

"Afirma el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué que la filiación del agresor de autos suministrada por algunos testigos coincide con la de Gregorio Rodríguez y que ello es indicio de cargo contra éste. Ya se dijo por esta Procuraduría cómo el parecido de algunos caracteres suministrados por los testigos presenciales de los hechos con los de Gregorio Rodríguez, no puede ser demostrativo de la identidad física entre el agresor de Luis Lopera y Bertha Hincapié y el procesado. Tal parecido dejaría una duda insalvable en la actualidad y por mandato de la ley (artículo 204 del Código de Procedimiento Penal) debe absolverse a favor del reo. Y a lo anterior aúnase la circunstancia de que, con excepción del reconocimiento deleznable de Bertha Hincapié, ninguno de los testigos presenciales de los hechos reconoció en rueda de presos a Gregorio Rodríguez para que así con más razón se descarte la posibilidad de que el autor de los disparos haya sido este sujeto. Esto implica que el hecho indicador no se halla plenamente comprobado y, por lo tanto, la inferencia se halla viciada en el juicio del Tribunal *ad quem*. En efecto: de lo no comprobado plenamente dedujo un hecho en contra del reo; en esta forma incurrió en error de hecho notorio al valorar las probanzas del proceso.

"8º Por último, el mismo Tribunal se equivocó, en forma manifiesta, cuando de los 'antecedentes' de Gregorio Rodríguez dedujo su autoría en los hechos investigados. El absurdo de su inferencia se hace evidente si se examina este su raciocinio: como Gregorio Rodríguez tiene antecedentes, y todo el que tiene antecedentes es peligroso, es preciso deducir que el autor de los disparos hechos a Lopera y a la señorita Hincapié fue Gregorio Rodríguez. Tamaño desacierto no resiste análisis. Cuando más los mencionados 'antecedentes' han debido tenerse presentes al imponer la pena, pero no como indicio de responsabilidad por los hechos criminosos investigados en este proceso. Y todavía más: el Tribunal *ad quem* dio por comprobados legalmente antecedentes (sic) del reo Gregorio Rodríguez que no lo estaban dentro del informativo, y por ello ni siquiera fueron indicados en la sentencia recurrida.

"Para esta Procuraduría resulta evidente que la prueba incriminativa contra Gregorio Rodríguez no resiste el menor análisis y apenas permite concluír, *en forma dubitativa*, que Gregorio Rodríguez se hallaba en el lugar de los hechos y a la hora en que estos tuvieron ocurrencia. Lo anterior si se tienen en cuenta las probanzas que sirvieron al Tribunal *ad quem* de fundamento para proferir sentencia condenatoria contra dicho sujeto. Pero si se examinan los elementos de juicio que tienden a respaldar la coartada del reo Rodríguez, por igual, se llegará a otra conclusión dudosa: que dicho sujeto se encontraba en lugar diferente a aquél en el cual los hechos criminosos de autos tuvieron lugar y ello a la misma hora en que tales hechos ocurrieron. Mas en una y otra conclusión hay una duda insalvable que por mandato de la ley corresponde absolver a favor del reo Gregorio Rodríguez, quedando sin respaldo en los autos la afirmación que se consigna en el fallo recurrido de que se reúne en este proceso la prueba que exige el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal para proferir sentencia condenatoria".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1ª Cabe observar que en el presente caso, por tratarse de un juicio de puro derecho, rituado conforme a las normas del Decreto 0012 de 1959, es procedente invocar la causal segunda de casación.

2ª Lo que fundamentalmente corresponde dilucidar a la Corte en el caso *sub judice* es si la decisión condenatoria de la sentencia recurrida tiene bases razonables en el contenido probatorio del proceso, o si, por el contrario, como lo sostienen el demandante y la Procuraduría, en su valoración incurrió el sentenciador de segundo grado en manifiesto error, bien atribuyendo a algunos hechos un significado de que carecen para demostrar a plenitud la responsabilidad penal del agente, ora negándole a otros su poder demostrativo en cuanto a la coartada propuesta por el procesado.

3ª Es evidente que la señorita Bertha Hincapié, en rigor, no reconoció en la rueda de presos a José Gregorio Rodríguez, puesto que la indicación que de él hizo, fue esencialmente dubitativa (folio 115 vuelto). Los términos en que dicha testigo se expresa al respecto lo demuestran: "*Me parece* que el que se encuentra ocupando el cuarto lugar de izquierda a derecha sea el

individuo que hizo los disparos en la noche del catorce de mayo''. Por otra parte, la explicación de su duda, manifestada con toda lealtad, no obstante ser ella misma víctima de lesiones, se encuentra en lo sorpresivo del ataque y en la forma azarosa como, por fuerza de las circunstancias, le fue dable registrar la presencia del agresor en la noche de autos. En efecto, se recordará que la señorita Hincapié, al suministrar las características que pudo apreciar en el atacante, dice en declaración visible al folio 3 del informativo: ''...era la primera vez que lo veía, no lo conozco, *sólo le ví la cara contra la luz de la esquina*, en caso de volverlo a ver *pueda que lo reconozca...*'' (Ha subrayado la Sala). Es decir, únicamente pudo ver, y en momentos de profundo sobresalto, la silueta del desconocido, porque la cara de éste se hallaba ''contra la luz de la esquina'', posición que, ciertamente, no es la más propicia para precisar los rasgos fisonómicos de una persona.

No es exacto, pues, como parece darlo a entender el Tribunal, que la señorita Bertha Hincapié hubiera reconocido inequívocamente al procesado, en el sentido de identificarlo de manera cabal con el sujeto del cual ella y el señor Lopera Bonilla resultaron víctimas en la noche del 14 de mayo de 1959.

4ª Tampoco es exacto, como lo afirma el Tribunal en la sentencia acusada, que José Gregorio Rodríguez, ''por su indumentaria, fue reconocido por el agente de policía Castañeda Pineda, como la persona que merodeaba por los lados de la casa del señor Manjarrés, en donde se perpetró el homicidio, momentos antes de que se llevara a cabo''.

Ya el señor Procurador, como se ha visto, se encargó de destacar cómo ''de la simple comparación entre el dicho del referido testigo y lo afirmado por el mismo durante la diligencia de reconocimiento en rueda de presos (folios 46 y 163) es fácil colegir, sin mayores esfuerzos, que el sujeto señalado por el agente Castañeda como sospechoso no es el reo Gregorio Rodríguez, pues el testigo durante el reconocimiento es enfático en afirmar que en la rueda de presos 'no encuentro a quel (sic) a quien me referí en mi declaración...'.''

5ª Se ha visto igualmente que Lázaro Díaz Luna, el único testigo que pudo apreciar los movimientos realizados por el agresor en los momentos anteriores, concomitantes y posteriores a los delitos investigados, y quien suministró, en suma, los detalles más completos sobre la filiación y la indumentaria del delincuente, tampoco encontró en rueda de presos a la persona que incrimina como autora de los disparos que ocasionaron la muerte del señor Lopera y lesionaron a la señorita Hincapié, a pesar de hallarse allí el procesado José Gregorio Rodríguez.

6ª Considera el Tribunal plenamente demostrado que José Gregorio Rodríguez ''no salió de la población entre la una y media y dos de la tarde'', y estima este hecho como un indicio de que el reo fue el autor de los delitos de autos. Pero aun aceptando que tal hecho constituya una verdad inconcusa dentro del proceso, es lo cierto que, como con razón lo sostienen el demandante y la Procuraduría Delegada, de la presencia de Rodríguez en San Luis a la hora indicada no puede lógicamente inferirse que sea él el autor de los ilícitos que se le imputan. Sería ello indicativo, según lo anota también el Procurador, de que el procesado miente cuando afirma que abandonó dicha población antes de las dos de la tarde, ''pero no de que, inexorablemente, sea el autor de las infracciones penales por las cuales fue condenado en las instancias''.

7ª El Tribunal le asigna asimismo categoría de indicio al hecho de que José Gregorio Rodríguez hubiera concurrido, hacia las cuatro de la tarde del día de autos, al establecimiento del señor Leonidas Calderón. Aceptando igualmente tal circunstancia como verdad incuestionable, ello, en el fondo, constituye el mismo hecho anterior, aunque con una modalidad cronológica: la de que todavía a las cuatro de la tarde José Gregorio Rodríguez se hallaba en la población de San Luis el día en que se perpetraron los delitos. Pero por razones idénticas a las que se consignaron en el numeral anterior y dada la hora en que aquéllos se cometieron, entre las siete y media y las ocho de la noche, el hecho analizado carece del valor indiciario que el fallador de segunda instancia le concede frente al caso de autos.

Conviene no olvidar, por otra parte, como lo apuntó oportunamente el Procurador al fijar su criterio sobre este aspecto de la prueba, que el mismo Leonidas Calderón, al señalar en la diligencia de reconocimiento en rueda de presos a José Gregorio Rodríguez como la persona a quien viera en su establecimiento el día de los sucesos investigados, agregó: ''en ese día le ví por última vez salir de a caballo a las cuatro de la tarde'' (folio 159). Observación ésta que, como se recordará, fue apreciada por el señor agente del Ministerio Público en los siguientes términos, que la Sala, en lo esencial comparte:

''Aun sin examinar otras probanzas que se oponen fundamentalmente a la presencia de Gregorio Rodríguez en la población de San Luis, el

día 14 de mayo de 1959, a la hora indicada, es necesario destacar que de tal hecho no puede inferirse lógicamente que dicho sujeto haya sido el autor de los delitos de autos. Ello es obvio porque con el mismo criterio podrían resultar incriminadas todas las personas que a la misma hora se hallaban en San Luis. El hecho indicador, que no se halla plenamente probado pues otros hechos lo controvierten o al menos lo hacen dudoso, no permite sacar la conclusión que extrajo el Tribunal *ad quem* y por esto en la valoración de este hecho se ha incurrido en error notorio. Más todavía: la misma frase del testigo Calderón da a entender que hacia las cuatro de la tarde de dicho día Gregorio Rodríguez *salió a caballo,* lo cual indica que a esa hora abandonó el poblado según el lenguaje usado por el declarante, porque de resto no tendría otra explicación lo aclarado por Calderón; pero si lo anterior ofreciera motivo de duda habría que absolverla a favor del reo al tenor del artículo 204 del Código de Procedimiento Penal".

8ª Afirma la sentencia acusada que el reo no abandonó a San Luis en camioneta, como aquél lo manifiesta en su indagatoria, "ya que tenía una bestia (caballo castaño pequeño) en la población". Tal hecho no tiene el valor indiciario que le confiere el fallo impugnado, por la potísima razón de que en el presente caso el haber utilizado uno u otro medio de transporte carece de nexo lógico con el hecho que se trata de demostrar. De aquí que la Procuraduría Delegada exprese los siguientes conceptos sobre el particular: "Si el reo hubiera abandonado la población de San Luis en camioneta estaría comprobando que ha dicho la verdad y si lo hubiera hecho a caballo esto apenas indicaría que mintió cuando afirmó lo primero y nada más. Habría que establecer en forma plena el por qué de su presunta mentira, pero en ningún caso ésta es reveladora de su autoría en los hechos criminosos que se investigan... Aquí de nuevo el Tribunal *ad quem* incurrió en error manifiesto de hecho al valorar las probanzas de autos".

9ª De manera amplia el procesado José Gregorio Rodríguez dio cuenta en su indagatoria de cuál había sido el objeto de su viaje a San Luis el día de los hechos investigados, de las actividades por él desarrolladas allí en esa fecha, fundamentalmente enderezadas a obtener un préstamo, que en realidad obtuvo, en las oficinas de la Caja Agraria en dicha localidad, y al itinerario que siguió al regreso y a los medios de transporte empleados para este fin. Las preguntas del instructor y las subsiguientes respuestas del procesado son, en lo pertinente, de este tenor:

"Preguntado: Diga en qué vehículo o medio de transporte se trasladaron ustedes a Neme el día 14 de mayo tal como usted lo afirma? Contestó: Nos fuimos en la camioneta de Marco Tulio Sandoval hasta enfrente de la casa de don Domingo Bonilla, la hora de llegada sería de dos a dos y media. De ahí mi hermano Antonio e Isidro se siguieron a pie (se refiere el deponente a Antonio Rodríguez e Isidro Figueroa, aclara la Sala) yo tenía una bestia donde Tomás Mendoza, la encillé (sic) y me fui para el Neme donde llegué poco más o menos de cuatro a cuatro y media o cinco de la tarde. Preguntado: Diga qué hizo de las cuatro y media de la tarde de ese día catorce de mayo pasado hasta las ocho de la noche y con qué personas estuvo? Contestó: Llegué al Neme, comí en mi casa y luégo me fui para la hacienda de don Jesús Bonilla, con éste me había visto donde misiá Lucrecia cuyo apellido no sé, cuando estaba descensillando (sic) la bestia y allá amanecí, a la hacienda llegué poco más o menos a las seis de la tarde y allí me quedé. Entre las personas que estaban ahí recuerdo a don Jesús Bonilla, Israel Bonilla, Micaelina Marín, María Bonilla, José Antonio Bonilla, Epimenia Bonilla, Brígido Montealegre, Esteban Montealegre y no más".

La mayoría de las personas citadas por el procesado, como Tomás Mendoza (folio 127 vuelto), Lucrecia Guzmán (folio 120), Brigero Montealegre (folio 128), Jesús Antonio Bonilla (folio 125 vuelto), Micaelina Marín de Bonilla (folio 129), María del Carmen Bonilla (folio 130 vuelto), Israel Portillo, no Bonilla (folio 124) y José Antonio Bonilla (folio 131 vuelto), si bien no coinciden exactamente en todo lo afirmado por el reo con respecto a ellas, "sí le dan respaldo suficiente a sus asertos fundamentales", como lo sostiene el demandante y la Procuraduría, confirmando la coartada por aquél propuesta, consistente en hallarse en lugar distante del teatro de los hechos criminosos durante el tiempo en que éstos se cometieron.

Es verdad que el sentenciador de segunda instancia ha puesto en duda la veracidad de los referidos deponentes, arguyendo principalmente, sin pleno respaldo probatorio, que sus declaraciones se produjeron bajo el influjo del señor Jesús Antonio Bonilla, pero es obvio entonces que la perplejidad planteada, no siendo ya susceptible de eliminarse, debe resolverse a favor del procesado, conforme al principio que sobre el particular consagra el artículo 204 del Código de Procedimiento Penal.

10ª En la sentencia acusada se afirma que la filiación del agresor, suministrada por algunos testigos, coincide con la del procesado José Gregorio Rodríguez. Ello no es absolutamente exacto. Un atento examen de las pruebas sobre tan importante extremo de la investigación demuestra que algunas de esas señas armonizan con la filiación de Rodríguez; otras son equívocas, y no propiamente características, como lo demostró el demandante, y por tanto se incurrió en notorio error de hecho al considerarlas demostrativas de la identidad física entre el agresor de autos y el procesado. Ese parecido no puede servir como fundamento de certeza dentro de las peculiares circunstancias del caso *sub judice,* sobre todo si se recuerda el dubitativo reconocimiento de la señorita Bertha Hincapié, ya considerado por la Sala, y el hecho elocuente de que los testigos Lázaro Díaz Luna y el agente de policía Bertulfo Castañeda Pineda, quienes más cerca estuvieron de los acontecimientos, no pudieron reconocer en rueda de presos a José Gregorio Rodríguez.

Esta duda pungente aparece clara en la misma sentencia recurrida. En efecto, dice el Tribunal: "Bien, pese a no haber sido reconocido en rueda de presos José Gregorio Rodríguez Rodríguez por el testigo Díaz Luna, pero teniendo en consideración que la filiación del homicida dada por este declarante coincide con la del procesado, su declaración sirve para establecer *con alguna certidumbre* que no fue otro el individuo que estuvo merodeando por la casa de Manjarrés, lugar en donde se encontraba el occiso..." (folio 293). (Subrayó la Corte). Relativa certidumbre que se torna más precaria si no se olvida que "el individuo que estuvo merodeando por la casa de Manjarrés" y que fue visto por los testigos Díaz Luna y Castañeda Pineda, no fue hallado por éstos —se repite— en la diligencia de reconocimiento en rueda de presos. Sin embargo, la dudosa coyuntura probatoria fue resuelta por el *ad quem* en sentido adverso al procesado, contrariando el principio *in dubio pro reo.*

11ª Nada cabe agregar a lo expresado por el señor Procurador con respecto al último de los "indicios" sobre los cuales el fallador de segundo grado asienta la responsabilidad penal del recurrente. Importa recordar la fundada crítica del distinguido colaborador al respecto:

"Por último, el mismo Tribunal se equivocó, en forma manifiesta, cuando de los 'antecedentes' de Gregorio Rodríguez dedujo su autoría en los hechos investigados. El absurdo de su inferencia se hace evidente si se examina este su raciocinio: como Gregorio Rodríguez tiene antecedentes, y todo el que tiene antecedentes es peligroso, es preciso deducir que el autor de los disparos hechos a Lopera y a la señorita Hincapié fue Gregorio Rodríguez. Tamaño desacierto no resiste análisis. Cuando más los mencionados 'antecedentes' han debido tenerse presentes al imponer la pena, pero no como indicio de responsabilidad por los hechos criminosos investigados en este proceso. Y todavía más: el Tribunal *ad quem* dio por comprobados legalmente antecedentes del reo Gregorio Rodríguez que no lo estaban dentro del informativo, y por ello ni siquiera fueron indicados en la sentencia recurrida".

12ª En suma, es preciso concluír que los hechos examinados, algunos de los cuales no fueron comprobados a plenitud, carecen del valor indiciario que el Tribunal les asignó, ya se les considere conjunta o separadamente. Ello justifica la causal de casación invocada y ésta, en consecuencia, prospera. Y no huelga advertir que aunque el demandante no invocó la causal primera —consecuencia obligada de la segunda, en el presente caso— admitido el ostensible error del Tribunal al valorar las pruebas del proceso, se impone a la Corte subsanar el yerro del fallo acusado, conforme al ordinal a) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal.

13ª Finalmente, no es superfluo hacer constar que la Sala comparte la profunda preocupación del Tribunal frente a los graves e inquietantes factores de descomposición moral que la violencia ha creado en algunas regiones de su jurisdicción, los cuales en no pocas ocasiones entraban o hacen nugatoria la acción de la justicia. Pero no debe olvidarse que la casación es, fundamentalmente, un juicio contra la sentencia impugnada, y que si el actor logra, como en el presente caso, con argumentos idóneos, destruír la presunción de legalidad que ampara al fallo acusado, éste debe invalidarse, porque dentro de un estado de derecho produce a la larga mejores frutos el restablecer el imperio de la ley que sancionar a quien no se le ha demostrado plenamente su responsabilidad en un determinado y concreto hecho delictuoso, por temor a una supuesta impunidad.

—

DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, acorde con el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de

la ley, INVALIDA la sentencia acusada del Tribunal Superior de Ibagué en cuanto se refiere a José Gregorio Rodríguez Rodríguez, y, en su lugar, lo ABSUELVE de los cargos por los cuales ha venido respondiendo en este proceso.

Líbrese la correspondiente orden de libertad del procesado Rodríguez, siempre que contra éste no exista detención por otro u otros delitos.

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

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León, Secretario.

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD

El fallo de primer grado fue proferido en este negocio, en conformidad con el Decreto 0012 de 1959, por un Juez de Instrucción Criminal. Excepción de inconstitucionalidad respecto de normas declaradas inexequibles. Nulidad e inexequibilidad. Efectos de la inexequibilidad. Jurisprudencia.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. El artículo 215 de la Carta, al disponer que "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales", se refiere, lógicamente, a normas legales que estén vigentes en el momento de juzgar, situación que no se da cuando tales normas, por virtud de sentencia de inexequibilidad, se encuentran sin vigor en ese momento.

2. En acuerdo fechado el 17 de julio de 1915 dijo la Corte que "las sentencias sobre inexequibilidad de las leyes sólo pueden obrar para el futuro. Si tuvieran efecto retroactivo y alcanzaran a anular las leyes desde su origen, ningún derecho habría firme, y la inseguridad social y la zozobra serían permanentes y mayores cada día". Y esta misma doctrina se ha sostenido a través de diferentes fallos posteriores.

3. Mientras una norma legal que sea contraria a la Constitución esté vigente, el juzgador debe dejar de aplicarla en el caso sometido a su decisión, con fundamento en la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 215 de la Carta; e igual cosa debe hacer, si la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 214 del mismo estatuto, ha declarado ese precepto inexequible. Pero ni la declaración de inexequibilidad tiene efecto retroactivo, ni puede acudirse a la excepción de inconstitucionalidad respecto de una norma que ha dejado de regir.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA PENAL.—Bogotá, marzo catorce de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Procede la Sala a resolver sobre el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de 17 de marzo de 1961, por la cual les fue impuesta a los procesados Rubén y Julio Serrano, y Dagoberto Villalobos, la pena principal de cinco años y cuatro meses de presidio, como responsables del delito imperfecto de homicidio cometido en la persona de Pío Vicente Hernández.

Atendido que el demandante, con invocación de la causal cuarta de casación, solicita la invalidación de la sentencia recurrida por haberse proferido en un juicio viciado de nulidad, no es necesario hacer un resumen de los hechos, siendo suficiente señalar el desarrollo del proceso.

TRAMITE DEL NEGOCIO

Por cuanto los hechos imputados a Rubén y Julio Serrano y a Dagoberto Villalobos tuvieron ocurrencia el día 12 de julio de 1959, fecha para la cual estaba vigente el Decreto extraordinario número 012 del mismo año, el Juzgado 174 de Instrucción Criminal, con sede en la población tolimense del Espinal, declaró cerrada la investigación mediante auto de 24 de agosto del referido año de 1959 (f. 79 vto.

del Cd. 1º), y procedió el día 28 del mismo mes a proferir la sentencia correspondiente.

Enviado el proceso al Tribunal Superior de Ibagué, esta Corporación, mediante providencia de 9 de junio de 1960 se inhibió de conocer y devolvió el asunto al Juzgado de Instrucción Criminal, por cuanto "al entrar en el estudio de fondo del negocio se observan las siguientes irregularidades: a) No hay constancia de que los autos se hubieran puesto a disposición de las partes por el término de tres días, como lo dispone el artículo 3º del Decreto 012 citado, y b) No se resolvió nada sobre el recurso de la apelación interpuesto por el señor apoderado de los sindicados, en el momento de la notificación de la sentencia condenatoria, y no se dispuso, por otra parte, que dicha providencia fuera consultada".

El *a quo,* en desarrollo de lo dispuesto por el *ad quem,* sólo dio cumplimiento a lo señalado en el aparte b) del citado auto de 9 de junio de 1960, para lo cual dictó la siguiente providencia: "Juzgado 174 de Instrucción Criminal. El Fresno, julio veintiuno de mil novecientos sesenta. Obedézcase y cúmplase lo resuelto por el Superior. En consecuencia, en el efecto suspensivo, concédese el recurso de apelación interpuesto en tiempo por los sindicados Rubén Serrano Villalobos, Julio Serrano Villalobos y Dagoberto Villalobos, y por el apoderado doctor Gonzalo Rodríguez, contra el fallo de primera instancia de fecha 28 de agosto de 1959. En firme esta providencia, remítase el expediente al honorable Tribunal Superior de Ibagué para los efectos del recurso. Notifíquese...".

Recibido nuevamente el proceso en el Tribunal Superior de Ibagué, sin embargo de que el *a quo* no resolvió con respecto a la deficiencia anotada en el aparte a) del auto de 9 de junio de 1960 de aquella Corporación, se dispuso lo siguiente: "Tribunal Superior de Ibagué.—Sala Penal.—Ibagué, veintiséis de agosto de mil novecientos sesenta. Subsanada la falla que con respecto al recurso impetrado anotó el Tribunal en su providencia de 9 de junio del año que cursa, se ordena tramitar la instancia en la forma que es de rigor. En consecuencia, se dispone: Dese aviso por escrito a los señores Fiscales del Tribunal, para los efectos establecidos en el inciso 2º del parágrafo único del artículo 19 del Decreto 012 de 1959. Permanezca el negocio en la Secretaría a disposición de las partes por el término común de diez días, para que manifiesten si tienen pruebas que solicitar. Reconócese al doctor Raúl Ospina Salazar como apoderado de los señores Julio y Rubén Serrano Villalobos y Dagoberto Villalobos, en los términos y para los efectos que indica el poder conferido (f. 181). Notifíquese...".

Cabe observar, sí, que el doctor Gonzalo Rodríguez, en su condición de apoderado de los procesados Serrano Villalobos y Dagoberto Villalobos, luégo de clausurada la instrucción penal y antes del fallo de primera instancia, presentó el alegato escrito que obra a los folios 80 a 84 del primer cuaderno.

Agotado el trámite de la segunda instancia, el Tribunal Superior de Ibagué profirió la sentencia objeto del recurso.

DEMANDA DE CASACION

El doctor Gonzalo Rodríguez, quien ha venido asistiendo a los procesados Rubén y Julio Serrano Villalobos, y Dagoberto Villalobos, durante el proceso, invoca en la demanda de casación la causal cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal y señala el siguiente cargo:

"En la primera instancia de este proceso se siguió el procedimiento establecido en el Decreto número 0012 de 4 de junio de 1959, procedente para el caso por haber ocurrido el delito investigado dentro de la vigencia de tal estatuto; pero se incurrió en violación de normas constitucionales al proferirse el fallo o sentencia de primer grado por el funcionario instructor, por el señor Juez 174 de Instrucción Criminal.

"Las disposiciones constitucionales que considero violadas, son los artículos 26, 27, 28, 55, 58, 61, 157 y 160 de la Carta, especialmente, pues el hecho de que un Juez de Instrucción asuma facultades de fallador contraría todos los cánones constitucionales mencionados.

"La honorable Corte, en reciente fallo, ha decidido que el Decreto número 012 de 1959 es inexequible... en sus artículos 1º, 2º, 3º, 11 y 24, 'en cuanto atribuyen competencia para fallar en primera instancia a los Jueces de Instrucción Criminal que actúen por comisión del Ministerio de Justicia'.

"Luego, si la sentencia de primera instancia en este proceso fue proferida por un Juez de Instrucción, por comisión del Ministerio de Justicia, tal decisión es nula; y si la sentencia de segunda instancia, proferida por el honorable Tribunal Superior de Ibagué, tiene como fundamento a aquélla, también es nula, porque todo el juicio está afectado de nulidad.

"Podría aducirse que la declaratoria de inexequibilidad proferida por la honorable Corte Suprema de Justicia, respecto de algunos artículos del prementado Decreto número 012 de 1959 no produce efectos retroactivos, es decir, que ella sólo valdrá para las sentencias que se profieran por Jueces de Instrucción a partir de la declaratoria de inexequibilidad de ese articulado; pero considero que la nulidad que se propone en este proceso tiene viabilidad, aun en el caso de que la decisión de la honorable Corte Suprema de Justicia no tenga efecto retroactivo, porque cabe también por la vía de excepción de inconstitucionalidad, consagrada por el artículo 215 de la Carta, y así la presento.

"Por manera que si la honorable Corte ha declarado inconstitucional la facultad otorgada por el Gobierno a los Jueces de Instrucción para fallar procesos penales en primera instancia, si tal declaración no es suficiente para que sea anulada una sentencia proferida por ellos anterior a la inexequibilidad decretada, se arguye por la vía de excepción enunciada, excepción particular que se robustece con la inexequibilidad fallada.

"Como consecuencia de lo anterior, solicito se invalide la sentencia condenatoria impugnada y se devuelva el proceso, por conducto del honorable Tribunal Superior de Ibagué, a los señores Jueces Superiores de la misma ciudad, para que se reponga el procedimiento desde el auto que declaró cerrada la investigación, inclusive, y se proceda por los jueces ordinarios en consonancia con la ley".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador 1º Delegado en lo Penal estima que no existe la nulidad alegada por el demandante y solicita, en consecuencia, que no se case el fallo recurrido.

Las consideraciones del Ministerio Público son las siguientes:

"Con respecto a..." lo alegado por el impugnante..., "se anota, en primer término, y como ya se ha hecho en ocasiones semejantes, que no es posible..." estimar lo pedido, a modo de excepción de inconstitucionalidad..., "pues esta excepción sólo era procedente cuando aún no se había discutido la inexequibilidad de la disposición respectiva, siendo lo cierto que tal discusión está agotada, como que con respecto a la facultad de que trata el artículo primero del Decreto, se ha dicho por la honorable Corte que es inconstitucional, según fallo proferido con fecha 24 de julio del año en curso..." (1961) ... "y publicado en el número 30.582 del *Diario Oficial*.

"Y tampoco es dable calificar lo alegado por el actor como demostrativo de una incompetencia de jurisdicción, pues si bien es cierto que esta incompetencia es generadora de una de las dos nulidades legales que, conforme al artículo 22 del Decreto legislativo número 0012 de 1959, pueden invocarse en los procesos sometidos a su tramitación a dicho estatuto, no es menos evidente que tal nulidad no fue denunciada, como lo exige el parágrafo de ese mismo artículo, 'una vez dictada la sentencia de primera instancia y ante el respectivo Tribunal'.

"La interesante cuestión propuesta o planteada por el señor demandante, con respecto a la retroactividad de la declaratoria de inexequibilidad parcial del Decreto legislativo varias veces citado, conduce a preguntarse por la influencia que pudiera tener la declaratoria de inexequibilidad de un ordenamiento legal, en lo que atañe a una resolución judicial dictada con anterioridad a dicha declaratoria y que no esté ejecutoriada a tiempo de ser reconocida la inconstitucionalidad de ese mismo ordenamiento.

"En este orden de ideas, sostiene la Procuraduría que de una sentencia recurrida en casación, aunque se presuma legal y válida o jurídica, no cabe decir que ha quedado en firme, puesto que el recurso de casación interpuesto oportunamente contra ella, combate o ataca el principio de la cosa juzgada.

"Ahora bien:

"Si se tratara de darle un efecto retroactivo a la declaración de inexequibilidad, como lo insinúa el señor abogado recurrente, saldría al encuentro de tal pretensión la siguiente determinación de la honorable Corte:

'Las consecuencias del fallo de inexequibilidad no trascienden a las actuaciones cumplidas con anterioridad a él, ni borran en el pasado los efectos que la ley declarada inexequible ha producido regularmente mientras estuvo en vigor' (Sent. de 5 de agosto de 1955. Sala Plena, G. J., t. LXXX, p. 266).

"No produciéndose ese efecto retroactivo, es imposible hablar de incompetencia de jurisdicción. De otra parte, se tiene que aunque exista una violación flagrante del derecho de defensa del acusado, por haber sido juzgado éste en primera instancia por un Juez de Instrucción, como así lo permitía el artículo primero del Decreto legislativo número 0012 de 1959, declarado inconstitucional, es lo cierto también que

en el presente caso, y por lo ya explicado, no puede tener un efecto positivo tal ocurrencia, ya que no se trata o no tiene ya cabida la excepción de inconstitucionalidad, que sería la pertinente para anular o remediar el denunciado defecto del proceso''.

ALEGATO DE LA PARTE CIVIL

El doctor Agustín Gómez Prada, en su condición de apoderado de la parte civil constituída en este negocio por el señor Pío Vicente Hernández, se refiere a la demanda de casación en los siguientes términos:

''Acojo los razonamientos del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, que me parecen incontrovertibles, en lo referente a la excepción de inconstitucionalidad y a la nulidad por incompetencia de jurisdicción.

''La excepción de inconstitucionalidad, como ya lo ha definido esa Corporación, tiene lugar cuando todavía no se había pronunciado la Corte Suprema de Justicia sobre la constitucionalidad del respectivo precepto, y ya ha dicho la Corte que el artículo 1º del Decreto 012 de 1959 es inexequible en cuanto atribuye 'competencia para fallar en primera instancia a los Jueces de Instrucción Criminal que actúen por comisión del Ministerio de Justicia'.

''Respecto de la incompetencia de jurisdición, no es posible admitir la nulidad..., pues de acuerdo con el artículo 22 del Decreto 012 de 1959 'sólo podrá alegarse una vez dictada la sentencia de primera instancia y ante el respectivo Tribunal'.

Agrega luégo que ''viniendo a la cuestión de fondo, pudieran hacerse muchas consideraciones sobre la inconstitucionalidad..., pero todo ello resulta redundante, si se tiene en cuenta los efectos de la declaración de inexequibilidad...'', precisados en diferentes fallos de la Corte Suprema de Justicia, como los que aparecen publicados en el número 2154, página 266; en el Tomo XXXIV, página 150 y en el XXIII, página 432, de la *Gaceta Judicial*.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Dos planteamientos hace el demandante para dar apoyo a la invalidación de la sentencia recurrida, con invocación de la causal cuarta de casación, a saber:

Primero: Que se anule el proceso con fundamento en la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 215 de la Carta, por cuanto la competencia para el fallo, dada a los Jueces de Instrucción Criminal en el Decreto extraordinario número 0012 de 1959, contradice la separación de los órganos del Poder Público, garantizada en la Constitución Nacional.

Con este respecto y para concluír en la improcedencia, en este caso, de la previsión contenida en el artículo 215 de la Constitución, es suficiente considerar que los preceptos del Decreto 0012 de 1959, que el impugnante estima contrarios a la Carta, fueron declarados inexequibles por la Corte mediante sentencia de 24 de julio de 1961, publicada en el número 30.582 del *Diario Oficial*. Y resulta un contrasentido admitir que en la actualidad, para tomar una decisión jurisdiccional como la presente, se estime en vigor una norma legal cuya derogatoria llevó a cabo, hace meses, la sentencia aludida, que la declaró inexequible.

El citado artículo 215, al disponer que ''en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales'', se refiere, lógicamente, a normas legales que estén vigentes en el momento de juzgar. Y en este asunto, la Sala no se encuentra ante esa situación, pues, se repite, la sentencia mencionada dejó sin vigor los preceptos señalados por el demandante, que le daban a los Jueces de Instrucción Criminal competencia para fallar en primera instancia, en relación con determinados delitos.

Segundo. Que se anule el proceso con apoyo en la sentencia de la Corte, de 24 de julio de 1961, por la cual se declararon inexequibles algunas disposiciones del Decreto 0012 de 1959, según las cuales los Jueces de Instrucción tenían facultad para fallar en primera instancia, con respecto a determinados delitos.

Tampoco es pertinente lo solicitado por el demandante con apoyo en el anterior planteamiento, porque las decisiones de la Corte Suprema de Justicia sobre inexequibilidad de las leyes sólo tienen efecto hacia el futuro.

En acuerdo fechado el 17 de julio de 1915 dijo esta Corporación que ''las sentencias sobre inexequibilidad de las leyes sólo pueden obrar para el futuro. Si tuvieran efecto retroactivo y alcanzaran a anular las leyes desde su origen ningún derecho habría firme, y la inseguridad social y la zozobra serían permanentes y mayores cada día'' (G. J., t. XXIII, p. 432).

Posteriormente, en diferentes fallos, la Corte ha sostenido el mismo principio de no retro

actividad de los efectos de las sentencias que declaran inexequibles los preceptos legales, a saber:

"El fallo que declara la inexequibilidad de una ley, equivale ordinariamente a una derogación del texto declarado inconstitucional, no a una declaración de nulidad absoluta de derecho civil común, que reponga las cosas al estado anterior..." (G. J., t. XXXIV, p. 150).

"La decisión de inexequibilidad se proyecta sobre el futuro y no sobre el pasado; en principio, ella no produce los efectos de una declaración de nulidad absoluta, sino los de una derogatoria de la norma acusada. Por tanto, las consecuencias del fallo de que se trata no trascienden a las actuaciones cumplidas con anterioridad a él, ni borran en lo pasado los efectos que la ley declarada inexequible ha producido regularmente, mientras estuvo en vigor" (G. J., t. LXXX, p. 266).

En fallo de 28 de octubre de 1922, que resolvió sobre las peticiones de "nulidad" (así se dice en la demanda) del artículo 1º de la Ley 10 de 1921, "porque viola el artículo 31 de la Constitución", y de suspensión de los efectos de una sentencia del Consejo de Estado fundamentada en el precepto acusado de inconstitucional, se dijo lo siguiente (G. J., t. XXIX, Nº 1524, pp. 285 y 286):

"La Corte Suprema considera, de acuerdo en esto con el señor Procurador General de la Nación, cuyos conceptos comparte, que no tiene facultad para hacer las declaraciones pedidas.

"No la primera, porque el artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910 —citado por el actor en apoyo de su demanda— confiere a la Corte la facultad de decidir sobre la exequibilidad de las leyes acusadas como inconstitucionales, pero no para declararlas nulas. La nulidad es cosa distinta de la inexequibilidad. La primera invalida el acto desde su origen, la segunda no, apenas impide que continúe cumpliéndose. Tal es la jurisprudencia sentada por la Corte Plena en el Acuerdo número 3 de 17 de julio de 1915 (*Gaceta Judicial,* Nos. 1199 y 1200).

"Es claro, por tanto, que si la Corte decidiera sobre la nulidad pedida, daría a este vocablo una significación idéntica al de inexequibilidad, siendo así que hay entre los dos la diferencia que indica la doctrina antes expuesta; y violaría, por ende, la regla de procedimiento conforme a la cual la sentencia definitiva debe recaer sobre lo pedido, y nada más que sobre esto (Código Judicial, art. 835).

"En cuanto a la segunda declaración impetrada por el demandante, es palpable que la Corte carece también de facultad para hacerlo. Ninguna disposición la autoriza para ello, y antes bien existe la del artículo 93 de la Ley 130 de 1913, que prohibe a la justicia ordinaria revisar las sentencias ejecutoriadas de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo".

Ha sido, pues, doctrina constante de la Corte que sus decisiones sobre inexequibilidad de los preceptos legales sólo tienen efectos hacia el futuro. No se trata, en tales casos, de una declaratoria de nulidad del acto acusado, sino de una resolución sobre la inexequibilidad de las leyes tachadas de inconstitucionalidad y que efectivamente resultan contrarias a la Carta.

Comentando esta doctrina, el doctor Alvaro Copete Lizarralde dice que "está muy puesta en razón, estando consagrada en nuestra Carta la excepción de inconstitucionalidad" (*Lecciones de derecho constitucional,* Edit. Temis, Bogotá, 1957, p. 245). En efecto, anota la Sala, mientras una norma legal, que sea contraria a la Constitución, esté vigente (vale decir, mientras no haya sido derogada o declarada inexequible), el juzgador, en el caso sometido a su decisión, debe dejar de aplicarla con fundamento en la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 215 de la Carta; e igual cosa debe hacer, si la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 214 del mismo estatuto, ha declarado ese precepto inexequible. Pero ni la declaratoria de inexequibilidad tiene efecto retroactivo, ni puede acudirse a la excepción de inconstituconalidad respecto de una norma que, como ocurre en este proceso, ha dejado de regir.

Lo examinado es suficiente para concluír que no prospera la causal cuarta 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, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de 17 de marzo de 1961, de que se ha hecho mérito en este fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso a la oficina de origen.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez Abad; salvo mi voto, *Primitivo Vergara Crespo.*

Pioquinto León, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR PRIMITIVO VERGARA CRESPO

No está de acuerdo el Magistrado disidente con las consideraciones ni con lo resuelto en el fallo anterior, pues estima inaceptable la tesis de la preclusión de la excepción de inconstitucionalidad con el alcance que le atribuye la mayoría de la Sala.

Como estoy en desacuerdo con las consideraciones y con lo resuelto en el anterior fallo, me veo en la necesidad de dejar expuesto en este salvamento de voto las razones que me obligan a apartarme de lo decidido por la mayoría de la Sala, así:

Considero que a la tesis de la llamada preclusión de la excepción de inconstitucionalidad, excepción que el actor alega en este caso con fundamento en lo dispuesto en el artículo 215 de la Constitución, para sustentar el recurso de casación, con invocación de la causal cuarta, no debe razonablemente dársele la aplicación general e irrestricta que la Sala le da en este caso al afirmar que dicha excepción es improcedendente ahora porque "los preceptos del Decreto 0012 de 1959, que el impugnante estima contrarios a la Carta, fueron declarados inexequibles por la Corte mediante sentencia de 24 de julio de 1961".

Estimo que para saber hasta dónde es aceptable la tesis sobre la preclusión de la excepción de inconstitucionalidad, que consiste en que después de que la Sala Plena de la Corte, falla una acción de inconstitucionalidad, de conformidad con el artículo 214 de la Carta, no puede proponerse la excepción de inconstitucionalidad, que consagra el artículo 215 de la misma, se debe tener en cuenta, ante todo, el contenido de la sentencia proferida por la Sala Plena de la Corte en ejercicio de la atribución que le confiere aquel artículo.

Así, si el fallo de la Corte resuelve que la norma legal acusada es exequible, y por lo tanto, constitucional, es razonable y lógico que con posterioridad a dicho fallo, ni Juez, ni funcionario alguno, a quien la Constitución o la ley reviste de facultades jurisdiccionales, pueda negarse a aplicar dicha norma, ni por vía de excepción propuesta por quien se considere lesionado con su aplicación, pues ello equivaldría a permitir que se pudiera provocar una decisión jurisdiccional para desconocer la autoridad de cosa juzgada que el fallo de la Corte tiene en este caso, como toda sentencia firme, el cual, además, produce efectos "erga omnes".

Pero si por el contrario, la Sala Plena de la Corte declara inexequible o inconstitucional la norma legal acusada, no se ve por qué razón la sentencia que así lo decida pueda inhibir el posterior ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad, para obtener que no se aplique la misma norma que la Corte declaró inconstitucional.

De aplicarse en este último caso la preclusión de la excepción de inconstitucionalidad se llegaría a la conclusión paradójica de que ninguna persona que se considere perjudicada por la aplicación de una norma legal que estime inconstitucional y que la Corte declaró inexequible, podría intentar la no aplicación de dicha norma, por vía de excepción en un proceso, precisamente por el motivo de que con anterioridad ya había sido declarada inexequible por la Corte Suprema, en sentencia que decidió acerca de la acción de inconstitucionalidad propuesta por cualquier ciudadano en ejercicio del derecho que le otorga el artículo 214 de la Carta.

Por otra parte, no debe perderse de vista que la excepción de inconstitucionalidad que consagra el artículo 215 de la Carta, y que puede ejercitar toda persona natural y jurídica, aun cuando no sea ciudadano colombiano, es, ante todo, un medio de defensa que toda persona que se considere perjudicada en su derecho por la aplicación de una norma legal, inconstitucional,

puede hacerlo valer en cualquier momento, en un proceso dado, y que por lo tanto, dicho medio de defensa debe permitirse en cuanto él no sea incompatible con una sentencia de la Sala Plena de la Corte, dictada al decidir sobre una acción de inconstitucionalidad.

Por lo tanto, se concluye que el fallo de la Sala Plena de la Corte Suprema, de fecha del 24 de julio del año pasado, que declaró inexequible el artículo primero del expresado Decreto, en la parte que facultó a los Jueces de Instrucción Criminal, dependientes del Ministerio de Justicia, para fallar en primera instancia como comisionados de este Ministerio, los procesos a que se refiere dicho Decreto, no inhibe en este caso el posterior ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad, que el actor propone en su demanda para impugnar la sentencia acusada con invocación de la causal cuarta de casación.

No se trata tampoco de darle al fallo de la Corte efecto retroactivo, como lo entiende la Sala, con apoyo en jurisprudencia de la Corte, que cita, y de acuerdo con la cual los fallos que profiere esta entidad para desatar una acción de inconstitucionalidad no pueden tener efecto retroactivo en ningún caso, puesto que con la invocación de la excepción de inconstitucionalidad en este proceso, no se quebranta la autoridad de la cosa juzgada, por cuanto la sentencia impugnada no ha adquirido hasta ahora la dicha autoridad ni está en firme, pues "una sentencia recurrida en casación, aunque se presuma legal o válida o jurídica, no puede decirse que haya quedado en firme, puesto que el recurso de casación interpuesto oportunamente con relación a ella, combate o ataca el principio de la cosa juzgada".

Estimo, por lo tanto, que la excepción de inconstitucionalidad propuesta por el actor, alegando que el fallo de primera instancia fue proferido por el señor Juez 174 de Instrucción Criminal, por comisión del Ministerio de Justicia, aplicando la autorización concedida al respecto por el artículo 1º del Decreto 0012 de 1959, que en esta parte es y fue declarada inexequible por la Corte, no debió rechazarse, sino, por el contrario, dársele acogida y casarse la sentencia acusada, invalidando lo actuado desde el auto que cerró la investigación, a fin de que se repusiera lo actuado, pues el cargo de ser nulo el proceso por haber sido fallado en primera instancia por un Juez de Instrucción, quien obró por comisión del Poder Ejecutivo, Ministerio de Justicia, debe prosperar, ya que el artículo 1º del citado Decreto, en dicha parte es violatorio de la Constitución, como lo sostiene y demuestra el demandante, entre otras razones, por los motivos que al respecto la Sala Plena de la Corte expuso y tuvo en cuenta en su fallo del 24 de julio del año pasado para declarar inexequible la norma expresada.

Como el suscrito acata los considerandos de dicho fallo, considera oportuno reproducirlos aquí en lo relacionado con el tema que se estudia, así:

"5. No autoriza, pues, en modo alguno al Gobierno el artículo 61 de la Constitución para suplantar en cualquier grado la actividad jurisdiccional de la República con sólo declarar turbado el orden público y el estado de asedio parcial o total. Es necesario, además, que objetivamente los jueces no puedan cumplir su función privativa de administrar justicia.

"Si así no sucede, si en concreto los Jueces no están en circunstancias impeditivas del ejercicio de sus atribuciones, resulta evidente el desvío de poder cuando se confiere a las autoridades políticas la función de administrar justicia, constitucionalmente propia de los Jueces, mientras la perturbación en los hechos no sea de tal naturaleza grave que estén en incapacidad actual de ejercerla.

"Por consiguiente, la tarea de restaurar el orden público en tales eventualidades supone la remoción de los obstáculos de hecho que impidan la actividad jurisdiccional; pero de ningún modo y en ningún tiempo la creación de obstáculos de derecho que le cercenen o arrebaten sus atribuciones emanadas directamente de la Constitución Nacional.

"6. Aparentemente la función falladora acumulada a la actividad instructiva confiere agilidad y presteza a la faena eliminatoria de los estados de violencia perturbadores del orden público. Pueden verse en la medida altas razones encaminadas al logro de la normalidad por el empleo de instrumentos adecuados a la pronta y eficaz lucha contra la delincuencia como garantía del sosiego público.

"Pero el examen institucional de la cuestión descubre el espejismo y no permite recibir el sistema profundamente perturbador que suplanta la actividad de los Jueces y les arrebata la competencia que de derecho y en los hechos, están capacitados para ejerecer; que en todo tiempo, y mayormente en casos de emergencia, puede y debe recibir todo el estímulo natural e indispensable para su oportuno, eficaz y ágil desempeño, con sólo proveer por los cauces constitucionales todos los elementos morales y materiales en respaldo de función tan elevada, y todo el personal extraordinario que las circuns-

tancias demanden; que con la justicia haya justicia, para contrarrestar debidamente el peligro de la violencia endémica, y atender y hacer frente al aumento de los procesos punitivos en curso, cuyos trámites, además, pueden hacerse tan rápidos como lo permita la salvaguardia del derecho de defensa ante Jueces competentes.

"No lo son en derecho, sino apenas circunstanciales, cuando fuera de los casos extremos que el artículo 61 contempla, la justicia se administra por funcionarios políticos, comisionados por la autoridad política con impacto directo que rompe todas las normas fundamentales que organizan la separación de los poderes públicos, no menos que el artículo 26 de la Carta, garante permanente, aun en las situaciones de más profundo desorden, del inalienable derecho de defensa.

"No cabría demostrar el imposible de que el ejercicio de la atribución constitucional de nombrar Jueces por los Tribunales del Distrito Judicial sea en modo alguno contrario al restablecimiento del orden público, o que dichas corporaciones se hayan denegado a cumplir esa función, o que estén dispuestas al nombramiento oportuno de tantos Jueces cuantos el Gobierno considere necesarios para atender circunstancias de emergencia.

"7. Por consiguiente: si en contradicción con la estructura fundamental de la Carta, el Gobierno toma para sí atribuciones que a la rama jurisdiccional del poder público competen aun en estado de sitio, no hay incertidumbre en encontrar que el acto gubernamental, no obstante la notoria rectitud de intención y móviles patrióticos que lo inspiran, rebasa los poderes excepcionales que le otorga el artículo 121 para restablecer el orden público y viola las normas de la Constitución que ordenan el funcionamiento separado de los poderes públicos, aparte del artículo 26 en la garantía de defensa ante Juez competente, en cuanto a los textos del Decreto legislativo número 12, de 4 de junio de 1959 que otorgan a los llamados Jueces de Instrucción Criminal que actúen por comisión del Ministerio de Justicia, competencia para "fallar en primera instancia", los procesos que el artículo 1º enumera y determina.

"Son, pues, inexequibles las atribuciones que con exceso de los poderes de simple policía, se conceden en el referido Decreto legislativo a los Jueces de Instrucción Criminal dependientes del Ministerio de Justicia, para administrarla y fallar en materias de competencia privativa de los jueces verdaderos".

De modo que la expresión "ante Tribunal competente", empleada por el artículo 26 de la Constitución debe entenderse con relación, no sólo a los Tribunales propiamente dichos, sino por extensión a los Jueces que forman parte de la rama del poder judicial o jurisdiccional, a los cuales la misma Carta confía, como misión propia y exclusiva la función constitucional de administrar justicia; función que no puede desconocerles ni arrebatarles, ni aun con ocasión de una declaratoria del estado de sitio, el Poder Ejecutivo ni el Poder Legislativo, sin incurrirse en el quebrantamiento "de las normas fundamentales que organizan la separación de los poderes públicos, no menos que el artículo 26 de la Carta, garante permanente, aun en las situaciones de más profundo desorden, del inalienable derecho de defensa".

Por lo tanto, la prerrogativa de ser juzgado únicamente por Juez "competente", es decir, por quien tiene la misión constitucional de administrar justicia, con independencia y sin sujeción a los otros poderes públicos, constituye una verdadera garantía de orden constitucional jurisdiccional de la defensa de la libertad personal, que no se puede violar sin incurrirse en una nulidad de orden supralegal.

Por esto expresa, con todo acierto, el constitucionalista argentino Rafael Bielsa que:

"En todo ordenamiento, tanto jurisdiccional como procesal o dinámico, debe instituírse un sistema congruente con los principios y garantías de la Constitución, no sólo con el texto de ella, sino, y más que todo, con su espíritu jurídico político, puesto que —y es obvio volver sobre ello— la Constitución es además de forma de gobierno, carta de garantías personales fundamentales.

"Sobre el punto que ahora nos ocupa, consideramos que en este ordenamiento institucional, tanto en jurisdicción como procedimiento debe examinarse lo siguiente:

"1º Separación de la competencia administrativa, pues ella debe ser judicial;

"2º Libertad e igualdad en la defensa del imputado o del procesado y aun en ciertos casos del condenado (la revisión del proceso y el fallo);

"3º Motivación de las decisiones judiciales.

"La separación de la competencia de los poderes es esencial. Solamente puede juzgar y condenar en el derecho común, el Poder Judicial, es decir, los Jueces constitucionales. La potestad de la autoridad administrativa sólo concierne al ejercicio de sus poderes propios como el disci-

plinario, que tiene por objeto mantener el funcionamiento normal de la Administración reprimiendo las faltas de los agentes administrativos (sean funcionarios o empleados), revocar sus decisiones, mejorar el organismo cuando la pena disciplinaria no mejora el órgano; puede también reprimir originariamente la transgresión de normas administrativas (penas de policía), y decimos originariamente, porque ellas son revisables por los Jueces judiciales, ya que en ningún caso el Poder Ejecutivo puede juzgar (art. 95 de la C. N.), y el Ejecutivo es el mismo Poder administrador. Lo que no puede hacer el Jefe de la Administración, *a fortiori* no pueden hacerlo sus órganos dependientes. La ley no puede atribuír a estos órganos potestad judicial, sin violar el principio de separación de los poderes''.

Por lo tanto, cuando en este proceso se dictó la sentencia de primera instancia por un funcionario perteneciente a la rama administrativa del Poder Público, de libre nombramiento y remoción del Ministro de Justicia, y como comisionado de dicho Ministro, que tampoco tiene la atribución constitucional de administrar justicia, y por lo tanto, tampoco puede constitucionalmente delegar dicha función, no solamente se violaron palmariamente las normas fundamentales que organizan los poderes públicos, sino también el artículo 26 de la Carta, ''garante permanente, aun en las situaciones de más profundo desorden del inalienable derecho de defensa'', como lo reconoció la Corte Suprema, Sala Plena, en el fallo citado del 24 de julio de 1961. Por igual motivo, es decir, por el quebrantamiento de las garantías procesales reconocidas por el artículo 26 de la Constitución, esta Sala, en numerosas ocasiones, ha reconocido y declarado nulidades supralegales y casado las sentencias en procesos en que se han violado dichas garantías.

Bogotá, marzo 14 de 1962.

Primitivo Vergara Crespo

ETICA DEL ABOGADO

El profesional acusado en estos autos no incurrió en las faltas que le atribuye la querellante. Se ordena investigación contra ésta por haber procedido precipitada y temerariamente.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA PENAL.—Bogotá, marzo catorce de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales consulta su providencia de fecha treinta de noviembre del año pasado, por medio de la cual sobreseyó definitivamente a favor del abogado doctor Neftalí López López, por los cargos que le fueron formulados por la señora Trina Giraldo viuda de Jaramillo, disponiendo, al mismo tiempo, sacar copia de lo pertinente, para que se adelante la respectiva investigación por calumnia, contra la autora de la denuncia, de conformidad como lo preceptúa el inciso segundo del artículo 12 de la Ley 69 de 1945.

ANTECEDENTES

Los cargos que la denunciante señora Trina Giraldo viuda de Jaramillo le hizo al abogado Neftalí López López, quien fue su apoderado para el cobro de varias acreencias, los resume el Tribunal de Manizales, así:

"Como síntesis de los hechos puede tomarse lo siguiente: el 30 de junio del año en curso, la señora Trina Giraldo viuda de Jaramillo dirigió desde Aguadas a esta corporación el escrito visible al folio 1 y siguientes, y en el cual expresa que confirió poder al doctor Neftalí López, para que demandara por la vía ejecutiva al señor Miguel Rendón, a fin de obtener de éste el pago de una letra de cambio ya vencida, por valor superior a $ 2.500.00, así como los intereses correspondientes. Que después de ser notificado Rendón del mandamiento de pago, se presentó ante el abogado López López a efectuar arreglo amigable acerca de la deuda garantizada por la letra, y que en razón de este arreglo, Rendón entregó al doctor López la suma de $ 2.500.00 para cancelar parte de la deuda, por lo cual López le expidió a Rendón el correspondiente recibo. Agrega la denunciante que su apoderado el doctor López no la enteró de la plata que había recibido de Miguel Rendón, y que a pesar de que mandó a su hijo a solicitar de su abogado la entrega de dicho dinero, su apoderado López no ha accedido y en cambio lo retiene indebidamente.

"*El segundo cargo* contra el abogado López lo hace consistir la denunciante, en que ella le entregó al mismo profesional los créditos hipotecarios que tenía en contra del señor Blas Arbeláez, los que según la querellante suman, con capital e intereses, $ 10.087.50, a fin de que López, por medio del juicio respectivo, obtuviera para su poderdante el pago de dicha acreencia. Añade la actora que este juicio fue incoado por su procurador y que en él hubo un remate por $ 1.750.00, que recibió su mandatario, y que a ella sólo le entregaron $ 1.500.00 por este concepto. Dice que en este litigio su abogado transó con la contraparte, sin que a ella se le diera cuenta de tal transacción. Manifiesta la misma señora Trina Giraldo, que como por concepto de este juicio sólo recibió $ 1.500.00, su abogado le quedó debiendo $ 8.587.50.

"Expresa la misma señora, que también en 1960 entregó a su comisionado cuatro letras

de cambio, para ser cobradas, así: una contra Abel Zapata por $ 1.500.; otra contra Abraham Sánchez y Juan B. Márquez, por $ 11.000.00; una tercera contra Benjamín Duque, por $ 1.055.00 y una cuarta para cobrar a Rafael Duque, por $ 2.000.00. Dice que según los datos suministrados por el mismo doctor López, éste recibió por concepto de estas letras la cantidad de $ 6.333.00, de los cuales nada le ha entregado a ella.

"La querellante resume los cargos manifestando, que como por concepto del juicio contra Blas Arbeláez y los incoados para obtener el pago de las cuatro letras anteriores, el acusado sólo le entregó $ 11.000.00, por ende, le adeuda $ 3.920.50, cantidad ésta que sumada a los $ 2.500.00 que el mismo abogado recibió de Miguel Rendón, asciende a $ 6.420.50, que es la que la denunciante dice que el abogado López le retiene indebidamente".

Para comprobar sus cargos la querellante agregó al expediente los documentos siguientes: una certificación del Banco Industrial, sucursal de Aguadas, en la que consta que el doctor López pagó a aquélla la suma de $ 11.000.00, el 20 de diciembre de 1960; un recibo firmado por el acusado, en el que aparece que éste recibió de Arnoldo Henao la suma de $ 8.373.00, provenientes del juicio instaurado contra Blas Arbeláez; unos apuntes privados, sin firma, atribuídos al abogado doctor López, en los que se da cuenta de un abono por cuenta del juicio contra Blas Arbeláez y la cancelación de otras letras; por último, la certificación expedida por el Juez del Circuito de Aguadas en la que consta que dicho juzgado ordenó a la Caja de Crédito Agrario entregar al acusado la suma de $ 1.750.00, los que efectivamente recibió éste.

El profesional acusado, al contestar el traslado que se le dio de los cargos contra él formulados en memorial visible a folios 30 a 38, da una detallada y satisfactoria explicación de sus actuaciones profesionales como mandatario judicial de la acusadora, en los negocios que dieron origen a la queja formulada contra aquél.

Aparte de su memorial de descargos, el acusado doctor López allegó al expediente varias pruebas, entre ellas la declaración de José Jaramillo y algunas certificaciones de la Caja de Crédito Agrario y del Banco Industrial Colombiano, en Aguadas, en las que consta que el primero pagó a la señora Trina Giraldo de Jaramillo, durante el año de 1961, y en distintas partidas, la suma total de $ 7.680.00, suma superior a la reclamada por la denunciante, y distinta de los $ 11.000.00 que ésta confiesa recibidos del acusado.

Durante la tramitación del juicio sumario se estableció la calidad de abogado titulado del doctor Neftalí López López, con lo cual se demuestra, también, la competencia del Tribunal Superior de Manizales como Juez de primera instancia y la de esta Sala como Juez *ad quem*.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal al descorrer el traslado de rigor solicita que se confirme la providencia consultada por cuanto estima que:

"El *a quo*, al estudiar una y otra de las imputaciones hechas contra el abogado López López, plantea, en la providencia que consulta, una serie de reflexiones que por lo atinadas y justas, demuestran palmariamente que el querellado es inocente, y que la acción intentada en su contra, tendiente a lesionar su reputación profesional, ha sido sin duda temeraria.

"El *a quo* coincide en su parecer con el Ministerio Público de la instancia y pone de presente que el doctor López López no ha incurrido, con motivo de los mandatos recibidos de la señora Giraldo viuda de Jaramillo, en ninguna clase de retención indebida de dineros pertenecientes a su poderdante".

CONSIDERA LA SALA

La Sala comparte el concepto de su colaborador Fiscal y habrá, por lo tanto, de acoger su solicitud en el sentido de que se confirme la sentencia proferida en este juicio sumario por el Tribunal Superior de Manizales, ya que este proveído es acertado, legal y justo, pues en él se hace un estudio de cada uno de los cargos formulados por la señora Giraldo de Jaramillo contra el abogado doctor Neftalí López López, no solamente teniendo en cuenta los descargos y explicaciones que éste da de su conducta, sino las pruebas aportadas al juicio, de las cuales se deduce, en forma indudable, no solamente que aquélla no demostró los cargos que le hace a este profesional, y por lo tanto, que éste es inocente de toda falta en el ejercicio de su profesión como mandatario de dicha señora, sino que ésta al formular contra el expresado profesional la denuncia que originó este proceso, procedió de manera precipitada y temeraria contra su abogado; por lo cual también obró legal-

mente el Tribunal al disponer que se sacara copia de lo pertinente para que se adelante la respectiva investigación por calumnia contra la denunciante, en cumplimiento a lo ordenado por el inciso segundo del artículo 12 de la Ley 69 de 1945.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto de la Procuraduría, y de acuerdo con él, CONFIRMA en todas sus partes la providencia consultada proferida por el Tribunal Superior de Manizales el treinta de noviembre del año pasado, en el juicio sumario por faltas contra la ética profesional, adelantado contra el abogado doctor Neftalí López López.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

DERECHO DE DEFENSA DEL PROCESADO

La sentencia condenatoria acusada fue proferida en un proceso viciado de nulidad. Franca violación del derecho de defensa del procesado recurrente. Excepción de inconstitucionalidad frente a normas declaradas inexequibles. Inexequibilidad y nulidad. Jurisprudencia.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. La búsqueda de la verdad y la aplicación justa de la sanción, como objetivos primordiales del proceso penal, únicamente resultan legítimos si se asegura al sindicado una efectiva defensa.

2. Es obvio que la asistencia jurídica del procesado que el Código de Procedimiento Penal regula (arts. 104, 107, 432 y 433 entre otros), no consiste en que el apoderado únicamente tome posesión de su cargo, del mismo modo que el Juez tampoco administra justicia sólo con suscribir el acta de su posesión. Si éste no cumple sus funciones o aquél las suyas, ambos están faltando a sus deberes.

3. El juzgamiento ante Tribunal competente está también garantizado en la Constitución Nacional, pero no hace parte del derecho de defensa del procesado, ésta se manifiesta principalmente en la producción de pruebas y en las alegaciones orales y escritas.

4. Ha sido doctrina permanente de la Corte que sus decisiones sobre inexequibilidad de los preceptos legales sólo tienen efectos hacia el futuro. No se trata en tales casos de una declaratoria de nulidad del acto acusado, sino de una resolución sobre la inexequibilidad de las leyes tachadas de inconstitucionalidad y que efectivamente sean contrarias a la Carta.

5. Mientras una norma legal que sea contraria a la Constitución esté vigente (vale decir, mientras no haya sido derogada o declarada inexequible), el juzgador, en el caso sometido a su decisión, debe dejar de aplicarla con fundamento en la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 215 de la Carta; e igual cosa debe hacer si la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 214 del mismo estatuto, ha declarado ese precepto inexequible. Pero ni la declaratoria de inexequibilidad tiene efecto retroactivo, ni puede acudirse a la excepción de inconstitucionalidad respecto de una norma que ha dejado de regir.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA PENAL.—Bogotá, marzo dieciséis de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Procede la Sala a resolver sobre el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de 6 de abril de 1961, por la cual le fue impuesta a Germán Zapata García la pena de veinte (20) años de presidio, más las sanciones accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Jorge Luis Calderón Ceballos.

Por cuanto el demandante, con invocación de la causal cuarta de casación, pide la invalidación de la sentencia aludida por haberse proferido en un proceso viciado de nulidad, no es menester llevar a cabo un resumen de los hechos, siendo

suficiente señalar el desarrollo que el negocio tuvo en las instancias.

TRAMITE DEL PROCESO

Dado que los hechos de que da cuenta este negocio ocurrieron el día 22 de abril de 1960, fecha para la cual estaba vigente el Decreto extraordinario número 0012 de 1959, mediante providencia de 23 de septiembre del mismo año, declaró cerrada la investigación y designó al doctor Eliécer Suárez Ramírez como defensor de oficio del sindicado (detenido) Germán Zapata García. Antes, fueron declarados reos ausentes Marcos Marín y N. N. apodado ("El Pollo") y se les nombró como su defensor de oficio al doctor Gustavo Cortés G. Tanto éste, como el doctor Suárez Ramírez, tomaron posesión de su cargo (fs. 97 a 99 del Cdno. Nº 1).

Posteriormente, con fecha 15 de octubre de 1960, el mismo Juzgado 119 de Instrucción Criminal profirió la sentencia de primera instancia, mediante la cual dispuso lo siguiente:

"1º Condenar... a los procesados Marcos Marín... y Germán Zapata García (a. 'Toño o Toñito')... a la pena de veinticuatro años de presidio cada uno, que pagarán en el lugar que designe el Gobierno Nacional, como responsables del homicidio agravado en Jorge Luis Calderón Ceballos.

"2º Declarar... extinguida la acción penal y ordenar cesar todo procedimiento seguido contra el sindicado Juan José Betancourt Arenas... por muerte del mismo sindicado.

"3º Sobreseer temporalmente, como en efecto sobresee, al procesado N. N. (a. 'El Pollo')... como coautor material del delito de homicidio agravado en Jorge Luis Calderón Ceballos.

"4º Sobreseer temporalmente... a favor de los procesados Marcos Marín, Germán Zapata García (a. 'Toño' o 'Toñito') y N. N. (a. 'El Pollo'), como responsables del delito de robo en bienes de propiedad de Jorge Luis Calderón Ceballos.

"5º Condenar... a los mismos procesados Marcos Marín y Germán Zapata García (a. 'Toño', o 'Toñito'), a la pena de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena principal.

"6º Condenar... a los mismos procesados Marcos Marín y Germán Zapata García (a. 'Toño' o 'Toñito'), a pagar los daños y perjuicios causados con la infracción y las costas del proceso, y se ordena dar aplicación al artículo 100 del Código Penal, respecto al procesado Juan José Betancourt Arenas (extinto), en el sentido de que se haga efectiva la indemnización de perjuicios sobre los bienes del mismo causante.

"7º Reabrir la presente investigación a objeto de establecer plenamente la identidad del procesado N. N. (a. 'El Pollo'), y en orden a investigar hasta sus últimas consecuencias el delito de robo en bienes de propiedad del occiso Jorge Calderón Ceballos".

Apelado el fallo anterior, dentro del trámite de la segunda instancia, el Tribunal Superior de Ibagué dispuso que la defensa oficiosa del procesado Germán Zapata García quedara a cargo del doctor Eliécer Suárez, y la de los procesados Marcos Marín y N. N. (a. 'El Pollo') fuera servida por el doctor Gustavo Cortés. Lo cierto es, sin embargo, que ni en la primera instancia, ni durante el trámite de la segunda, los defensores de oficio presentaron alegato alguno en defensa de sus asistidos.

Agotado el procedimiento, el Tribunal Superior de Ibagué profirió la sentencia recurrida, en la cual confirma la del *a quo* salvo en cuanto lo relativo a la pena principal impuesta a los sindicados Marcos Marín y Germán Zapata García, que fijó en veinte años de presidio, para cada uno.

—

DEMANDA DE CASACION

En representación del procesado Germán Zapata García, el doctor Néstor Aya Z. pide que sea invalidada la sentencia del *ad quem*, por cuanto se profirió en un proceso viciado de nulidad.

Al efecto, y con invocación de la causal cuarta de casación, formula los siguientes cargos:

a) Que el Juez 119 de Instrucción Criminal no tenía competencia para fallar en primera instancia este proceso, por cuanto las normas del Decreto extraordinario número 0012 de 1959 son contrarias a la Constitución Nacional en todo aquello en que faculta a los Jueces de Instrucción Criminal para proferir sentencia respecto de los delitos señalados en dicho estatuto extraordinario, siendo del caso tomar en cuenta la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 215 de la Carta.

"Lo anterior...", dice el impugnante..., "cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que ya el Decreto 0012 fue declarado inconstitucional a este respecto y, por lo tanto, los actos jurídico-jurisdiccionales que no tienen aún el sello de la

ejecutoria, deben ser invalidados, por no haber nacido a la vida jurídica en la forma establecida por la Constitución Nacional".

b) Que "el proceso es nulo a partir del momento en que la defensa ha debido hacer valer sus derechos en la primera instancia y no lo hizo, y como ese momento es anterior a la sentencia de segunda instancia, es lógico y natural que ésta quedó proferida dentro de un proceso viciado de nulidad constitucional y, por consiguiente, debe ser invalidada, como respetuosamente lo solicito..."

Agrega que los sindicados "tuvieron como defensores a dos distinguidos abogados, quienes se limitaron a tomar posesión de sus cargos..., pero ninguno de ellos formuló la más insignificante petición a la justicia, en favor de sus defendidos...".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador 1º Delegado en lo Penal pide que se case la sentencia impugnada, con fundamento en el segundo cargo hecho por el demandante.

Anota, como fundamento de su solicitud, lo siguiente:

"El más importante de tales motivos es el segundo de ellos, vale decir, el referente a la violación del artículo 26 de la Carta, por no haber sido el procesado Zapata debidamente oído y vencido en juicio... ante el Juzgado 119 de Instrucción criminal, el cual no obró como juzgado instructor, sino como fallador. Tampoco fue debidamente oído y vencido ante el honorable Tribunal Superior de Ibagué, en donde, no ya por deficiencia del abogado defensor, sino por insuficiencia del fallador, se dejó sin representante o sin defensor al sindicado Zapata García, pues, es indudable que por cuenta del honorable Tribunal corría la obligación (visto el informe que se ha dejado transcrito, del cual informe ha debido el Secretario de la corporación darle traslado al Magistrado Sustanciador, sin perjuicio de que éste por sí mismo se percatara de él aun sin informe secretarial) de nombrarle otro defensor al acusado Zapata García. Dejó, por tanto, de cumplir el *ad quem* con las prescripciones generales de la Constitución y de la ley y con las especiales del Decreto legislativo número 0012 de 1959, que se estaba aplicando (artículo 8º, hoy reformado), pues ningún efecto favorable a Zapata García tuvo la disposición del Tribunal, tomada en el sentido de que la defensa ante esa entidad debía continuar 'a cargo' del abogado que se le designó para tal fin en la ciudad de Fresno, cuya distancia de Ibagué es suficiente para concluír que el patrocinio del mismo Zapata no pudo cumplirse satisfactoriamente, con más veras si se tienen en cuenta los trámites extraordinarios del Decreto legislativo aplicado.

"Y la ausencia de actuación por parte del defensor o defensores, es tanto más patente cuanto que si bien es cierto que, como lo dicen los falladores de instancias y sus respectivos colaboradores fiscales, 'no hay duda' sobre la responsabilidad de los implicados, esto no impedía el ejercicio de su defensa, sino que por el contrario, la hacía más necesaria a fin de aminorar la condena, como así sucedió, pero no en razón de la defensa, sino del sentido equilibrado del señor Fiscal del honorable Tribunal.

"Indudablemente, como lo sostienen los entendidos, una de las más importantes formas del juicio penal, es aquella que se refiere al efectivo ejercicio del derecho de defensa, precisamente por ser éste de orden público. De ahí que se concluya que la sentencia condenatoria de un reo que haya carecido de defensa, ya sea por propia incapacidad, o por no haber sido asistido realmente por su abogado, es violatoria de la ley procedimental común y de las garantías constitucionales...".

"Progresa, pues, el referenciado motivo de nulidad aducido por el actor".

Agrega lo que pasa a transcribirse:

"Habiéndose llegado por este Despacho a la conclusión anterior, podría tildarse de innecesario el análisis del otro cargo de nulidad del juicio formulado en la demanda, el cual estriba en alegar que es también nulo el proceso desde el momento en que el señor Juez de Instrucción Criminal procedió a declarar cerrada la investigación y a correrle el traslado del caso a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, luégo de lo cual dictó fallo de primera instancia, con fundamento en lo dispuesto en el artículo primero del Decreto legislativo número 0012 de 1959, artículo que posteriormente fue declarado inconstitucional en lo que precisamente dice facultar a los Jueces de Instrucción Criminal para dictar sentencia de primera vuelta.

"Mas sin embargo, cabe decir que no es del todo superfluo tratar de dicha acusación. Por consiguiente, se afirma que no puede estimarse la alegación del demandante como una excepción de inconstitucionalidad, pues ésta sólo es procedente cuando aún no se ha discutido la

exequibilidad de la disposición respectiva y, en el presente caso, no sólo esa discusión se ha agotado, sino que con respecto a la facultad atribuída por el artículo 1º del Decreto, se ha dicho que es inconstitucional, según fallo proferido por la honorable Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, con fecha 24 de julio de 1961, publicado en el número 30.582 del *Diario Oficial*.

"Tampoco puede estimarse lo alegado por el actor como demostrativo de una incompetencia de jurisdicción, ya que si bien es cierto que ésta es constitutiva de una de las dos nulidades legales que, conforme al artículo 22 del Decreto legislativo número 0012 de 1959, pueden invocarse en los procesos sometidos en su tramitación a dicho Estatuto, es evidente también que ella no fue invocada, como lo prescribe el parágrafo de ese mismo artículo 'una vez dictada la sentencia de primera instancia y ante el respectivo Tribunal'.

"Pero es evidente también que en la demanda se arguye esto otro:

'Lo anterior cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que ya el Decreto 0012 de 1959 fue declarado inconstitucional a este respecto y, por lo tanto, los actos jurídico-jurisdiccionales que aún no tienen el sello de la ejecutoria deben ser invalidados, por no haber nacido a la vida jurídica en la forma establecida por la Constitución Nacional".

"La interesante cuestión que plantea el anterior aserto, conduce a preguntarse por la influencia que pueda tener la declaratoria de inexequibilidad de un ordenamiento legal con relación a una resolución judicial dictada con anterioridad a dicha declaratoria y que no esté ejecutoriada a tiempo de ser reconocida la inconstitucionalidad de ese mismo ordenamiento.

"En este orden de ideas, es debido sostener que de una sentencia recurrida en casación, aunque se presuma legal y válida o jurídica, no puede decirse que haya quedado en firme, puesto que el recurso de casación interpuesto oportunamente con relación a ella, combate o ataca el principio de la cosa juzgada.

"De otra parte, se tiene que si se tratara de darle un efecto retroactivo a la declaración de inexequibilidad, saldría al encuentro de esta pretensión la siguiente determinación de la honorable Corte:

'Las consecuencias del fallo de inexequibilidad no trascienden a las actuaciones cumplidas con anterioridad a él, ni borran en el pasado los efectos que la ley declarada inexequible ha producido regularmente, mientras estuvo en vigor' (Sent. de 5 de agosto de 1955. —Sala Plena—. G. J., t. 80, p. 266).

"Además, téngase en cuenta que si es obvio decir que durante la tramitación del recurso de casación, el procedimiento no ha concluído ni precluído, tampoco las facultades del Ministerio Público y mucho menos, extinguídose el ejercicio del derecho de defensa, es lógico, asímismo, concluír que la declaratoria de inexequibilidad del artículo 1º del Decreto 0012 no se opone a que sea acusada una sentencia que no estuviera ejecutoriada en el momento de ser declarado inconstitucional ese mismo artículo.

"Lo anterior, llevado al caso que interesa, significa que aun cuando ya no sea aplicable el artículo 1º del Decreto 012 de 1959, la sentencia del *ad quem* sí puede acusarse en casación por no haber causado ejecutoria en el momento en que fue declarado inconstitucional el citado texto.

"Pero esa acusación que es viable formular, no es posible hacerla consistir en una incompetencia de jurisdicción, porque la declaratoria de inexequibilidad del artículo 1º tantas veces citado, no tiene efecto retroactivo. La acusación podrá, en cambio, hacerse consistir en la denuncia de una nulidad de tipo constitucional que corresponda a la violación flagrante del derecho de defensa del acusado. Alegar este menoscabo de las garantías constitucionales, es posible en casación todas las veces que la sentencia de segunda instancia, correspondiente a un proceso que en su primera instancia fue fallado por un Juez de Instrucción Criminal de acuerdo con el artículo 1º del Decreto 0012, no se halle ejecutoriada.

"Ahora bien: siendo fundada la alegación hecha en el sentido de que el acusado careció de defensa y no fue debidamente oído y vencido en juicio, es indudable que el proceso es nulo a partir del auto de noviembre 26 de 1960 (f. 125, cdno. 1º)".

LA SALA CONSIDERA

Es incuestionable que la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué fue proferida en un proceso viciado de nulidad y, por consiguiente, debe ser invalidada, si se tiene en cuenta la franca violación del derecho de defensa del procesado recurrente, consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional, pues bien puede decirse que fue vencido en juicio pero no oído en el mismo. Ninguno de los defensores que en

las instancias le fueron designados, hizo diligencia alguna relacionada con su cargo. Careció, pues, Zapata García de toda asistencia jurídica en este negocio.

La búsqueda de la verdad y la aplicación justa de la sanción, como objetivos primordiales del proceso penal, únicamente resultan legítimos si se asegura al sindicado una efectiva defensa.

Este derecho de defensa se concreta en las diferentes facultades que la ley de procedimiento le confiere al procesado para ejercitarla. Consiste, como anota Vincenzo Manzini, en una "actividad procesal dirigida a hacer valer ante el Juez los derechos subjetivos y los intereses jurídicos del imputado". Es el derecho de alegar y de probar la inocencia o cualquiera circunstancia que modifique el grado de la responsabilidad.

Expresa el tratadista Alfredo Vélez Mariconde en su obra *La situación jurídica del imputado* (Editorial "De Palma", 1944, pgs. 43 y sgs.), luégo de distinguir la defensa material y formal, que la primera es la que lleva a cabo el sindicado "mediante manifestaciones que puede hacer en el proceso, declarando cuantas veces quiera en la instrucción y en el juicio, siempre que ellas sean pertinentes", o guardando silencio, ya que "también puede abstenerse de declarar"; y que la segunda, o formal, "se ejerce mediante instancias, alegatos y observaciones que se basan en normas de derecho sustantivo o procesal...", la cual exige "conocimientos jurídicos de que el imputado, en la mayoría de los casos, carece; sin ellos, él no se podría defender eficazmente, y la defensa, por ende, no respondería a los fines de su institución".

El artículo 26 de la Constitución Nacional manda que a nadie se le juzgue "sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

Las expresiones *formalidades legales, plenitud de forma en cada juicio,* empleadas en la Carta, "son fórmulas con que ésta ordena la observancia de los siguientes requisitos, aparte de otros en ellos declarados expresamente... d), que el procedimiento en todos estos casos garantice al sindicado los medios de defensa..." (Sent. de la Corte, de 13 de noviembre de 1928, G. J., t. XXXVI, p. 203).

Y el Código de Procedimiento Penal, al ocuparse de esta trascendental garantía, dispone que el sindicado cuente con la asistencia jurídica de quien pueda adelantar su defensa y realmente la lleve a cabo (Arts. 104, 107, 432 y 433, entre otros).

Al respecto, es obvio que esta asistencia jurídica no consiste, como ocurrió en este proceso, en que el apoderado únicamente tome posesión de su cargo, como tampoco el Juez administra justicia sólo con suscribir el acta de su posesión. Si éste no cumple sus funciones o aquél las suyas, ambos están faltando a sus deberes.

"No puede negarse...", dice también la Corte..., "que entre las formas propias del juicio penal, son de extraordinaria importancia aquellas que se refieren al ejercicio efectivo del derecho de defensa, y las dos manifestaciones primordiales de éste son la producción de pruebas y los alegatos orales o escritos. La sentencia que condena a un reo sin que los Jueces hayan oído su defensa, o sin que se le hayan dado los medios de aducir pruebas, es violatoria, no sólo de la ley de procedimiento, sino también de la Constitución Nacional" (G. J., t. LXXVI, Nº 2134, pgs. 434 y sigs.).

Cabe anotar, sí, que la violación de los preceptos sobre la competencia de los Jueces no hace parte del derecho de defensa, como sin fundamento lo asevera el señor Agente del Ministerio Público, para desprender las consecuencias que él indica en los últimos párrafos transcritos de su vista. El juzgamiento ante tribunal competente está también garantizado en la Constitución Nacional, pero, como se dejó dicho, no corresponde a la facultad que el procesado tiene de defenderse, defensa que se manifiesta principalmente en la producción de pruebas y en las alegaciones orales o escritas, como dice la Corte en la providencia ya citada.

Prospera, en consecuencia, el segundo cargo hecho por el demandante a la sentencia, pues se profirió en un juicio viciado de nulidad.

El procedimiento debe ser repuesto, con aplicación de las normas hoy vigentes (Código de Procedimiento Penal), desde el auto que declaró cerrada la investigación, fechado el 23 de septiembre de 1960 (f. 98 vto. del cdno. Nº 1).

Ahora bien:

Habiéndose concluído en lo anterior, bien podría resultar innecesario el examen del primer cargo que hace el demandante con apoyo, también, en la causal cuarta de casación, si los argumentos por él aducidos no tuvieran, como tienen, indiscutible importancia.

Por esta razón y por cuanto la Sala rechazó el proyecto del Magistrado, doctor Primitivo Vergara Crespo, únicamente porque la invalidación de la sentencia recurrida la apoyó en el

estudio único de este primer cargo, la Sala entra a ocuparse de él mediante las siguientes consideraciones:

a) Es improcedente en este caso la previsión contenida en el artículo 215 de la Carta, pues los preceptos del Decreto 0012 de 1959, que el demandante señala como contrarios a la Constitución Nacional, fueron declarados inexequibles por la Corte, mediante sentencia de 24 de julio de 1961, publicada en el número 30.582 del *Diario Oficial*. Y resulta un contrasentido admitir, que en la actualidad se estime en vigor una norma ya derogada precisamente por ese fallo, a fin de tomar una decisión jurisdiccional como la que solicita el impugnante.

El mencionado artículo 215, al disponer que "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales", se refiere, lógicamente, a normas legales que estén vigentes en el momento de juzgar. Y en este asunto, la Sala no se encuentra ante esa situación, pues, se repite, la sentencia mencionada dejó sin vigor los preceptos señalados por el demandante, que le daban a los Jueces de Instrucción Criminal competencia para fallar en primera instancia, respecto de determinados delitos.

b) No puede admitirse, asímismo, que el fallo del Tribunal Superior de Ibagué sea invalidado con apoyo en la declaración de inexequibilidad de algunas previsiones del Decreto extraordinario número 0012 de 1959, hecha por la Corte en sentencia de 24 de julio de 1961, ya citada, porque las resoluciones sobre inexequibilidad únicamente tienen efectos hacia el futuro.

En Acuerdo fechado el 17 de julio de 1915 dijo esta corporación que "las sentencias sobre inexequibilidad de las leyes sólo pueden obrar para el futuro. Si tuvieren efecto retroactivo y alcanzaran a anular las leyes desde su origen, ningún derecho habría firme, y la inseguridad social y la zozobra serían permanentes y mayores cada día" (G. J., t. XXIII, p. 432).

Posteriormente, en diversos fallos, la Corte ha sostenido la misma doctrina, a saber:

"El fallo que declara la inexequibilidad de una ley, equivale ordinariamente a una derogación del texto declarado inconstitucional, no a una declaración de nulidad absoluta de derecho civil común, que reponga las cosas al estado anterior..." (G. J., t. XXXIV, p. 150).

"La decisión de inexequibilidad se proyecta sobre el futuro y no sobre el pasado; en principio, ella no produce los efectos de una declaración de nulidad absoluta, sino los de una derogatoria de la norma acusada. Por tanto, las consecuencias del fallo de que se trata no trascienden a las actuaciones cumplidas con anterioridad a él, ni borran en lo pasado los efectos que la ley declarada inexequible ha producido regularmente mientras estuvo en vigor" (G. J., t. LXXX, p. 266).

En fallo de 28 de octubre de 1922, que resolvió sobre la solicitud de "nulidad" (así se dice en la demanda) del artículo 1º de la Ley 10 de 1921, "porque viola el artículo 31 de la Constitución", y de suspensión de los efectos de una sentencia del Consejo de Estado fundamentada en el precepto acusado de inconstitucional, se dijo lo siguiente (G. J., t. XXIX, Nº 1524, pp. 285 a 286):

"La Corte Suprema considera, de acuerdo en esto con el señor Procurador General de la Nación, cuyos conceptos comparte, que no tiene facultad para hacer las declaraciones pedidas.

"No la primera, porque el artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910 —citado por el actor en apoyo de su demanda— confiere a la Corte la facultad de decidir sobre la exequibilidad de las leyes acusadas como inconstitucionales, pero no para declararlas nulas. La nulidad es cosa distinta de la inexequibilidad. La primera invalida el acto desde su origen, la segunda no, apenas impide que continúe cumpliéndose. Tal es la jurisprudencia sentada por la Corte Plena en el Acuerdo número 3 de 17 de julio de 1915 (G. J., Nos. 1199 y 1200).

"Es claro, por tanto, que si la Corte decidiera sobre la nulidad pedida, daría a este vocablo una significación idéntica al de inexequibilidad siendo así que hay entre los dos la diferencia que indica la doctrina antes expuesta; y violaría, por ende, la regla de procedimiento conforme a la cual la sentencia definitiva debe recaer sobre lo pedido, y nada más que sobre esto (Código Judicial, art. 835).

"En cuanto a la segunda declaración impetrada por el demandante, es palpable que la Corte carece también de facultad para hacerlo. Ninguna disposición la autoriza para ello, y antes bien existe la del artículo 93 de la Ley 130 de 1913, que prohibe a la justicia ordinaria revisar las sentencias ejecutoriadas de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo".

Ha sido, pues, doctrina permanente de la Corte que sus decisiones sobre inexequibilidad de los preceptos legales sólo tienen efectos hacia el futuro. No se trata, en tales casos, de una declaratoria de nulidad del acto acusado, sino

de una resolución sobre la inexequebilidad de las leyes tachadas de inconstitucionalidad y que efectivamente sean contrarias a la Carta.

Comentando esta doctrina, el doctor Alvaro Copete Lizarralde dice que "está muy puesta en razón, estando consagrada en nuestra Carta la excepción de inconstitucionalidad" (*Lecciones de derecho constitucional,* Edit. "Temis", Bogotá, 1957, p. 245). En efecto, anota la Sala, mientras una norma legal, que sea contraria a la Constitución, esté vigente (vale decir, mientras no haya sido derogada o declarada inexequible), el juzgador, en el caso sometido a su decisión, debe dejar de aplicarla con fundamento en la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 215 de la Carta; e igual cosa debe hacer, si la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 214 del mismo estatuto, ha declarado ese precepto inexequible. Pero ni la declaratoria de inexequibilidad tiene efecto retroactivo, ni puede acudirse a la excepción de inconstitucionalidad respecto de una norma que, como ocurre en este proceso, ha dejado de regir.

Lo expresado es suficiente para concluír que no prospera el primer cargo hecho por el demandante a la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de que se ha hecho mención.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo en parte con el concepto del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, CASA la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de 6 de abril de 1961, a fin de que se reponga el procedimiento en la forma indicada en la parte motiva de este fallo, invalidación y nulidad que se extiende a todos los procesados.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso a la oficina de origen.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez Abad; salvo mi voto, *Primitivo Vergara Crespo.*

Pioquinto León, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR PRIMITIVO VERGARA CRESPO

No comparte el Magistrado disidente los términos generales e irrestrictos con que la Sala formula la tesis de la llamada preclusión de la excepción de inconstitucionalidad.

Aunque el suscrito Magistrado está de acuerdo con la parte resolutiva del anterior fallo de la Sala y con los considerandos de dicho fallo, con respecto al segundo cargo formulado por el actor en su demanda de casación, no obstante se ve precisado a salvar su voto en lo relacionado con el primer cargo propuesto por el demandante, por cuanto estima, en desacuerdo en esto con la mayoría de la Sala, que ha debido acogerse este cargo por las razones que ya tuvo ocasión de exponer en reciente salvamento de voto, de fecha 14 de los corrientes, en los términos siguientes:

"Considero que a la tesis de la llamada preclusión de la excepción de inconstitucionalidad, excepción que el actor alega en este caso con fundamento en lo dispuesto en el artículo 215 de la Constitución, para sustentar el recurso de casación, con invocación de la causal cuarta, no debe razonablemente dársele la aplicación general e irrestricta que la Sala le da en este caso, al afirmar que dicha excepción es improcedente ahora, porque "los preceptos del Decreto 0012 de 1959, que el impugnante estima contrarios a la Carta, fueron declarados inexequibles por la Corte mediante sentencia de 24 de julio de 1961".

"Estimo que para saber hasta dónde es aceptable la tesis sobre la preclusión de la excepción de inconstitucionalidad, que consiste en que des-

pués de que la Sala Plena de la Corte falla una acción de inconstitucionalidad, de conformidad con el artículo 214 de la Carta, no puede proponerse la excepción de inconstitucionalidad, que consagra el artículo 215 de la misma, se debe tener en cuenta, ante todo, el contenido de la sentencia proferida por la Sala Plena de la Corte en ejercicio de la atribución que le confiere aquel artículo.

"Así, si el fallo de la Corte resuelve que la norma legal acusada es exequible, y por lo tanto, constitucional, es razonable y lógico que con posterioridad a dicho fallo, ni Juez, ni funcionario alguno, a quien la Constitución o la ley reviste de facultades jurisdiccionales, pueda negarse a aplicar dicha norma, ni por vía de excepción propuesta por quien se considere lesionado con su aplicación, pues ello equivaldría a permitir que se pudiera provocar una decisión jurisdiccional para desconocer la autoridad de cosa juzgada que el fallo de la Corte tiene en este caso, como toda sentencia firme, el cual, además, produce efectos *erga omnes*.

"Pero si, por el contrario, la Sala Plena de la Corte declara inexequible o inconstitucional la norma legal acusada, no se ve por qué razón la sentencia que así lo decida pueda inhibir el posterior ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad, para obtener que no se aplique la misma norma que la Corte declaró inconstitucional.

"De aplicarse en este último caso la preclusión de la excepción de inconstitucionalidad se llegaría a la conclusión paradójica de que ninguna persona que se considere perjudicada por la aplicación de una norma legal que estime inconstitucional y que la Corte declaró inexequible, podría intentar la no aplicación de dicha norma, por vía de excepción en un proceso, precisamente por el motivo de que con anterioridad ya había sido declarada inexequible por la Corte Suprema, en sentencia que decidió acerca de la acción de inconstitucionalidad propuesta por cualquier ciudadano en ejercicio del derecho que le otorga el artículo 214 de la Carta.

"Por otra parte, no debe perderse de vista que la excepción de inconstitucionalidad que consagra el artículo 215 de la Carta, y que puede ejercitar toda persona natural y jurídica, aun cuando no sea ciudadano colombiano, es, ante todo, un medio de defensa que toda persona que se considere perjudicada en su derecho por la aplicación de una norma legal, inconstitucional, puede hacerlo valer en cualquier momento, en un proceso dado, y que por lo tanto, dicho medio de defensa debe permitirse en cuanto él no sea incompatible con una sentencia de la Sala Plena de la Corte, dictada al decidir sobre una acción de inconstitucionalidad.

"Por lo tanto, se concluye que el fallo de la Sala Plena de la Corte Suprema, de fecha del 24 de julio del año pasado, que declaró inexequible el artículo primero del expresado Decreto, en la parte que facultó a los Jueces de Instrucción Criminal, dependientes del Ministerio de Justicia, para fallar en primera instancia como comisionados de este Ministerio, los procesos a que se refiere dicho Decreto, no inhibe en este caso el posterior ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad, que el actor propone en su demanda para impugnar la sentencia acusada con invocación de la causal cuarta de casación.

"No se trata tampoco de darle al fallo de la Corte efecto retroactivo, como lo entiende la Sala, con apoyo en jurisprudencia de la Corte, que cita, y de acuerdo con la cual los fallos que profiere esta entidad para desatar una acción de inconstitucionalidad no pueden tener efecto retroactivo en ningún caso, puesto que con la invocación de la excepción de inconstitucionalidad en este proceso, no se quebranta la autoridad de la cosa juzgada, por cuanto la sentencia impugnada no ha adquirido hasta ahora la dicha autoridad ni está en firme, pues "una sentencia recurrida en casación, aunque se presuma legal o válida o jurídica, no puede decirse que haya quedado en firme, puesto que el recurso de casación interpuesto oportunamente con relación a ella, combate o ataca el principio de la cosa juzgada".

"Estimo, por lo tanto, que la excepción de inconstitucionalidad propuesta por el actor, alegando que el fallo de primera instancia fue proferido por el señor Juez 119 de Instrucción Criminal, por comisión del Ministerio de Justicia, aplicando la autorización concedida al respecto por el artículo 1º del Decreto 0012 de 1959, que en esta parte es y fue declarada inexequible por la Corte, no debió rechazarse, sino por el contrario, dársele acogida y casarse la sentencia acusada, invalidando lo actuado desde el auto que cerró la investigación, a fin de que se repusiera lo actuado, pues el cargo de ser nulo el proceso por haber sido fallado en primera instancia por un Juez de Instrucción, quien obró por comisión del Poder Ejecutivo, Ministerio de Justicia, debe prosperar, ya que el artículo 1º del citado Decreto, en dicha parte es violatorio de la Constitución, como lo sostiene y demuestra el demandante, entre otras razones, por los motivos que al respecto la Sala Plena de la Corte expuso y tuvo en cuenta en su fallo del 24 de

julio del año pasado para declarar inexequible la norma expresada.

"Como el suscrito acata los considerandos de dicho fallo, considera oportuno reproducirlos aquí en lo relacionado con el tema que se estudia, así:

'5. No autoriza, pues, en modo alguno al Gobierno el artículo 61 de la Constitución para suplantar en cualquier grado la actividad jurisdiccional de la República con sólo declarar turbado el orden público y el estado de asedio parcial o total. Es necesario, además, que objetivamente los Jueces no puedan cumplir su función privativa de administrar justicia.

'Si así no sucede, si en concreto los Jueces no están en circunstancias impeditivas del ejercicio de sus atribuciones, resulta evidente el desvío de poder cuando se confiere a las autoridades políticas la función de administrar justicia, constitucionalmente propia de los Jueces, mientras la perturbación en los hechos no sea de tal naturaleza grave que estén en incapacidad actual de ejercerla.

'Por consiguiente, la tarea de restaurar el orden público en tales eventualidades supone la remoción de los obstáculos de hecho que impidan la actividad jurisdiccional; pero de ningún modo y en ningún tiempo la creación de obstáculos de derecho que le cercenen o arrebaten sus atribuciones emanadas directamente de la Constitución Nacional.

'6. Aparentemente la función falladora acumulada a la actividad instructiva confiere agilidad y presteza a la faena eliminatoria de los estados de violencia perturbadores del orden público. Pueden verse en la medida altas razones encaminadas al logro de la normalidad por el empleo de instrumentos adecuados a la pronta y eficaz lucha contra la delincuencia como garantía del sosiego público.

'Pero el examen institucional de la cuestión descubre el espejismo y no permite recibir el sistema profundamente perturbador que suplanta la actividad de los Jueces y les arrebata la competencia que de derecho y en los hechos, están capacitados para ejercer; que en todo tiempo, y mayormente en casos de emergencia, puede y debe recibir todo el estímulo natural e indispensable para su oportuno, eficaz y ágil desempeño, con sólo proveer por los cauces constitucionales todos los elementos morales y materiales en respaldo de función tan elevada, y todo el personal extraordinario que las circunstancias demanden; que con la justicia haya justicia, para contrarrestar debidamente el peligro de la violencia endémica, y atender y hacer frente al aumento de los procesos punitivos en curso, cuyos trámites, además, pueden hacerse tan rápidos como lo permita la salvaguardia del derecho de defensa ante jueces competentes.

'No lo son en derecho, sino apenas circunstanciales, cuando fuera de los casos extremos que el artículo 61 contempla, la justicia se administra por funcionarios políticos, comisionados por la autoridad política con impacto directo que rompe todas las normas fundamentales que organizan la separación de los poderes públicos, no menos que el artículo 26 de la Carta, garante permanente, aun en las situaciones de más profundo desorden, del inalienable derecho de defensa.

'No cabría demostrar el imposible de que el ejercicio de la atribución constitucional de nombrar Jueces por los Tribunales del Distrito Judicial sea en modo alguno contrario al restablecimiento del orden público, o que dichas corporaciones se hayan denegado a cumplir esa función, o que estén dispuestas al nombramiento oportuno de tantos Jueces cuantos el Gobierno considere necesarios para atender circunstancias de emergencia.

'7. Por consiguiente: si en contradicción con la estructura fundamental de la Carta, el Gobierno toma para sí atribuciones que a la rama jurisdiccional del poder público competen aun en estado de sitio, no hay incertidumbre en encontrar que el acto gubernamental, no obstante la notoria rectitud de intención y móviles patrióticos que lo inspiran, rebasa los poderes excepcionales que le otorga el artículo 121 para restablecer el orden público y viola las normas de la Constitución que ordenan el funcionamiento separado de los poderes públicos, aparte del artículo 26 en la garantía de defensa ante Juez competente, en cuanto a los textos del Decreto legislativo número 12, de 4 de junio de 1959 que otorgan a los llamados Jueces de Instrucción Criminal que actúen por comisión del Ministerio de Justicia, competencia para «fallar en primera instancia», los procesos que el artículo 1º enumera y determina.

'Son, pues, inexequibles las atribuciones que con exceso de los poderes de simple policía se conceden en el referido Decreto legislativo a los Jueces de Instrucción Criminal dependientes del Ministerio de Justicia, para administrarla y fallar en materias de competencia privativa de los Jueces verdaderos'.

"De modo que la expresión 'ante Tribunal competente', empleada por el artículo 26 de la Constitución, debe entenderse con relación, no

sólo a los Tribunales propiamente dichos, sino por extensión a los Jueces que forman parte de la rama del Poder Judicial o jurisdiccional, a los cuales la misma Carta confía, como misión propia y exclusiva, la función constitucional de administrar justicia; función que no puede desconocerles ni arrebatarles, ni aun con ocasión de una declaratoria del estado de sitio, el Poder Ejecutivo, ni el Poder Legislativo, sin incurrirse en el quebrantamiento 'de las normas fundamentales que organizan la separación de los poderes públicos, no menos que el artículo 26 de la Carta, garante permanente, aun en las situaciones de más profundo desorden, del inalienable derecho de defensa'.

"Por lo tanto, la prerrogativa de ser juzgado únicamente por Juez 'competente', es decir, por quien tiene la misión constitucional de administrar justicia, con independencia y sin sujeción a los otros poderes públicos, constituye una verdadera garantía de orden constitucional jurisdiccional de la defensa de la libertad personal, que no se puede violar sin incurrirse en una nulidad de orden supralegal.

"Por eso expresa, con todo acierto, el constitucionalista argentino Rafael Bielsa, que:

'En todo ordenamiento, tanto jurisdiccional como procesal o dinámico, debe instituírse un sistema congruente con los principios y garantías de la Constitución, no sólo con el texto de ella, sino, y más que todo, con su espíritu jurídico-político, puesto que —y es obvio volver sobre ello— la Constitución es además de forma de gobierno, carta de garantías personales fundamentales.

'Sobre el punto que ahora nos ocupa, consideramos que en este ordenamiento institucional, tanto en jurisdicción como procedimiento debe examinarse lo siguiente:

'1º Separación de la competencia administrativa, pues ella debe ser judicial;

'2º Libertad e igualdad en la defensa del imputado o del procesado y aun en ciertos casos del condenado (la revisión del proceso y el fallo);

'3º Motivación de las decisiones judiciales.

'La separación de la competencia de los poderes es esencial. Solamente puede juzgar y condenar en el derecho común, el Poder Judicial, es decir, los jueces constitucionales. La potestad de la autoridad administrativa sólo concierne al ejercicio de sus poderes propios como el disciplinario, que tiene por objeto mantener el funcionamiento normal de la administración reprimiendo las faltas de los agentes administrativos (sean funcionarios o empleados), revocar sus decisiones, mejorar el organismo cuando la pena disciplinaria no mejora el órgano; puede también reprimir originariamente la transgresión de normas administrativas (penas de policía), y decimos originariamente, porque ellas son revisables por los Jueces judiciales, ya que en ningún caso el Poder Ejecutivo puede juzgar (art. 95 de la C. N.), y el Ejecutivo es el mismo Poder administrador. Lo que no puede hacer el Jefe de la Administración, *a fortiori* no pueden hacerlo sus órganos dependientes. La ley no puede atribuír a estos órganos potestad judicial, sin violar el principio de separación de los poderes'.

Por lo tanto, cuando en este proceso se dictó la sentencia de primera instancia por un funcionario perteneciente a la rama administrativa del Poder Público, de libre nombramiento y remoción del Ministro de Justicia, y como comisionado de dicho Ministro, que tampoco tiene la atribución constitucional de administrar justicia, y por lo tanto, tampoco puede constitucionalmente delegar dicha función, no solamente se violaron palmariamente las normas fundamentales que organizan los poderes públicos, sino también el artículo 26 de la Carta, "garante permanente, aun en las situaciones de más profundo desorden, del inalienable derecho de defensa", como lo reconoció la Corte Suprema, Sala Plena, en el fallo citado del 24 de julio de 1961. Por igual motivo, es decir, por el quebrantamiento de las garantías procesales reconocidas por el artículo 26 de la Constitución, esta Sala, en numerosas ocasiones, ha reconocido y declarado nulidades supralegales y casado las sentencias en procesos en que se han violado dichas garantías.

Bogotá, marzo 16 de 1962.

Primitivo Vergara Crespo

SE ORDENA LA REVISION DE UN JUICIO

Se había impuesto al procesado, como infractor del Decreto 014 de 1955, la medida de seguridad consistente en la relegación a una colonia agrícola. Prospera la causal 5ª de revisión.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

"Aunque en este proceso no puede afirmarse que aparezcan hechos nuevos en sentido estricto, no es menos cierto que sí se han demostrado en cambio indicios graves de inocencia o irresponsabilidad, los cuales, dadas las modalidades del caso sub judice, son suficientes para que se reabra un juicio en que pudo haberse cometido un error judicial, error cuya enmienda constituye la finalidad primordial de la revisión.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA PENAL.—Bogotá, diez y seis de marzo de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Obrando como apoderado especial de Genaro Forero Guasca, el doctor Alfonso Romero Aguirre, abogado titulado e inscrito, ha pedido a esta Sala de la Corte "que se revisen las sentencias de primera instancia proferidas por el señor Juez 248 de Instrucción Criminal de Bogotá, el día 11 de julio de 1961, y la de segunda instancia proferida por el señor Juez Primero Superior de Policía, con el número 67, el 24 de julio de 1961, ambas ejecutoriadas y en vía de cumplimiento", fallo este último cuya parte resolutiva, en lo pertinente, es del siguiente tenor:

"*Primero.* Confirmar, como en efecto confirma en todas sus partes, la sentencia apelada de fecha once (11) de julio del corriente año de mil novecientos sesenta y uno (1961), visible a los folios 58 a 63 del cuaderno original y mediante la cual el señor Juez doscientos cuarenta y ocho (248) de Instrucción Criminal impuso en este asunto a Genaro Forero Guasca, de condiciones civiles conocidas en autos, en su carácter de infractor del numeral 21 del artículo 7º del Decreto 0014 de 1955 y con aplicación del artículo 26 ibídem, la medida de seguridad consistente en relegación en colonia agrícola por un término de dos (2) a seis (6) años".

A la demanda acompañó el actor los documentos que estimó procedentes para satisfacer las exigencias del artículo 572 del Código de Procedimiento Penal.

Mediante providencia del once de septiembre último se dio trámite al recurso extraordinario en debida forma, ordenándose abrir el negocio a pruebas por el término previsto en el artículo 573 ibídem y disponiéndose reclamar al Juzgado del conocimiento el proceso original.

De las pruebas solicitadas por el actor durante el término probatorio, la Sala decretó la práctica de aquellas que consideró conducentes, habiéndose recibido así los testimonios de Julia de Torres (f. 79), Faustino Cubillos (f. 81), Fernando Roa (f. 82), Vicente Fernández Ruiz (f. 85), Paula Cortés de Sánchez (f. 87), César Morales (f. 89 vto.), José Germán Rodríguez (f. 92) y Sandalio Torres (f. 94).

Finalmente, se corrieron los traslados a que se refiere el artículo 574 del Código de Procedimiento Penal. Concluída, pues, la actuación, la Corte procede a decidir sobre el mérito del recurso.

LOS HECHOS Y LA DEMANDA

Fueron resumidos por la sentencia de segundo grado, en los siguientes términos:

"César Morales reside con su esposa Resurrección Torres, su hermano Lucas Morales y su cuñado José del Carmen Torres, en la casa número 47-63 de la calle 72A de esta ciudad. Hallándose entregados al sueño, a eso de las tres de la madrugada del veinte de mayo de este año (1961, aclara la Sala) oyeron ruidos en el solar de la casa; se levantaron, nada anómalo observaron en principio, pero como las gallinas que allí tienen continuaran asustadas y el perro cuidandero ladrando, volvieron a salir y ya vieron un hombre agazapado en un rincón del gallinero, sujeto que fue aprehendido y abofeteado por don César, por cuanto aquél se le avalanzó con intención de agredirlo. De allí lo condujeron al Permanente de San Fernando, en donde dijo llamarse Genaro Forero Guasca, 'y que estaba herido porque lo habían botado de un tercer piso', 'cosa que para mí es incierta —agrega Morales— ya que se encuentran rastros de que este sujeto, a quien no había visto nunca hasta esa noche, penetró por encima de la pared...".

Para solicitar la revisión del proceso el señor apoderado de Forero Guasca invoca la causal 5ª del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal: "Cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad".

Como acertadamente lo indica el señor Procurador en su concepto o alegato de fondo, el aspecto fundamental de la demanda se halla contenido en el capítulo que el actor intitula *Planteamiento de la causal,* concebido así:

"Después de la condenación:

"a) Aparecen hechos nuevos;

"b) Se presentan pruebas no conocidas al tiempo de los debates.

"Esas piezas nuevas, establecen:

"a) La inocencia de Forero Guasca.

"b) La irresponsabilidad del condenado.

"c) Superan la fuerza de los indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad.

"Las declaraciones de doña Paula Cortés de Sánchez y don José Germán Rodríguez, prueban:

"Que en la madrugada del 20 de mayo, viniendo de la velada del 19 había amanecido tomando trago Genaro Forero Guasca.

"2. Que él estaba con el temor reverencial y que a pesar de estar supremamente embriagado pensaba en el miedo al padre.

"La declaración del señor César Morales, ante el Inspector Veinte de Policía, cercano vecino de su casa, demuestra:

"a) Que no es verdad que se trate de haber sido encontrado Forero en *habitación.*

"b) Que no sufrió ninguna clase de perjuicios, y

"c) Que no resistió en ninguna forma al dueño del patio y que sabe que se trata de una persona honorable.

"Las declaraciones de Julia de Torres, Diego Fernández Amaya, Faustino Cubillos, Fernando Roa, Vicente Fernández Ruiz, Sandalio Torres, demuestran:

"a) Que ha existido y existe en este joven el temor reverencial por su padrino y padre de crianza;

"b) Que no porta llave de su casa, y

"c) Que por eso buscaba la manera de llegar a su habitación sin que se diera cuenta del estado de embriaguez en que estaba;

"d) Que estaba embriagado Forero; y que su conducta en todo sentido ha sido intachable.

"La inspección ocular en los tres inmuebles, demuestra:

"a) Que el gallinero no estaba ni en la sala ni en la alcoba de la casa de habitación, sino en el patio delantero;

"b) Que es perfectamente factible y fácil que subido el muro del patio de don César Morales, Forero atravesara por el muro de la casa contigua, y por él llegar al techo de su propia casa, a cuyo nivel queda la habitación personal de él, en donde él duerme o ha dormido siempre" (fs. 67 y 68, cuaderno de la Corte).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Al fijar su criterio sobre la demanda, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal puntualiza, en primer lugar, cómo algunos de los hechos considerados como "nuevos", en sentir del actor, no tienen el carácter de tales, conforme a la ley y a la jurisprudencia. A continuación, el señor Agente del Ministerio Público destaca aquella que, en su concepto, sí revisten el carácter de tales. Expresa el colaborador fiscal al respecto:

"De las pruebas aportadas durante el trámite del presente recurso se llegan a establecer como hechos nuevos, los siguientes:

"1º Que Genaro Forero Guasca profesa hacia Sandalio Torres, su padrino y en cuya casa vivía, un verdadero temor reverencial, lo que determina que aquél procure no contrariarle en ningún sentido, hasta el extremo de evitar que Sandalio Torres se entere de las libaciones de licor que acostumbra a llevar a cabo Forero Guasca. Sobre el particular es diciente lo que afirma el mismo Sandalio Torres, en estos términos:

'... Como padre adoptivo que soy de Genaro Forero Guasca me consta que su conducta siempre ha sido ejemplar, que nunca llega a la casa en estado de embriaguez y que siempre ha sido obediente y respetuoso para conmigo, QUE ME TIENE UN RESPETO BESTIAL, que ha sido cumplidor de sus deberes y obligaciones como hijo adoptivo. Agrego a lo que dije en mi declaración rendida en la Inspección, que Genaro Forero Guasca nunca ha querido que yo le adadvierta que trasnoche o que se emborrache, pues yo soy delicado en eso y no se lo permito nunca... (La mayúscula es de este Despacho) (f. 95 del cuad. 2º)'.".

En igual sentido se pronuncian, en forma uniforme y explicativa, las personas siguientes: Julia de Torres (f. 79), Faustino Cubillos (f. 81), Fernando Roa (f. 82) y Vicente Fernández (f. 85).

"Lo anterior significa que, evidentemente, es un hecho nuevo y no debatido en las instancias, el profundo respeto que hacia su padre adoptivo profesa Forero Guasca; lo cual ha determinado que éste trate de impedir que aquél se dé cuenta de su estado cuando Forero Guasca se embriaga. Ello, a su vez, explica satisfactoriamente que dicho condenado procure llegar a su casa aun escalando las paredes de las casas vecinas para poder penetrar en la de Sandalio Torres. Aquí aparece otro nuevo hecho viable para la demostración de la causal 5ª de revisión. En verdad: 2º La diligencia de inspección ocular visible al folio 54 y siguientes del cuaderno 2º ha dejado establecido plenamente que es factible, físicamente y sin mayor dificultad, cruzar por el muro de la casa de César Morales, por el de la casa vecina a ésta, para así llegar al techo de la casa de Sandalio Torres y penetrar en ella, lugar donde vive Forero Guasca. También quedó probado que el gallinero donde fue hallado el condenado la noche de autos se encuentra 'en el interior, al pie del mismo muro' de la casa de César Morales.

"Ahora bien: los mencionados hechos nuevos, si bien no son demostrativos plenamente de la inocencia o irresponsabilidad de Genaro Forero Guasca, al menos constituyen indicios graves de aquéllas, pues no se requiere mayor esfuerzo dialéctico para encontrar notables visos de verdad en la versión suministrada en la demanda, a saber: que Forero Guasca acostumbraba llegar a su casa a través del muro de los predios vecinos, todo para evitar que Sandalio Torres, su padre adoptivo, se enterara del estado de embriaguez de Forero Guasca. Ello se evidencia, si, por otra parte, se tiene en cuenta que éste no tenía llaves de la casa. La misma testigo Paula Torres de Sánchez (f. 87) asevera que la noche de autos Forero Guasca le manifestó 'que de todas maneras tenía que entrar a su casa esa noche, que no teniendo llave, TENDRIA QUE ENTRAR POR LA PARTE VECINA A SU CASA DE HABITACION' (La mayúscula, de esta Procuraduría).

"Y si lo anterior es admisible resulta que hay motivos fundados para presumir como inocente a Forero Guasca de la conducta punible que se le atribuyó en el proceso. Los hechos nuevos presentados por el demandante así lo demuestran, y por tal motivo la causal 5ª de revisión está llamada a prosperar, en concepto de este Despacho".

Fundado en las antedichas consideraciones, el señor Procurador solicita de la Corte que ordene la revisión del proceso en estudio y decrete la libertad provisional del condenado Genaro Forero Guasca, en armonía con lo dispuesto en los artículos 574 y 575 del Código de Procedimiento Penal.

SE CONSIDERA:

1. Es pertinente, con fundamento en la causal invocada, alegar el recurso propuesto, conforme al artículo 76 del Decreto número 0014 de 1955, que textualmente expresa: "Contra las sentencias ejecutoriadas habrá lugar al recurso extraordinario de revisión ante la Corte Suprema de Justicia, en los casos contemplados por los numerales 3º, 4º y 5º del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal".

2. La buena conducta del procesado, como lo ha expresado la Corte en repetidas oportunidades, carece de atinencia directa en el recurso de revisión. Además, tal circunstancia fue tomada en cuenta en las instancias, y por ello los juzgadores le impusieron la sanción mínima que era dable aplicarle.

Igual consideración cabe hacer con respecto al hecho de que el procesado "fue sorprendido dentro de la casa del señor Morales", extremo que los falladores de instancia encontraron probado. Se trata, pues, de un hecho ya debatido que no puede, por tanto, ser aducido en revisión al amparo de la causal 5ª. Por otra parte, es obvio que la interpretación que los juzgadores de primera y segunda instancia hayan dado a los términos "dentro de habitaciones", utilizados por el legislador en el numeral 21 del artículo 7º del Decreto 0014 de 1955, disposición dentro de la cual aquéllos estimaron inmersa la conducta del procesado, no puede ser objeto de nuevo debate de revisión, dadas las características y el ámbito propios de este recurso extraordinario.

Finalmente, las circunstancias de hallarse Forero Guasca en estado de embriaguez la noche de autos; de que en la misma noche no portara llave de su casa de habitación; de que el señor César Morales no sufriera perjuicios con la actividad de aquél en la madrugada del 20 de mayo de 1961; fueron todas apreciadas en las instancias, y por ello mal puede aducirse en revisión como hechos nuevos.

3. No obstante lo anterior, aunque en este proceso no puede afirmarse que aparezcan hechos nuevos, en sentido estricto, no es menos cierto que, como lo sustenta el señor Procurador con criterio que la Sala comparte, sí se han demostrado en cambio indicios graves de inocencia o irresponsabilidad, los cuales, dadas las modalidades del caso *sub judice,* son suficientes para que se reabra un juicio en que pudo haberse cometido un error judicial, error cuya enmienda constituye la finalidad primordial de la revisión.

En efecto, el acusado temor reverencial del joven Genaro Forero Guasca hacia su padre adoptivo hace presumir muy fundadamente que su presencia en predios de la casa del señor Morales en la madrugada de autos no tenía finalidad distinta a la de obtener el acceso a su propia casa, para que aquél, el padre, no se percatara de que regresaba al hogar a tales horas y en estado de embriaguez. Propósito éste que cobra mayor fuerza si, como quedó establecido con la diligencia de inspección ocular visible a folios 54 y siguientes del cuaderno 2º, "es factible, físicamente y sin mayor dificultad, cruzar por el muro de la casa de César Morales, por el de la casa vecina a ésta para así llegar al techo de la casa de Sandalio Torres y penetrar en ella, lugar donde vive Forero Guasca", según lo afirma la Procuraduría con fundamento en el resultado de la citada diligencia. Esta hipótesis se torna más consistente si no se olvida que la declarante Paula Cortés de Sánchez afirma al folio 89 que la noche inmediatamente anterior a la madrugada de autos le manifestó Forero Guasca "que de todas maneras tenía que entrar a su casa esa noche, que no teniendo llave, tendría que entrar por la parte vecina a su casa de habitación".

4. El asunto presente debe, pues, enfocarse a la luz del criterio expuesto por la Corte en sentencia del 19 de julio de 1961. Dijo entonces esta corporación:

"El hecho de ser la revisión un recurso extraordinario dirigido contra la inmutabilidad de la cosa juzgada, cuando alguna de las circunstancias taxativas que enumera el artículo 571 se cumple, indica por ello mismo que no prospere en la generalidad de los casos, porque son de muy difícil ocurrencia aquellas circunstancias que lo hacen viable. Pero cuando se ofrezca al menos, como en el caso, un margen que permita admitirlo, no debe dudar la justicia en reconocerlo, pues por abrir la puerta a la certidumbre y cerrarla al error judicial es por lo que la ley permite que los casos excepcionales conduzcan a la solución también excepcional de decidir favorablemente la demanda que lo impetra". (Revisión de Benjamín Angarita Rivera).

El recurso, por lo dicho, prospera. Deben cumplirse, en consecuencia, las prescripciones de los artículos 574, inciso 2º, y 575 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto de la Procuraduría y en el fondo acorde con él,

RESUELVE:

1º Ordenar la revisión del juicio a que se refiere la parte motiva, mediante el cual Genaro Forero Guasca fue condenado, "en su carácter de infractor del numeral 21 del artículo 7º del Decreto 0014 de 1955 y con aplicación del artículo 26 ibídem", a "la medida de seguridad consistente en relegación en colonia agrícola por un término de dos (2) a seis (6) años".

2º La revisión ordenada se efectuará, previo reparto, por un Juzgado de Instrucción Criminal distinto del 248. Para tal fin, envíese al Ministerio de Justicia el proceso original y las diligencias de la Corte correspondientes al recurso de revisión.

3º Poner en libertad condicional al condenado Genaro Forero Guasca, siempre que preste caución abonada por la suma de cien pesos moneda legal ($ 100.00) y que no esté ordenada su detención por cualquiera otra causa.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

ETICA PROFESIONAL DEL ABOGADO

Se revisa, en grado de consulta, la providencia del Tribunal que declaró prescrita la acción penal en un proceso relacionado con la ética profesional.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

Ha expresado la Corte en reiteradas oportunidades, con respecto a la aplicación de sanciones disciplinarias por faltas contra la ética y la moral profesional de que trata la Ley 69 de 1945, ser requisito indispensable, que el sujeto activo de las faltas de tal naturaleza tenga acreditada, en forma adecuada, la calidad de abogado en ejercicio, ya que no es posible juzgar a una persona por actos inherentes a profesión a la cual no pertenece.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA PENAL.—Bogotá, marzo veinte de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

En grado de consulta corresponde a la Corte revisar el auto proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, de fecha 29 de enero del presente año, en el cual da aplicación al artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, declarando "que no se puede adelantar el procedimiento para sancionar al acusado doctor Jesús Rodríguez Corrales", "por contravención de las normas de la Ley 69 de 1945, reglamentaria del ejercicio de la abogacía, por cuanto la acción respectiva está prescrita desde la iniciación misma del informativo".

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal al contestar el traslado legal en su vista fiscal del 9 de los corrientes, solicita de esta corporación se revoque la providencia en consulta, para lo cual emite el siguiente concepto:

"a) Por auto de fecha agosto 18 de 1961, el honorable Tribunal Superior del citado Distrito Judicial resolvió iniciar el presente juicio sumario en averiguación de la presunta falta a la ética profesional cometida por el abogado doctor Jesús Rodríguez Corrales y por hechos ocurridos con anterioridad al 1º de mayo de 1959, según el texto de la misiva que obra de folio 2 a folio 5 del cuaderno 1º

"b) Sin cumplir actuación tendiente a esclarecer los hechos acusados, pues sólo se procuró lograr la ratificación de los cargos formulados por el quejoso, se corrió traslado al respectivo Agente del Ministerio Público, quien emitió concepto favorable a la aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto observó que el fenómeno de la prescripción de la acción penal tenía operancia en este caso (f. 32 ibídem).

"c) El Tribunal *a quo* acogió el concepto fiscal y sin percatarse de que la calidad personal del acusado no estaba comprobada en autos procedió a emitir el proveído que se consulta".

SE CONSIDERA:

Al examinar las diligencias del proceso se anota que efectivamente no se encuentra acreditada en el expediente la calidad personal del acusado, ya que a los autos no se allegó elemento alguno que compruebe que el señor Jesús Rodríguez Corrales sea abogado graduado o admitido, requisito indispensable para fijar, por una parte, la competencia del Tribunal a fin de pronunciar declaración judicial en primera instancia, y por otra la competencia de

la Corte para conocer del asunto y decidir sobre la cesación del procedimiento en segunda instancia.

Ha expresado la Corte en reiteradas oportunidades, con respecto a la aplicación de sanciones disciplinarias por faltas contra la ética y la moral profesional de que trata la Ley 69 de 1945, ser requisito indispensable, que el sujeto activo de faltas de tal naturaleza tenga acreditada en forma adecuada, la calidad de abogado en ejercicio, ya que no es posible juzgar a una persona por actos inherentes a profesión a la cual no pertenece.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, REVOCA la providencia consultada, a que se ha hecho referencia, y dispone devolver el expediente al Tribunal de origen, a fin de que se allegue la prueba cuya ausencia ha sido indicada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

PECULADO

No prosperan los cargos formulados contra la sentencia condenatoria. El sentenciado alegó que no manejaba él, directamente, los efectos y dineros. Peculado en relación con empleados que no lo son de manejo. Técnica del recurso de casación.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. La evidente amplitud de la norma contenida en el artículo 3º del Decreto legislativo 1858 de 1951, que es el que disciplina el delito de peculado, hace imposible sostener que sólo los empleados en quienes concurra el específico carácter de empleados de manejo pueden incurrir en tal delito.

2. El hecho de que un empleado subalterno, autorizado por su Jefe, fuera quien físicamente manejara los caudales, en nada modifica la situación del citado Jefe respecto al delito de peculado que se le atribuye, por el cual fue condenado en el fallo materia del recurso en estudio, pues éste era quien "por razón de sus funciones" estaba obligado a mantener bajo custodia y vigilancia, es decir, a guardar los dineros y demás efectos públicos de la oficina.

3. El recurso de casación, sometido a técnica estricta y, por lo tanto, a severo como ineludible régimen de disposiciones normativas que concuerdan y explican su específico carácter de extraordinario, no tolera el éxito de cargo alguno que no haya sido, a más de propuesto, debidamente demostrado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE CASACION PENAL.—Bogotá, veintiuno de marzo de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 12 de mayo del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja condenó al señor Mario Daniel Matus Hernández, como responsable del delito de peculado en cuantía de $ 10.499.00, a la pena de cuatro (4) años de presidio y accesorias correspondientes.

HECHOS Y ACTUACION:

Conforme a las pruebas del proceso, aparece que el señor Mario Daniel Matus, por razón de sus funciones de Director de Circulación y Tránsito del Departamento de Boyacá en el lapso comprendido entre el 23 de julio de 1952 y el 6 de julio de 1953, estaba obligado a mantener bajo su custodia y vigilancia caudales públicos, de los que no entregó, al ser separado del puesto, $ 8.994.00, y otros bienes de ese mismo carácter de los que tampoco entregó $ 125.00 "en estampillas de multas" y $ 1.380.00, "valor de 92 pares de placas... a razón de $ 15.00 cada par", partidas que, sumadas, dan el monto del desfalco, que es de $ 10.499.00.

De estos hechos conoció el Juzgado 2º Superior de Tunja, el cual en auto del 2 de diciembre de 1958, teniéndolos como constitutivos del delito de peculado en su modalidad de intencional, llamó a juicio al señor Matus Hernández, determinación que el Tribunal Superior de la misma ciudad, con algunas aclaraciones que en nada alteraron su contenido, confirmó mediante providencia del 22 de febrero de 1960.

Con fundamento en el expresado enjuiciamiento se tramitó el respectivo juicio y llegada la

oportunidad legal el Juzgado dictó la sentencia del 30 de junio también de 1960, en donde condenó al señor Matus Hernández, como responsable del delito de peculado, en la modalidad de intencional y en cuantía de $ 10.499.00, "a la pena principal de cuatro (4) años de prisión", aplicándole, de otra parte, las penas accesorias consecuenciales a la naturaleza específica de ese tipo de sanción, fallo que el Tribunal Superior reformó en el suyo del año pasado para imponer, como pena principal, la de *cuatro años de presidio* y aplicar las accesorias que son del caso en orden a la naturaleza de esa pena.

DEMANDA DE CASACION:

En la demanda, presentada con arreglo a las exigencias legales, el recurrente, por conducto de su apoderado, invoca, en el orden que se expresan, las causales de casación previstas en los ordinales 2º, 1º, 4º y 5º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, las cuales sustenta, conforme a los cargos que plantea en razón de cada una de ellas, de manera separada. Esas causales se tratarán en el mismo orden en que aparecen indicadas, ya que la 4ª se aduce como subsidiaria de la 2ª y 1ª y, de otra parte, el éxito del segundo cargo propuesto conforme a la 2ª constituye el asiento básico del primero que se presenta con el concurso de la 4ª, como habrá de verse al hacer el examen de ésta.

CAUSAL 2ª

Con apoyo en este motivo de impugnación, el recurrente formula al fallo acusado los siguientes específicos tres cargos:

1º Este primer cargo se plantea, en capítulos distintos, por tres aspectos, así:

a) En la sentencia, por error en la interpretación de los hechos, se dio al señor Matus Hernández la calidad de empleado de manejo y de esta suerte fue posible tenerlo como incurso en el delito de peculado;

b) También por errada interpretación de los hechos, en el fallo acusado, se negó el valor probatorio a los elementos de juicio que acreditan que quien manejaba los fondos de la Dirección de Circulación y Tránsito era el señor Julio Espinoza. En el planteamiento de este aspecto, el recurrente textualmente dice:

"Al desconocer el Tribunal el valor de estas pruebas de manejo por persona distinta de Mario Matus incidió en error de apreciación de hechos constitutivos del delito de peculado".

c) Igualmente, por "errada interpretación de los hechos", se negó "a la tradición existente en la Dirección de Tránsito" el valor que tiene y de este modo se desconoció que el manejo de los fondos de esa dependencia estaba a cargo del Secretario, quien era el responsable de ellos.

Como conclusión del cargo reseñado conforme a sus tres ángulos de presentación, la demanda expresa:

"Ahora bien: entre los requisitos del peculado hay dos esenciales enunciados por el artículo 151 del Código Penal: el sujeto tiene que ser empleado de manejo por razón de sus funciones. El sujeto tiene que haber dado a los bienes manejados una destinación ilegal. Al atribuír a la prestación de aseguro funciones normativas que se negaron a la costumbre y al desconocer el valor probatorio de confesión y declaraciones, otorgándoselo en cambio a una simple presunción de responsabilidad derivada de la no devolución de bienes cuyo manejo se halla desvirtuado, el Tribunal incurre en errada interpretación de hechos determinantes y de pruebas del delito al aplicar la disposición ya citada y su consecuente el artículo 153".

2º En este cargo el recurrente, luégo de que discurre en torno a la conducta del procesado Matus Hernández, asumida con posterioridad a los hechos, para tratar de establecer que en el fallo acusado la modalidad dolosa del delito se deduce de la consideración de esa conducta, sostiene, sin procurar ninguna demostración, que el peculado a que se contraen los autos, de poder ser atribuído al sujeto en cuestión, sólo podría revestir el carácter de culposo.

3º Este cargo se formula en tres capítulos, donde se plantean, con el fin de sustentarlo, las siguientes situaciones conceptuales:

a) Por "equivocada apreciación en la prueba del cuerpo del delito", el referido al peculado de que se trata se entendió acreditado "por medio de un conjunto de papeles emanados de la Contraloría Departamental", en los cuales "no se discriminan partidas a cargo por fechas, objetos y origen", papeles que de ser aceptados "como comprobación" del citado elemento del delito, "equivale en el Juez a delegar sus funciones investigativas y jurisdiccionales en otra entidad".

b) Teniendo en consideración el largo tiempo que duró el juicio de cuentas, "en el mejor de los casos", por lo menos una de las varias providencias que allí se dictaron debió "notificarse

de conformidad con el artículo 322 del Código Judicial'' y como ello no ocurrió, ese juicio quedó viciado de nulidad y entonces, al acogerse ''el fallo de fenecimiento definitivo'' que le puso término ''como comprobación del cuerpo del delito'' se incurrió ''en error de apreciación de la prueba''.

c) El citado juicio de cuentas, de acuerdo con la Resolución 69 del 15 de febrero de 1949, dictada por la Contraloría y cuya copia obra a los folios 5 y siguientes del cuaderno 4º, no fue adelantado por funcionarios competentes y, en consecuencia, no podía ser acogido ''como prueba del cuerpo del delito''.

RESPUESTA:

Importa recordar el texto del artículo 3º del Decreto legislativo 1858 de 1951, que es el que disciplina el delito de peculado a que se contrae el proceso, con el fin de examinar el primer cargo, de los tres que se proponen con fundamento en la causal 2ª. Dice así esa disposición:

''Artículo 3º. El funcionario o empleado público, o el empleado de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado, que se apropie en provecho suyo o de un tercero, o en cualquier forma haga uso indebido de los caudales u otros bienes que por razón de sus funciones esté encargado de recaudar, o pagar, o administrar, o guardar, incurrirá en prisión de dos a seis años cuando el valor de lo apropiado o indebidamente usado no pase de tres mil pesos, o en presidio de cuatro a quince años cuando fuere mayor''.

La evidente amplitud de esta norma hace imposible sostener, sobre la base de simples enunciados respecto a limitaciones que carecen de apoyo en ella, que sólo los empleados en quienes concurra el específico carácter de empleados de manejo pueden incurrir en el delito de peculado. Ese presupuesto de contornos absolutamente restrictivos no aparece en la disposición legal y entonces, como es obvio, resulta cuando menos excesivo tratar de atribuírselo, tomando como pretexto su interpretación.

De acuerdo con el precepto en cuestión, el sujeto activo del delito de peculado está constituído, sin ninguna restricción, por el funcionario o empleado público, o el empleado de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado, ''que se apropie en provecho suyo o de un tercero, o en cualquier forma haga uso indebido de los caudales u otros bienes *que por razón de sus funciones esté encargado de recaudar, o pagar, o administrar, o guardar*'' (Subraya la Sala).

En el caso de autos, resulta por entero manifiesto que el señor Matus Hernández, ''*por razón de sus funciones*'' de Director de Circulación y Tránsito, estaba obligado a mantener bajo su custodia y vigilancia, es decir, a *guardar* caudales públicos y otros bienes de esa misma índole, de donde se desprende que, al apropiarse de parte de aquéllos o de éstos, lógicamente debía ser tenido como autor del delito de peculado.

El señor Julio Espinoza, en su carácter de Secretario de la Oficina de Circulación y Tránsito, era un colaborador del Director de ella señor Matus Hernández, a quien de ningún modo y bajo ningún aspecto podía desplazar en su específica función, concerniente a los deberes propios de su cargo, de guardar y mantener la vigilancia de los caudales y bienes de la dependencia oficial legalmente a su cuidado. De esta suerte, como fácilmente se comprende, el hecho de que Espinoza, autorizado por su Jefe, físicamente manejara esos caudales y esos bienes, en nada modifica la situación del señor Matus Hernández respecto del delito de peculado que se le atribuye y por el cual fue condenado en el fallo materia del recurso que se estudia.

Carece, pues, de fundamento, por cada uno de sus tres aspectos, el primer cargo que se formula al fallo acusado con apoyo en la causal 2ª, conclusión que es todavía más exacta si a las razones expuestas se agregan las que con indiscutible acierto y propiedad aduce el señor Procurador en los párrafos que a continuación se copian:

''El hecho de haber sido costumbre en la oficina de Circulación y Tránsito del Departamento de Boyacá que el Secretario manejara los dineros y demás efectos de esa oficina en nada modifica la situación jurídica del procesado Matus Hernández. La razón es obvia: basta que la apropiación o el uso indebido ''de los caudales u otros bienes'' de los especificados en la norma del artículo 3º del Decreto extraordinario 1858 de 1951 tenga lugar porque no han sido *administrados* como corresponde, vale decir *cuidados*, ya que esta es otra acepción que al anterior término le es aplicable. Y no puede negarse que al Director de Circulación y Tránsito, señor Matus H., le era obligatorio ejercer vigilancia o cuidado sobre los diversos caudales o bienes que por uno u otro sentido llegaban a dicha oficina; el haber delegado, por ejemplo, el manejo de dichos bienes o caudales a su Secretario no le disminuye la responsabilidad que le competía como Jefe de la Oficina de Circulación y Tránsito, su deber ante todo era administrar, cuidar tales caudales y efectos. Acerca del término administrar se ha expresado así la honorable Corte:

'... La palabra *administrar* no equivale necesaria y únicamente a *emplear* o a *invertir* en transacciones para las cuales se está facultado, puesto que también significa *cuidar*. Que es lo que hace un Juez con los elementos que llegan a su despacho. Y los valores en efectivo que se envían a una oficina judicial como dependientes de una determinada acción, quedan bajo custodia del Juez, de la misma manera que el juicio se somete a su dirección, cuya etapa final es el fenómeno de la distribución' (Sentencia, septiembre 3 de 1946. *Gaceta Judicial,* Tomo LXI, página 174).

"Lo expuesto por esta Procuraduría y el texto de la anterior doctrina permiten concluír lo siguiente: no es necesario que los caudales o bienes sobre los cuales recae la apropiación o el indebido uso que tipifican el peculado tengan que ser manejados directamente por el agente de dicho reato, basta la simple administración o cuidado que sobre ellos se ejerce, para que se configure una de las modalidades de tal delito. Lo que sí es condición *sine qua non* para la tipificación de dicho reato es que tales caudales o bienes se administren por el agente 'por razón de sus funciones'. Aplicando este criterio al caso en estudio se observa que el procesado Matus Hernández como Director de Circulación y Tránsito del Departamento de Boyacá estaba en la obligación de administrar o cuidar los elementos que, por razón de sus funciones, llegaban a la oficina que se hallaba bajo su responsabilidad. Tal hecho es evidente y no admite réplica razonada alguna.

"Así las cosas, el cargo primero carece de procedencia como demostrativo de la causal segunda de casación, porque no ha demostrado que en la sentencia del Tribunal *ad quem* se han valorado erróneamente los hechos que constituyen los elementos tipificadores del delito de peculado. Ningún error notorio se aprecia en tal fallo en cuanto al aspecto alegado por el impugnador".

En la presentación del segundo cargo que se aduce también con invocación de la causal 2ª el recurrente, como pudo verse, pretende que la modalidad dolosa del delito de peculado que se atribuye al señor Matus Hernández se deduce en el fallo acusado de la conducta que asumió el procesado con posterioridad a los hechos, lo que en verdad no concuerda con lo que en la misma sentencia aparece y que claramente enseña que esa conducta sólo se tomó como indicio de responsabilidad, fenómeno en el cual, como es sabido, caben tanto el dolo como la culpa. Allí se encuentran, en efecto, los siguientes apartes:

"h) Que la administración ignorara el paradero del señor Matus y que esa ignorancia se haga pasar *como indicio de responsabilidad,* merece el reparo de que la administración de justicia evidentemente ignoró por mucho tiempo el paradero del señor Matus, porque éste se ocultó y no quiso afrontar desde un principio el procedimiento penal que contra él se inició. Esa fuga, evidentemente, no se explica sino *por la responsabilidad del señor Matus en el delito de peculado que cometió*". (Los subrayados son de la Sala).

Y más adelante:

"Igualmente se demostró cómo el Director de Higiene (sic) se situó en el terreno de responsabilidad penal, por encubrir al señor Matus y hacer imposible su captura, situación ésta de la cual tuvo conocimiento Matus y de la cual se aprovechó para emprender la fuga. *Todos estos hechos se han tenido como indicios de responsabilidad,* pues se advierte en el señor abogado de la defensa interés a través de todo su alegato en *hacer creer que el Tribunal enumeró indicios de dolo,* cuando en realidad de verdad, como puede verse en lo dicho por la Sala en las dos oportunidades en que ha intervenido en este negocio, *la prueba de incriminación indiciaria se consignó para demostrar la responsabilidad,* que en siendo ésta dolosa o culposa fue objeto de otro orden de ideas, cuya especificación se hizo atrás" (Subraya la Sala).

El cargo, por este aspecto que se comenta y como lo expresa el señor Procurador, "ha sido mal presentado porque parte de una base equivocada no contenida en el fallo demandado".

En cuanto al otro extremo del cargo, referido a que el delito, en sentir del recurrente, es de carácter culposo, nada hay que comentar, puesto que, no dándose ninguna demostración sobre el particular, el planteamiento queda en el terreno de la absoluta inocuidad e ineficacia.

El tercer cargo, formulado al fallo acusado, a su vez con fundamento en la causal 2ª, aparece rectificado, en cada uno de los tres ángulos de su presentación, en la misma sentencia impugnada, en donde se encuentra lo siguiente:

"ll) Como error de procedimiento, anota aquí la defensa, el de que se haya tenido como prueba en carácter de instrumento público, papeles que no tienen ninguna significación.

"A la justicia penal no le incumbe saber o definir si el juicio de cuentas que se adelanta contra el señor Matus en la Contraloría lo viene haciendo un funcionario con jurisdicción o sin ella; o si le han hecho o no al señor Matus ciertas y precisas notificaciones; o si los fenecimientos tienen o no valor porque carecieron de estos

o aquellos elementos; que es lo que en esencia constituye la crítica que se ha hecho.

"Con una acta de entrega y con una visita fiscal, originales ambas, y que obran en el informativo, se desarrolló este proceso. A esa acta de entrega y a esa acta de visita posterior, se le ha dado y se le da pleno valor probatorio y si en el expediente obran copias de providencias sin fecha, sin firma o con errores, que han provenido de la Contraloría Departamental, ello nada incide en este proceso, porque dichas copias, ni siquiera se han citado, ni deben citarse para nada.

"De tal manera que no es valedera la observación refiriéndose a esas copias, que en este proceso se hayan tenido como pruebas con carácter de instrumento público.

"m) Afirmó igualmente el señor defensor que la justicia penal ha tenido como pruebas, cuasi-balances a los cuales no se agregó comprobante alguno. Vaya esta observación o crítica o glosa, al juicio de cuentas, pero no al proceso penal, en donde no es cierto que se hayan tenido como pruebas esos cuasi-balances.

"La prueba fundamental, se repite, tenida en este proceso han sido las dos actas de entrega y visita a que se ha hecho esta referencia".

Los cargos aducidos con invocación de la causal 2ª, como queda ampliamente demostrado, carecen de fundamento y entonces ese motivo de impugnación no puede prosperar.

CAUSAL 1ª

Con apoyo en esta causal, invocada como consecuencia de la 2ª, se formulan al fallo acusado los siguientes tres cargos:

a) Aplicación indebida de los artículos 151 y 153 del Código Penal con respecto al procesado Matus Hernández, quien por carecer de la específica calidad de empleado de manejo, no podía incurrir en el delito de peculado;

b) Violación, por falta de aplicación, del artículo 154 del Código Penal, en orden a que el procesado Matus Hernández, de podérsele tener como incurso en el delito de peculado, sólo podría responder de peculado culposo; y,

c) Violación, por falta de aplicación, del artículo 105 del Código Penal, ya que la acción penal estaba prescrita "casi cinco meses antes de que se profiriera el llamamiento a juicio". Este cargo "será reproducido como causal 4ª de casación".

RESPUESTA

Estos cargos, como puede apreciarse sin esfuerzo, tienen como expreso objetivo señalar los preceptos legales sustantivos que, en sentir del recurrente, resultaron violados a consecuencia de esa "errada interpretación de los hechos" de que se habla en el planteamiento de los cargos propuestos con apoyo en la causal 2ª, los cuales, al no prosperar, como quedó demostrado, hacen imposible, en rigor lógico, el éxito de cualquiera de los tres cargos que se aducen con auxilio de la causal 1ª de casación.

No obstante la anterior conclusión, de suyo irrebatible, cabe recalcar, de una parte, en que la condena contra el señor Matus Hernández no se funda en la violación de los artículos 151 y 153 del Código Penal, sino en la del artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, por cuya razón está fuera de lugar aludir a "aplicación indebida" de aquellos dos textos y, de la otra, en que, entendido el peculado como doloso y descartada, por lo tanto, la tesis de que pudiera ser culposo, sostenida con empeño en las instancias y en la que aún se insiste dentro de la demanda del recurso que se estudia, aunque sin procurar al respecto ni siquiera un principio de demostración, no era posible aplicar el artículo 154 de la citada obra.

Por lo demás, esa modalidad dolosa del peculado que se atribuye al señor Matus Hernández, sobre la base de que su cuantía alcanza la suma de $ 10.499.00, rechaza cualquier idea de prescripción de la acción penal para la época en que se le llamó a juicio y quedó ejecutoriada esa determinación, precisamente porque la era prescriptiva de aquella acción, en eventos criminosos como el suyo, de acuerdo con el artículo 105 del Código Penal, en concordancia con el 3º del Decreto 1858 de 1951, es de quince años.

De modo que los cargos aducidos conforme a la causal 1ª carecen de fundamento y, en consecuencia, ella no puede prosperar.

CAUSAL 4ª

Con invocación de esta causal se formulan al fallo impugnado dos cargos, así:

1º La sentencia es violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad, ya que para la fecha del auto de proceder la acción penal estaba prescrita y en esa suerte el juzgador sólo disponía de jurisdicción para hacer esa expresa declaración; y,

2º El juicio de cuentas, acogido en el fallo acusado como "comprobación del cuerpo del delito", es nulo en orden a lo siguiente:

a) Los empleados que lo tramitaron, algunos de los cuales ni siquiera eran funcionarios públicos, "carecían de jurisdicción" conforme a la Resolución número 69 del 15 de febrero de 1949, dictada por la Contraloría Departamental;

b) El citado juicio se tramitó llamando como responsable al señor Director de Tránsito y sin citar al verdadero responsable, don Julio Espinoza, Secretario de la Dirección, quien en derecho era el cuentadante";

c) Varias de las providencias que se dictaron en el juicio de cuentas no fueron notificadas "debidamente" y, por lo mismo, no causaron ejecutoria y en esa suerte "sobre ellas no podía dictarse sentencia definitiva".

RESPUESTA

El recurso de casación, sometido a técnica estricta y, por lo tanto, a severo como ineludible régimen de disposiciones normativas que concuerdan y explican su específico carácter de extraordinario, no tolera el éxito de cargo alguno que no haya sido, a más de propuesto, debidamente demostrado, cuestión que es la que no aparece en la demanda con respecto a la tesis de prescripción, la cual apenas se insinúa en forma implícita al aludir de paso, en el planteamiento de la causal 2ª, a la modalidad culposa del delito incriminado, para luégo, en el desarrollo de la 1ª, referirse a ella por medio de una simple afirmación, no sin prevenir que ese "cargo", como allí se dice, "será reproducido como causal 4ª de casación", y terminar, en cumplimiento del citado anuncio, por recalcar, al margen de cualquier conato demostrativo, en aquella prescripción, precisamente con el objeto de sostener, también sin la debida comprobación y con fundamento en la expresada causal, que la sentencia acusada es violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

En las condiciones que se dejan anotadas, apenas es obvio que el primer cargo planteado con el concurso de la causal 4ª no puede tener éxito, lo que todavía es más evidente si se tiene en cuenta que, como se indicó atrás, la era de prescripción de la acción penal, respecto al delito imputado al señor Matus Hernández, es de quince años.

En el examen del tercer cargo formulado al fallo acusado con apoyo en la causal 2ª, se comprobó debidamente que el juicio de cuentas a que de nuevo se refiere el recurrente para plantear el segundo cargo que aduce con el auxilio de la causal 4ª, no fue valorado como prueba del cuerpo del delito materia de incriminiación. En este aspecto las transcripciones que allí se hicieron, tomándolas del mismo fallo impugnado, son terminantes. De consiguiente, ese otro cargo de la predicha causal 4ª, tampoco puede tener éxito.

CAUSAL 5ª

Con apoyo en esta causal y a través de un único cargo, el recurrente sostiene que en la sentencia acusada "no se expresaron clara y terminantemente los hechos que se consideran probados", lo que en su sentir no podía ser de otra manera "puesto que el Juez y el Tribunal no tuvieron a la vista otra cosa que los resultados contables y la sentencia aportados por la Contraloría".

RESPUESTA

El fallo de la impugnación ocupa nada menos que 95 folios y en verdad, si algo lo caracteriza, es la fuerza e insistencia con que recalca, después de examinarlos por cada uno de sus contornos, los hechos que estima comprobados. En estos términos el cargo, como se comprende, carece de fundamento y debe, en consecuencia, desecharse, como con acierto lo solicita el señor Procurador conforme a las razones que inteligentes y juiciosas, consigna así:

"Conforme se deduce de lo transcrito, el recurrente apenas ha mencionado la causal quinta de casación, pero no la ha demostrado como requiere este recurso extraordinario. Esto implica que se ha incurrido en un vicio sustancial al pretender alegar la referida causal. La formulación de una determinada tesis en abstracto y su falta de ubicación dentro del motivo de impugnación que se invoca hace que el cargo sea improcedente.

"Además, en la sentencia recurrida se hace una determinación clara y razonada de cada uno de los hechos que se estima plenamente probados y que no son otros que los que constituyen la tipificación del delito de peculado, en su modalidad dolosa. Del análisis de los hechos procesales verificado por el Tribunal *ad quem* se deduce en forma lógica la responsabilidad penal de Matus Hernández. No es procedente, pues, la causal 5ª de casación en el caso *sub judice*".

—

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el con-

cepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 12 de mayo del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja condenó en definitiva al señor Mario Daniel Matus Hernández, como responsable del delito de peculado en cuantía de $ 10.499.00, a la pena de cuatro (4) años de presidio y accesorias correspondientes a la naturaleza de esa sanción.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León, Secretario.

IMPEDIMENTOS

Decide la Corte el propuesto por un Magistrado de Tribunal. La causal alegada, consistente en haber manifestado su opinión, no se consideró fundada. Motivación y explicación de los impedimentos. Condiciones para que la manifestación de la opinión llegue a constituir impedimento.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Para que un impedimento pueda estimarse y ser debidamente calificado, no basta simplemente con invocar una causal legal y afirmar escuetamente que se ha cumplido el hecho en que ella se funda, sino que es necesario que quien manifiesta el impedimento, explique, de modo claro y completo, cuál es la situación real de hecho en que se encuentra que justifique satisfactoriamente la aplicación de la causal invocada.

2. La "opinión sobre el asunto materia del proceso" (art. 73, ord. 4º del C. P. P.) puede darse: o con ocasión del ejercicio jurisdiccional emitida en una providencia de fondo; o con motivo del ejercicio de la profesión de abogado, en forma de consejo o concepto dado a alguna de las partes; o también simplemente, sin miras profesionales, la opinión dada por cualquier otro motivo, de un modo particular o extrajuicio, sobre el asunto materia del proceso. Pero, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada de la Sala, no toda opinión puede estimarse de suficiente entidad para justificar una causal de impedimento.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA PENAL.—Bogotá, marzo veintiocho de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

Procede la Sala a decidir, de plano, el impedimento manifestado por el doctor Jaime Ruiz Restrepo, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín para revisar, en virtud del recurso de apelación, el auto de detención proferido contra el doctor Euclides Botero Echeverri, en el sumario adelantado contra éste y otros, por los delitos de homicidio y lesiones personales culposos, consumados en un accidente de tránsito.

Dicho Magistrado, al hacer la manifestación de su impedimento, en providencia del 21 de febrero del presente año, únicamente expresa que: "se encuentra impedido para revisar el presente negocio, por haber manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso, que contempla la causal 4ª del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal".

Como los restantes Magistrados de la Sala de Decisión estimaron que el impedimento era "inexistente" o infundado, en cumplimiento a lo previsto por el artículo 74 del Código de Procedimiento Penal, dispusieron enviar el expediente a la Corte, Sala Penal, para que resolviera, de plano y definitivamente sobre él.

SE CONSIDERA:

La providencia en que un Juez manifiesta un impedimento para conocer de un asunto, debe ser lo suficientemente motivada o explicativa, a fin de que el funcionario o los funcionarios a quienes corresponde calificar el impedimento puedan contar con adecuados y completos elementos de juicio para resolver acertadamente, y si en rea-

lidad es fundado y legal el motivo en que se pretende amparar el funcionario impedido para eximirse del conocimiento del negocio en el cual ha hecho la manifestación mencionada.

Por lo tanto, para que un impedimento pueda estimarse y ser debidamente calificado, no basta simplemente con invocar una causal legal y afirmar escuetamente que se ha cumplido el hecho en que ella se funda, sino que es necesario, que quien manifiesta el impedimento, explique, de modo claro y completo cuál es la situación real de hecho en que se encuentra que justifique satisfactoriamente la aplicación de la causal invocada.

Con respecto a "la opinión sobre el asunto materia del proceso", a que se refiere el ordinal 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, y que el Magistrado Ruiz Restrepo invoca para amparar su impedimento, ella puede darse: o con ocasión del ejercicio jurisdiccional, emitida en una providencia de fondo; o con motivo del ejercicio de la profesión de abogado, en forma de consejo o concepto dado a alguna de las partes del proceso; o también simplemente, sin miras profesionales, la opinión dada por cualquier otro motivo, de un modo particular o extrajuicio, sobre el asunto materia del proceso.

Pero, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada de esta Sala, no toda opinión puede estimarse de suficiente entidad para justificar una causal de impedimento. A este respecto ha dicho la Corte que: "Es necesario que esa opinión traduzca una motivación profunda de los hechos del proceso y de los elementos de juicio que en él obran, para que pueda comprometer al funcionario en las posteriores etapas del juicio, cuando se produzca un cambio de jerarquía".

"Mientras ello no ocurra, sería extender demasiado aquella causal, hasta colocarla en vía de poder producir una parálisis en la administración de justicia, por la invocación de un impedimento que equivaldría a que cualquiera actuación, por ligera y descuidada que se la supusiera o porque es de aquellas que corresponden a la actuación que todo Juez debe proferir" (auto, 22 de marzo de 1949, LXV, 753).

También ha sostenido esta corporación que: "Si fuera ampliado el concepto de que la causal 4ª la constituye la manifestación de una opinión cuandoquiera que un Magistrado o Juez elabora el proyecto de decisión correspondiente, se llegaría al absurdo de hacer operar esa causal de impedimento o recusación hasta límites inconvenientes, toda vez que cualquiera opinión del funcionario, así fuera ella emitida como simple certificación, sin comprometer su criterio y decidir en definitiva, impondría la inhibitoria posterior del mismo Juez, paralizando, de esta suerte, la administración de justicia, que siempre se vería cohibida por un procedimiento que ni la ley crea, ni la propia razón justifica" (auto, 29 de abril de 1949, LXIV, 799).

En igual sentido se ha pronunciado en numerosas ocasiones esta Sala, con el objeto de fijar y precisar, dentro de sus justos límites, el alcance de la "opinión manifestada", como causal de impedimento o recusación contemplada en el ordinal 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, con el fin de evitar que esta causal se convierta en socorrido pretexto para estorbar la administración de justicia.

El Magistrado no motivó suficientemente la providencia en que manifestó su impedimento, ya que en ella se limitó a decir que: ha "manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso", pero sin explicar cuándo, ni en qué forma, ni con qué fin o por qué motivo, ni cuál fue el verdadero alcance de dicha opinión en relación con la providencia que ahora le corresponde revisar, en virtud del recurso de apelación que actualmente se surte en la Sala del Tribunal, de que forma parte dicho Magistrado.

Además, tampoco de autos aparece que en este proceso el Magistrado Ruiz Restrepo hubiera proferido, con anterioridad a la manifestación de su impedimento, ninguna providencia de fondo que lo pudiera inhibir para conocer de la apelación del auto de detención proferido en este sumario contra el doctor Botero Echeverri. Por otra parte, tampoco hay fundamento para suponer que el expresado Magistrado, quien ha venido ejerciendo de modo continuo su cargo, con anterioridad a los hechos que originaron este sumario, hubiera dado un concepto profesional a alguna de las partes, pues ello equivaldría a dar por sentado que ha quebrantado la prohibición contenida y sancionada por el artículo 179 del Código Penal; de igual manera, tampoco existe base para concluír que el Magistrado Ruiz Restrepo ha anticipado, en forma particular y extrajuicio, por motivos extraños al ejercicio profesional, su concepto de fondo sobre el asunto que habría de juzgar, pues esto entrañaría un verdadero prejuzgamiento, lo cual también le está vedado.

Por lo tanto, no pudiendo deducirse, ni de la propia manifestación hecha por el Magistrado Ruiz Restrepo, ni de lo que consta en autos, el verdadero contenido y alcance de la opinión que éste dice emitió sobre el asunto materia del proceso, la Sala carece de elementos de juicio sufi-

cientes para estimar fundado el impedimento manifestado por dicho Magistrado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA INFUNDADO el impedimento manifestado en este proceso por el Magistrado doctor Jaime Ruiz Restrepo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO AGRAVADO — CAUSAL 3ª DE CASACION

La causal 3ª de casación frente a una sentencia proferida con base en veredicto del jurado. Condiciones de inferioridad de la víctima. Cuándo es pertinente declarar desierto el recurso y cuándo debe desecharse.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. La doctrina que venía sosteniendo la Corte según la cual es improcedente, en sentencias proferidas con fundamento en veredicto de jurado, alegar la falta de consonancia entre la sentencia y el auto de proceder (causal 3ª), ha sido recientemente atemperada en su rigor, como se desprende del fallo de fecha 17 de abril de 1961.

2. Cuando se invoca por lo menos una causal de casación y existe siquiera un intento demostrativo, resulta más adecuado aplicar el artículo 569 del Código de Procedimiento Penal, en lugar del 565 ibídem, porque lo que entonces ocurre en el fondo es una ausencia de justificación, ausencia en la cual pueden quedar incluídos desde el argumento temerario y aun torpe, hasta la vertebrada exposición de razones con intrínseco valor jurídico, pero ineficaces para el fin que se persigue, o sea el de destruír la presunción de legalidad que ampara al fallo recurrido.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE CASACION PENAL.—Bogotá, marzo treinta de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS:

Agotado el trámite legal correspondiente, decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de fecha veinticinco de marzo de mil novecientos sesenta y uno, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto condenó a Gualberto Cuastumal a la pena principal de quince (15) años de presidio, y a las accesorias del caso, como responsable del delito de homicidio, calificado de asesinato, en la persona de Uribe Marcos Efrén Herrera. Dicho fallo confirmó plenamente el de primera instancia, proferido por el Juzgado Segundo Superior de la ciudad nombrada el 12 de julio de 1960.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL:

Acoge la Sala los términos en que han sido sintetizados los hechos por el juzgador de segundo grado:

"El 24 de diciembre de 1956, Uribe Marcos Efrén Herrera, durante las horas de la tarde, fue visto en la sección 'Macas' del Municipio de Carlosama, al parecer desorientado y sin dar explicación alguna en cuanto a su presencia por aquella región, lo cual motivó las sospechas de los vecinos del lugar, quienes llegaron a pensar que se trataba de un ladrón. Ya al anochecer, cuando Herrera fue encontrado en las cercanías de la vivienda de Domingo Imbacuán, por los señores Licinio Lima, Rogelio Cuaical, Rosalino y Gualberto Cuastumal, éste último lo amenazó con un revólver y le ordenó que alzara los brazos para ser requisado. Acto seguido, el mismo Cuastumal, sin tener en cuenta las manifestaciones de Herrera en el sentido de hallarse perdido y buscando posada, disparó sobre él por dos veces, causándole la muerte instantánea. Luégo obligó a las personas presentes a que arrojaran el cadaver a unas canteras aledañas".

Gualberto o Alberto Cuastumal fue residenciado en juicio mediante auto de fecha 28 de abril de 1958, proferido por el Juzgado Segundo Superior de Pasto (folios 174 y siguientes).

En la parte motiva de dicha providencia, se expresó:

"Para el Juzgado es evidente que el autor de la muerte del al parecer demente Herrera Peña no fue otro que Alberto Cuastumal y movido por el antecedente de que Herrera Peña no era conocido en la comarca y que en el vecindario fue creído como un ladrón, pero como ya se dijo al parecer este infortunado sufría de trastornos mentales en aquella tarde última de su vida, y lo hizo Cuastumal encontrándose completamente indefenso y sobreseguro hizo el impacto en el abdomen quien cayó desfallecido en el acto y por lo mismo la víctima estuvo en condiciones de indefensión de inferioridad y en consecuencia se trata en este caso de un delito de 'homicidio agravado' y dadas las circunstancias en que actuó Cuastumal teniendo a su víctima a tres metros de distancia en actitud completamente pasiva y que hizo uso de un revólver disparando por más de una vez la intención de éste es clarísima que fue la de matar y en consecuencia se trata en este caso de un homicidio intencional agravado".

El Juzgado del conocimiento sometió a la consideración de los Jueces de conciencia la siguiente cuestión:

"¿El acusado Gualberto o Alberto Cuastumal es responsable de haber ocasionado a Uribe Marco Efrén Herrera Peña dos heridas con arma de fuego en el hipogastrio que le produjeron perforaciones en el intestino delgado y destrucción de las arterias mesentéricas y consecuencialmente la muerte por anemia aguda, y lo hizo sobreseguro, encontrándose la víctima en condiciones de indefensión de inferioridad, y el hecho lo efectuó con el propósito de matar, en la región denominada 'La Balastra' de la sección Macas en jurisdicción del Municipio de Carlosama, en la noche del 24 de diciembre de 1956?"

El Jurado contestó, unánimemente: "Sí es responsable".

En desarrollo del anterior veredicto, el Juzgado Segundo Superior de Pasto profirió la sentencia condenatoria a que ya hízose referencia, la cual, como igualmente se expresó, fue confirmada por el *ad quem*.

DEMANDA DE CASACION

En escrito que no reúne los requisitos de fondo y de forma propios de este recurso extraordinario, sobre cuya técnica la Corte ha expuesto su criterio en innumerables providencias, el actor, ahorrando todo esfuerzo demostrativo, aspira a que se invalide el fallo acusado con fundamento en el primero de los dos motivos previstos en la causal 3ª de casación: No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder.

En no muy clara argumentación sostiene el recurrente que la circunstancia de mayor peligrosidad contemplada en el ordinal 7º del artículo 37 del Código Penal —"El abusar de las condiciones de inferioridad personal del ofendido, o de circunstancias desfavorables al mismo"— fue confundida con la causal 5ª del artículo 363 ibídem, desconociéndose así la diferencia que existe entre los elementos constitutivos del delito y aquellas circunstancias, que sólo inciden en la graduación de las sanciones. Tal confusión produjo el resultado de que Gualberto Cuastumal fuera condenado por asesinato, cuando en el auto de proceder sólo se le llamó a juicio, con intervención del Jurado, por simple homicidio, lesionándose así el derecho de defensa.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, después de formular serios reparos al aspecto formal de la demanda, arguye, con apoyo en anterior jurisprudencia de esta Sala, "que en los juicios en que interviene el Jurado es impertinente alegar la causal 3ª de casación, en cuanto estime que la sentencia no se ha dictado en consonancia con los cargos formulados en el auto enjuiciatorio".

Y concluye así la vista del distinguido colaborador:

"Con fundamento en que se ha invocado un motivo de casación que no es viable en este proceso y en que la demostración de los cargos ofrecidos por el recurrente más bien tiende a demostrar otra causal a la alegada en la demanda, el suscrito Procurador Segundo Delegado en lo Penal, atentamente solicita a esa honorable Corte que declare desierto el recurso (artículo 565 del Código de Procedimiento Penal) o, en subsidio, se proceda al tenor del artículo 569 del mismo estatuto".

SE CONSIDERA:

1º Es cierto que la Corte, en diversos fallos, ha sustentado la tesis que ahora recuerda la Procuraduría. En efecto, sobre el particular ha dicho esta corporación:

"En razón a que en los juicios en que interviene el jurado no es el Juez de derecho el que califica la responsabilidad, es improcedente alegar como causal de casación en estos procesos, la de no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder (causal 3ª). 'Si se invalidara el fallo por esta razón —ha dicho la Corte— se prescindiría del veredicto, base inmodificable de la sentencia, si fue admitido, y, por otra parte, el juzgador se abrogaría una atribución que la ley no le ha conferido, convirtiéndose así en juez de hecho y de derecho" (septiembre 10 de 1955, *Gaceta Judicial*, Tomo LXXXI, números 2157-58, página 266; febrero 27 de 1957, números 2177-78, entre otros).

El rigor de la anterior doctrina, sin embargo, fue posteriormente atemperado por la Sala, como se desprende del fallo de fecha 17 de abril de 1961, cuyo aspecto pertinente se transcribe a continuación:

"2ª En los juicios con intervención de 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 1943, que derogó el 498 del Código de Procedimiento Penal, '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' (Código de Procedimiento Penal, artículo 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 Código Penal, 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 Código de Procedimiento Penal 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.

"3ª 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. Puede 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".

"..... .....

"..... .....

...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.

"7ª No es propio, como lo ha afirmado la Corte al estudiar la causal tercera de casación,

que en juicios con intervención del jurado 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 concluír 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.

"8ª 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". (*Gaceta Judicial,* Tomo XCV, número 2239, páginas 567 y siguientes).

2º En el caso *sub judice,* aun aplicando el criterio más benévolo, existe, no obstante, motivo suficiente para desechar el recurso. En efecto, aunque el auto de proceder proferido contra Gualberto o Alberto Cuastumal no constituye propiamente un modelo en su género, no sólo por sus deficiencias de orden técnico, sino inclusive por los errores sintácticos que lo caracterizan, es lo cierto que de su contenido total surge la modalidad específica prevista en el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal, porque, como lo ha dicho la Corte, "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 halla colocado el sujeto pasivo del delito" (entre otras: sentencias de 5 de marzo de 1947, LXII, 769; 9 de febrero de 1954, LXXVII, 189).

No es exacto, en consecuencia, que al reo, como lo afirma el demandante sin demostrarlo, se le haya llamado a juicio por homicidio simplemente voluntario, para condenarlo luégo por asesinato, cercenándole el derecho de defensa. La causal invocada, por tanto, no prospera.

3º Adviértese, finalmente, que cuando, como en el presente caso, se invoca por lo menos una causal de casación y existe siquiera un intento demostrativo, resulta más adecuado aplicar el artículo 569 del Código de Procedimiento Penal, en lugar del 565 ibídem, porque lo que entonces ocurre en el fondo es una ausencia de justificación, ausencia en la cual pueden quedar incluídos desde el argumento temerario y aun torpe, hasta la vertebrada exposición de razones con intrínseco valor jurídico, pero ineficaces para el fin que se persigue, o sea el de destruír la presunción de legalidad que ampara al fallo recurrido. Valga lo que acaba de expresarse para acoger la petición subsidiaria del señor Procurador, en defecto de la principal.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso estudiado en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo, Angel Martín Vásquez A.

Pioquinto León L., Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS

Entre un Juez Superior y un Comandante de Batallón, relacionada con el procesamiento de un soldado incriminado de homicidio. Qué ha de entenderse por "servicio militar" para efectos de determinar la competencia. Competencia castrense y estado de sitio.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

No es aceptable, al menos para fijar la competencia, darle a la expresión "servicio militar" un sentido restrictivo que no se compadece con los textos usados por la ley y la Constitución. Por lo tanto, para que quedara sometido a la justicia castrense, no se requería que el soldado contra quien se adelanta el proceso, en el momento de ejecutar el homicidio que se le imputa, se encontrara prestando "servicio de régimen interno", es decir, de guardia, en patrulla, ni tampoco bajo tropas formadas y cumpliendo órdenes especiales de operaciones.

2. Nada importa, para efectos de determinar la competencia en relación con la aplicación del fuero castrense a los militares en servicio activo, saber si en el momento en que se cometió el hecho o cuando se va a juzgar está o no en vigencia el régimen del estado de sitio, pues dicho fuero, para los militares en "servicio activo", opera o es aplicable en todo momento y en todo el territorio de la República.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA PENAL.—Bogotá, marzo treinta y uno de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

Procede la Sala a dirimir la colisión de competencia negativa que en este proceso, adelantado contra el soldado Alfonso Jaramillo Girón por el delito de homicidio consumado en la persona del Sargento 1º Carlos Vélez Mejía, se ha suscitado entre el Juez Superior de Neiva y el Comandante del Batallón Ayacucho, acantonado en Manizales, cuerpo militar al cual el sindicado estaba incorporado.

ANTECEDENTES

Los hechos que originaron el proceso los resume el Comandante del Batallón, en los términos siguientes:

"En las horas de la tarde del día diez y ocho de abril de mil novecientos cincuenta y cuatro arribó a la región de Potosí, Huila, el Sargento Viceprimero Carlos Vélez Mejía, con la misión de comprobar las existencias de munición del puesto militar allí destacado, y sin esperar la presencia del Comandante del puesto, quien se hallaba en aquellos momentos cumpliendo órdenes superiores en la vereda de "San Alfonso", jurisdicción del Municipio de Villavieja, indispensable para la misión que se proponía cumplir, asumió el mando de la tropa y valiéndose de procedimientos irregulares, ordenó la formación del personal de soldados. A este efecto, golpeó al soldado Luis Martínez en la cabeza con una bayoneta, acción que indignó a su compañero Rafael Villafañe, quien amenazó al Sargento Vélez con su fusil.

"Entonces, el Sargento Vélez pretendiendo imponer la disciplina se fue a la lucha con el soldado Villafañe, oportunidad que logró el soldado Alfonso Jaramillo Girón para disparar su fusil contra el citado Suboficial, desde una de las ventanas del dormitorio de tropa, con las consecuencias que revela el plenario".

Adelantada y perfeccionada la instrucción del sumario por el Auditor Auxiliar de Guerra de la Sexta Brigada, con residencia en la ciudad de Neiva, por comisión del Comandante de esta Brigada, el Comando del Batallón de Artillería "Tenerife", con sede en Neiva, resolvió enviar el negocio al Comandante del Batallón Ayacucho, ya que el sindicado "fue incorporado en el Ejército y dedicado a prestar su servicio militar" en esta unidad, aunque cuando cometió el delito estaba en comisión bajo las órdenes de aquel Comando.

El Comandante del Batallón "Ayacucho", por auto del 3 de enero del presente año, declaró la nulidad de todo lo actuado en el sumario, pues de acuerdo con el concepto del respectivo Auditor de Guerra, estimó que el funcionario que había instruído el proceso carecía de competencia para ello, y dispuso, al mismo tiempo, comisionar al Juez 23 de Instrucción Penal Militar, "para que dentro del término estrictamente necesario reponga lo actuado".

El Juez comisionado, sin cumplir la comisión y sin practicar ninguna diligencia, remitió el negocio al Juez Superior de Neiva, por cuanto estimó que se trata de un delito común y que por haberse restablecido el orden público la competencia radica en la justicia ordinaria.

Por su parte, el Juez Superior de Neiva, en providencia del 17 de enero del corriente año, devolvió el expediente al Juez 23 de Instrucción Militar, para que cumpliera la comisión, por cuanto consideró que el negocio es de la competencia de la justicia castrense porque el delito se cometió "con ocasión del servicio militar".

A su vez, este Juez, insistiendo en que la competencia radica en la justicia ordinaria, resolvió enviar nuevamente el sumario al Comandante del Batallón "Ayacucho", quien acogiendo la tesis del Juez comisionado, y haciendo un sutil e inadecuado distingo entre servicio militar "genérico" y servicio "específico, concreto, determinado", resolvió enviar por segunda vez el sumario al Juez Superior de Neiva, proponiéndole colisión de competencia negativa, en caso de no aceptar las razones de su providencia.

El Juez Superior de Neiva, en auto del 1º de marzo, aceptó la competencia, y en consecuencia, dispuso remitir a la Corte el proceso.

SE CONSIDERA:

Si como lo reconoce expresamente el propio Comandante del Batallón "Ayacucho": "Claro es que el reato de autos fue cometido con ocasión del 'servicio militar', y el soldado Jaramillo Girón 'hizo uso de su fusil de dotación desde el alojamiento destinado para dormitorio de tropa', y con el disparo de este fusil ocasionó la muerte del Sargento Carlos Vélez Mejía, no hay duda de que fue con ocasión de dicho servicio que el militar sindicado consumó el homicidio que se le imputa, y por lo tanto, en cuanto a su juzgamiento queda amparado por el fuero castrense, al tenor de lo previsto en el artículo 170 de la Constitución Nacional y el artículo 194 del Código de Justicia Militar.

No es aceptable, por lo menos para fijar la competencia, darle a la expresión "servicio militar" el sentido restrictivo que le da el señor Comandante del Batallón de Infantería "Ayacucho", cuando expresa:

"El 'servicio militar' es un presupuesto: es, en el caso de autos, un requisito en el sindicado. Este, para ser cobijado dentro de la jurisdicción castrense debe ser militar, debe estar prestando servicio militar. De ahí que el artículo 194 citado exprese que 'el militar...'

"Claro es que el reato de autos fue cometido con ocasión del 'servicio militar'. Servicio genérico. Pero al hablarse de ocasión o causa del servicio' (194), se está hablando de servicio específico, concreto, determinado. Y por ello la respuesta ha de ser negativa. Vale decir: Jaramillo Girón no causó la muerte con ocasión o por causa del 'servicio' establecido previamente en orden concreta. Ya se anotó oportunamente y se ha subrayado, de que hizo uso de su fusil de dotación desde el alojamiento destinado para dormitorio de tropa. No hay constancia que revele que se encontraba en *servicio especial* dispuesto por orden del día.

"Consciente este Despacho con el desconocimiento de reglamentos y disciplinas castrenses por parte del señor Juez Superior de Neiva, recaba en esta oportunidad la trascendencia que tiene la 'orden del día' de las unidades para ordenar los actos del servicio.

"En efecto, 'orden del día' es el título que sirve a todo Comandante de unidad operativa, táctica, o de puesto militar para tratar el caso *sub judice*, para dar a conocer al personal bajo su mando los actos del *servicio* relacionados con la administración y mando de la unidad bajo su responsabilidad. Es también el documento por medio del cual el Comando ordena todos los servicios de régimen interno, de guardia y de guarnición para el control interno y externo de la unidad y de la jurisdicción territorial encomendada a su cuidado".

Como se ve, el señor Comandante le da un alcance tan restrictivo al término "servicio militar", que llega a confundirlo con el de "orden del día", tal como se entiende esta expresión en el lenguaje castrense. Pero esta interpretación restrictiva no se compadece con los textos usados por la ley y por la Constitución, que emplean dicho término en su sentido genérico, como tiene que ser, sin que el intérprete pueda hacer al respecto distingos que estas normas no autorizan.

Por lo tanto, para el caso, no se requería que el soldado Jaramillo Girón, en él momento de ejecutar el ilícito que se le imputa, se encontrara o no prestando "servicio de régimen interno" es decir, de guardia, en patrulla... ni tampoco bajo tropas formadas, y cumpliendo órdenes especiales de operaciones, como lo expresa el señor Comandante del Batallón de Infantería "Ayacucho", para quedar sometido a la justicia castrense.

De acuerdo con esta original concepción del "servicio militar", un ciudadano incorporado al Ejército Nacional, para prestar dicho servicio, no estaría cumpliéndolo sino únicamente durante el tiempo preciso en el que estuviera de guardia, en patrulla o en formación, o cumpliendo órdenes específicas y concretas relativas al régimen interno de la unidad operativa, táctica, o del puesto militar al cual pertenece.

Por otra parte, nada importa tampoco como parece entenderlo el señor Comandante, para efectos de determinar la competencia en relación con la aplicación del fuero castrense a los militares en servicio activo, saber si en el momento en que se cometió el hecho o cuando se va a juzgar está o no en vigencia el régimen del estado de sitio, pues dicho fuero, para los militares en "servicio activo", opera o es aplicable en todo momento y en todo el territorio de la República.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, RESUELVE que el conocimiento y decisión de este proceso corresponde a la justicia castrense y no a la ordinaria.

Cópiese, notifíquese y devuélvase este proceso al Juzgado Penal Militar de Primera Instancia (Comandante del Batallón de Infantería "Ayacucho") para lo de su cargo.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

LESIONES PERSONALES

No se ciñó el recurrente, al acusar la sentencia condenatoria, a los requisitos de forma y de fondo que debe llenar la demanda de casación. No hay base legal para estudiar la demanda.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

Una demanda carente de los requisitos esenciales de técnica no puede servir para fundamentar el recurso extraordinario de casación y, en consecuencia, la Corte como Tribunal de Casación, sólo está obligada a estudiar las demandas que vengan ajustadas a las condiciones exigidas por la ley.

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

(Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

Procede la Sala a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Rogelio López Hurtado, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, proferida el catorce de marzo del año pasado, y por medio de la cual, al confirmar en todas sus partes el fallo de primer grado, condenó a dicho procesado a la pena principal de dos años de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable del delito de lesiones personales inferidas a Gonzalo Galvis Cano.

HECHOS:

Los que originaron este proceso los resume el *ad quem* del modo siguiente:

"Tuvieron lugar los hechos criminosos objeto de esta investigación a eso de las cuatro de la tarde, más o menos, del día cuatro de marzo del año pasado en el área urbana de la población de Palestina. Ciertas rivalidades surgieron entre los sindicados Arturo y Rogelio López con el ofendido Gonzalo Galvis Cano por el hecho de éste haber tenido que demandar en juicio civil al primero de los citados, padre del segundo, habiendo sido obligado el deudor a pagar la acreencia al ofendido. Por ese motivo, los López le cobraron ojeriza a Galvis y no desperdiciaban oportunidad para asecharlo con el fin de zanjar por las vías de hecho esas diferencias, cosa que parece la tenían prometida desde cuando ellos concurrieron al Juzgado a hacer la liquidación correspondiente a la deuda que Arturo López tenía pendiente con Galvis y tal como puede desprenderse de la certificación dada por el Juez obrante al folio 30 vuelto y lo declarado, bajo juramento, por el Secretario del mismo Juzgado al folio 31 frente y vuelto. El cuatro aludido y a la hora ya conocida, Galvis fue al taller de mecánica de Rómulo Santofimio con el fin de adquirir un eje el que en realidad compró; al salir de ese taller tropezó con la presencia de los López quienes armados de peinillas lo acometieron, hiriéndolo en el antebrazo derecho Rogelio, y Arturo sobre el hombro del mismo lado y sin que Loaiza (sic) hubiera podido defenderse porque pronto estuvo imposibilitado para hacerlo. Antonio Ramírez lo condujo al hospital y los López se retiraron, Rogelio huyendo velozmente y Arturo entrándose a su casa".

DEMANDA

El señor apoderado del recurrente, con el propósito de fundamentar el recurso, se limitó a presentar, dentro del respectivo término legal, un simple alegato, en el que no se cumplen los requisitos de forma ni de fondo que para estos

casos exige el artículo 531 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a la casación penal en virtud de lo previsto en el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal.

En efecto, en dicho escrito, ni se hace un resumen de los hechos, ni se citan los textos legales que el recurrente estima infringidos por la sentencia acusada, ya que en él únicamente se invoca la causal segunda de casación, contentándose con reproducir los mismos argumentos que se hicieron valer por la defensa en el alegato presentado ante el Tribunal, para criticar la apreciación de los hechos procesales realizada por el Juez *a quo*, y con el objeto de demostrar ahora que el *ad quem* incurrió en error en cuanto a la apreciación de dichos hechos.

Por esto, con todo fundamento, el señor Procurador Segundo Delegado le hace a la demanda de casación los reparos siguientes:

"*Vicios fundamentales del escrito de impugnación.*

"Puede resumirse el defecto principal del libelo con el cual se sustenta el recurso extraordinario de casación en el caso *sub judice* afirmando que él constituye un simple alegato de instancia y no propiamente una demanda de casación, en cuya forma se ha de observar lo dispuesto por el artículo 531 del Código Judicial, de aplicación en materia penal al tenor del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal y que en lo relacionado con el fondo de la misma debe sujetarse a la técnica propia del recurso y de la causal alegada en cada caso concreto.

"El escrito sometido a consideración de la honorable Corte en el caso presente no contiene un resumen de los hechos materia de la controversia, lo cual es de imprescindible cumplimiento y en especial cuando se invoca la causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que la discusión que precisa ofrecer como crítica a la sentencia acusada versa sobre los hechos del proceso, en tal evento. Ordenadamente se formula por el impugnador un nuevo criterio interpretativo de la prueba allegada al informativo, como respaldo a la causal segunda que ha sido invocada en la demanda, pero no se ha demostrado que en la valoración de los hechos cumplida por el Tribunal *ad quem* se haya incurrido en error evidente, notorio o manifiesto, lo cual daría lugar a la prosperidad del recurso propuesto si, además, se hubiera comprobado la calidad de tales hechos como "elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción".

"Y si a lo anterior se agrega que el recurrente pretende se reconozca a favor de su poderdante el haber obrado en estado de legítima defensa de tercero con más razón se anotará que, en cuanto a la sustentación misma del recurso, la demanda peca por defecto, pues como ha dicho la honorable Corte la causa de justificación del hecho que comporta la legítima defensa 'debe aparecer claramente probada, tanto objetiva como subjetivamente, lo que es apenas lógico, en atención a que la defensa justa, en el fondo, significa ejercicio de un derecho, y los derechos, para ser reconocidos, requieren ser comprobados en debida forma' (*Gaceta Judicial*, Tomo XCIII, números 2230 y 2231, página 793). Basta decir que el impugnador sin entrar a demostrar plenamente los presupuestos de la legítima defensa, como corresponde en casación toda vez que la actividad oficiosa le está prohibida a la honorable Corte en el trámite de este recurso excepcional. No puede cumplirse a cabalidad la comprobación de la causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal cuando al negar la apreciación de los hechos que ha verificado el *ad quem* o al criticar la omisión de éste en cuanto a la valoración de otros hechos del proceso no se indica, con fuerza demostrativa suficiente, cuál es el verdadero valor que tales hechos contienen y cuál su naturaleza misma de elementos 'constitutivos del delito determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción". Oponer, en casación, al criterio sobre el mérito de los hechos que fijó el fallador de segunda instancia otro diferente, por parte del impugnador, no es de por sí haber demostrado plenamente la causal segunda de casación; ello es obvio".

"... ... ..."

"Ya al criticar la elaboración formal de la demanda en estudio se hizo mención a la ausencia del relato de los hechos materia de la controversia y, ahora, cabe agregar que en la demostración de los cargos se ha hecho caso omiso de mencionar las disposiciones legales que se estima infringidas por parte del Tribunal *ad quem*, en el fallo demandado. Se repite: apenas se ha formulado un nuevo criterio interpretativo de la prueba que no es idóneo para imprimir prosperidad a la causal segunda de casación, de exigente manejo en casación pues requiere la comprobación de los siguientes presupuestos:

"1º La indicación ordenada de los hechos a los cuales en la sentencia 'se haya atribuído un

valor probatorio que no tienen', tras lo cual es indispensable señalar cuál es el verdadero valor que poseen y la razón de ello. O bien señalar los hechos a los cuales 'se les haya negado el que sí tienen' y precisar el motivo de tal negación y cuál es el valor probatorio que tales hechos desestimados poseen. O ya indicar los hechos a los cuales 'no se les haya tomado en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso', agregando en forma demostrativa cuál es el mérito probatorio de tales hechos. O por último, señalar los hechos que fueron estimados no obstante la 'manifiesta contradicción entre ellos' para lo cual, además de la indicación de los hechos contradictorios, se debe comprobar lógicamente que tal contradicción existe en forma evidente o notoria.

"2º Tras la mención de tales hechos es necesario indicar los motivos de orden lógico y legal por los cuales se acusa la errada interpretación o apreciación de los hechos y es aquí donde se debe comprobar la violación de las normas que regulan la crítica probatoria, infracción medio que conduce a la violación de la ley en la sentencia acusada. No se cumple la demostración de la causal segunda de casación sin mencionar los textos legales que se estima infringidos y cuál es el motivo de infracción.

"3º Precisados los hechos justipreciados equivocadamente o dejados de valorar en su mérito exacto, conviene comprobar que ha existido por parte del Tribunal *ad quem* un error manifiesto, notorio, ostensible, evidente en tal valoración. No es simplemente el haber errado en la apreciación de los hechos o en la interpretación de los mismos lo que es conveniente acreditar por conducto de la causal segunda de casación penal, sino especialmente el haber errado sobre tal particular en forma evidente, valè decir contra las leyes de la lógica jurídica que regula el análisis de la prueba. No es el error, sino el error manifiesto en la valoración de los hechos o en la demostración de los mismos el que precisa comprobar.

"4º Cumplido lo anterior se ha de demostrar que tales hechos tienen la calidad de elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción, al tenor del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, en el ordinal 2º.

"La labor es, pues, amplia y exigente cuandoquiera que a través de la causal segunda de casación se discute la legalidad de la sentencia acusada. La presunción de haber sido producido el fallo acusado de acuerdo a la ley no puede ser desvirtuada con la simple afirmación del error en la valoración de los hechos o en la desestimación de los mismos. Demostrar no es afirmar.

"Consignado lo anterior sobre la técnica que preside la comprobación de la causal aludida, este Despacho estima que en el caso *sub judice* los cargos presentados en el escrito de impugnación no revisten la idoneidad necesaria para imprimir prosperidad a la causal invocada y ello porque, además, de ser insuficientes en cuanto a la indicación de las normas legales que se estima violadas, son carentes de la comprobación de que los hechos valorados equivocadamente o dejados de apreciar constituyen la causal de justificación del hecho denominado legítima defensa de tercero, por lo cual se exime de responsabilidad penal".

—

El señor colaborador Fiscal tiene toda la razón en la crítica que le hace al escrito con el que el demandante ha pretendido fundamentar el recurso, pues él revela una completa falta de técnica, ya que dicho escrito apenas es un breve alegato de instancia, en el que el recurrente no se ciñe a los requisitos exigidos por la ley en estos casos y en el que se limita a reproducir la crítica testimonial hecha en los alegatos de instancia, pretendiendo oponer e imponer el personal criterio de valoración de las pruebas de la defensa al criterio de los Jueces de instancia, medio éste completamente ineficaz, por sí solo, para demostrar el error notorio en que dice incurrió el Tribunal en el fallo acusado.

Con respecto a los requisitos de técnica procesal, tanto de forma como de fondo, exigidos por la ley para fundamentar el recurso extraordinario de casación y para que la Corte entre a considerar este medio de impugnación, esta Sala, en repetidas ocasiones, ha sostenido que:

"Para que en casación prospere la demanda —ha dicho la Corte— es indispensable que la persona que ejercita ese derecho se ciña estrictamente a los términos señalados por la ley, no sólo en su aspecto de forma sino en su contenido intrínseco o de fondo. Es la unidad de estos dos factores lo que estructura jurídicamente una demanda para que la Corte con fundamento en ella pueda hacer el estudio de los problemas que en ella se plantean. Si la demanda es una crítica de la sentencia frente a la ley, porque fue violada, mal interpretada o indebidamente aplicada —como se asegura que ocurre en este caso— deber de quien acusa la sentencia es el de anotar esos errores para que sean corregidos.

"Pero a este final no se llega por la simple presentación de un memorial o alegato, ni por la referencia que en él se haga de haber expuesto el problema en otra oportunidad y dentro del mismo proceso, ni por la cita escueta de las disposiciones que se dicen violadas o mal aplicadas, sino mediante la demostración y análisis de cada una de las causales invocadas. De no ser así, el recurso de casación se convertiría en una tercera instancia y la técnica que debe presidirlo sería inoperante. Por eso, hay que repetirlo, la Corte como Tribunal de Casación, sólo estudia las demandas que vengan ajustadas a la ley" (*Gaceta Judicial,* Tomo LXXXI).

Por estas razones, esta Sala ha sostenido en numerosas oportunidades, interpretando el artículo 565 del Código de Procedimiento Penal que autoriza declarar desierto el recurso de casación cuando él no se fundamenta debidamente dentro del término legal, que:

"Cuando el artículo 565 del Código de Procedimiento Penal dice que el recurso debe declararse desierto si no se fundare en la oportunidad legal, no sólo está indicando la ausencia de todo escrito tendiente a respaldar el propósito de impugnación, sino también el caso en que la *demanda* a que se refiere el inciso segundo del artículo 563 ibídem, no indique la manera precisa de los hechos y las razones jurídicas en que se basa el recurrente y que sirvan a la Corte para hacer un estudio concreto de la providencia recurrida en relación con las causales que se invoquen".

Por lo tanto, una demanda carente de los requisitos esenciales de técnica no puede servir para fundamentar el recurso extraordinario de casación y, en consecuencia, la Corte como Tribunal de Casación, sólo está obligada a estudiar las demandas que vengan ajustadas a las condiciones exigidas por la ley.

Es verdad que la Corte, en ciertas ocasiones y a este respecto, ha aplicado un criterio de alguna amplitud en favor del acusado, para no sacrificar la justicia a un riguroso formalismo, pero este precedente no autoriza a la Sala para llegar hasta el extremo de corregir o suplir los defectos esenciales en que incurra el recurrente en su demanda, como ocurre en el presente caso, para entrar a un estudio de fondo, pues a ello la inhiben las deficiencias anotadas, ya que lo contrario sería abrir la puerta para que el recurso de casación se convierta, de hecho, en una tercera instancia, que no autoriza la ley, y para que se desvirtuara completamente la naturaleza y finalidad de este extraordinario y excepcional medio de impugnación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, DECLARA DESIERTO el recurso de casación interpuesto en este proceso contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales por el reo Rogelio López Hurtado, a quien se lo condena en costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria; Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

NULIDADES CONSTITUCIONALES

Al defender un mismo abogado a dos sujetos acusados de homicidio, cuyos intereses eran abiertamente encontrados, se lesionó gravemente el derecho de defensa que consagra la Constitución.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Por cuanto en el campo penal la responsabilidad es absolutamente individual como también la posición del reo durante el curso del proceso, resulta imposible que un solo defensor pueda asistir en un mismo juicio, a procesados de intereses contrapuestos, los cuales, al entrar en conflicto como consecuencia lógica de su particular tutela, en la hipótesis de defensor único, harían nugatorio ese derecho con respecto al conjunto de aquellos intereses para determinar, dentro de esas condiciones, la inevitable violación del artículo 26 de la Carta.

2. Como lo ha reiterado la Corte: "Cuando hay varios procesados absueltos y uno condenado que recurre en casación invocando como causal el ser la sentencia violatoria de la ley de procedimiento por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad, la infirmación del fallo debe ser parcial y no total, porque la anulación del proceso no puede perjudicar a los sindicados que no recurrieron en casación y que tienen a su favor la sentencia absolutoria del tribunal".

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

(Magistrado ponente: doctor Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación respecto de la sentencia del 2 de mayo del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería condenó a los señores Manuel de los Reyes Regino López y Manuel Capistriano Regino Sariego, como responsables del delito de homicidio en el señor Antonio María Durante Caraballo, a la pena de nueve (9) años de presidio cada uno, aplicándoles las penas accesorias del caso, fallo en el que, de otra parte, se absolvió, por el mismo delito, al señor Rafael Enrique Regino López y se le condenó, en cambio, por el de lesiones personales en el señor José Joaquín Durante Caraballo a la pena de dos (2) meses de arresto y multa de $ 10.00 a favor del Tesoro Nacional.

HECHOS:

En el amanecer del 31 de mayo de 1959, con ocasión de un baile que congregó a numerosas personas en la casa de la señora María Cordero, ubicada en la fracción de "Los Mimbres", comprensión del Municipio de Ciénaga de Oro, se presentaron los acontecimientos en cuyo desarrollo fue muerto, de un disparo de "arma de fuego", el señor Antonio María Durante Caraballo, y resultaron heridos el señor Rafael Enrique Regino, hecho que atribuído al predicho occiso, dio lugar a una declaración que, aunque dictada sin la debida propiedad, puso término a la acción penal al respecto, y el señor José Joaquín Durante, quien sufrió 12 días de incapacidad, sin otras consecuencias.

ACTUACION PROCESAL:

De los referidos hechos conoció el Juzgado 2º Superior de Montería, el cual, en auto del 16 de

marzo de 1960, cuya ejecutoria se produjo en la misma instancia, llamó a juicio, por razón del delito de homicidio consecutivo a la muerte violenta del señor Antonio María Durante, a los señores Rafael Enrique Regino, Manuel de los Reyes Regino y Manuel Capistriano Regino, a los dos primeros como autores y al tercero como cómplice necesario, y, además, por el delito de lesiones personales en el señor José Joaquín Durante, todos tres con el carácter de coautores.

En la notificación del auto de proceder, los procesados designaron como defensor al doctor Marco Díaz Castillo, quien sin providencia alguna que lo reconociera en esa condición, se posesionó de su cargo, el cual ejerció, sin solución de continuidad, a lo largo de toda la primera instancia del juicio, lo que quiere decir que intervino, en representación de los tres acusados, en la audiencia pública, hecho sobre el que debe recalcarse, precisamente en atención a las tesis que plantea y sustenta la demanda de impugnación.

En orden a la predicha vocación a juicio, llegada la oportunidad legal, se propusieron al jurado, respecto de los señores Rafael Enrique Regino y Manuel de los Reyes Regino, en lo tocante con el delito de homicidio, entendido en aquella determinación como simplemente voluntario, los respectivos cuestionarios, los cuales fueron contestados, en relación con el primero, por medio de la frase: "no es responsable", y en cuanto al segundo por medio de la frase: "sí es responsable, pero en estado de ira por el ataque de que fue víctima su hermano".

En relación con el señor Manuel Capistriano Regino se propuso al jurado, respecto del mismo delito de homicidio, un cuestionario en donde se le situó, no como cómplice necesario, como ha debido hacerse de acuerdo con las especificaciones concretas del auto de proceder, sino como coautor del delito, cuestionario al que se dio respuesta con la frase: "sí es responsable como cómplice, pero en estado de ira por el ataque de que fue víctima su hermano".

Los cuestionarios referidos al delito de lesiones personales en el señor José Joaquín Durante fueron contestados de manera afirmativa en cuanto al señor Rafael Enrique Regino y negativa en cuanto a los señores Manuel de los Reyes Regino y Manuel Capistriano Regino.

Con fundamento en los expresados veredictos el Juzgado, en sentencia del 8 de noviembre de 1960, condenó a los señores Manuel de los Reyes Regino y Manuel Capistriano Regino, como responsables del delito de homicidio en el señor Antonio María Durante, el primero en la calidad de autor y el segundo en la de "cómplice necesario", a la pena de "nueve (9) años de presidio", y les aplicó las penas accesorias del caso, absolvió, por el mismo delito, al señor Rafael Enrique Regino y lo condenó, en cambio, por el de lesiones personales en el señor José Joaquín Durante, a la pena de dos (2) meses de arresto y multa de $ 10.00. Ese fallo, aunque nada resolvió en torno al delito de lesiones personales que se imputó a los señores Manuel de los Reyes Regino y Manuel Capistriano Regino y sobre el cual el jurado emitió veredicto, el mencionado Tribunal lo confirmó, sin ninguna observación, en el suyo del 2 de mayo del año pasado.

DEMANDA DE CASACION:

En la demanda, elaborada con arreglo a las exigencias legales, los recurrentes señores Manuel de los Reyes Regino y Manuel Capistriano Regino, por conducto del distinguido apoderado que los representa, invocan, de las causales de casación previstas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, la 4ª como principal, la 3ª como subsidiaria de aquélla y la 1ª como consecuencia de la predicha 3ª, las cuales se sustentan dentro de capítulos separados.

CAUSAL 4ª

Con apoyo en esta causal, se formulan al fallo acusado dos cargos, ambos encaminados a demostrar que es violatorio de la ley procedimental "por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad", el primero de los cuales se sustenta, no sin antes recordar, con respaldo en la cita de algunos fallos, que "es copiosa, reiterada y uniforme la jurisprudencia" de la Corte en que se sostiene "que es causal de nulidad" la circunstancia de que el reo "no esté asistido por un representante que se encuentre en condiciones de hacer una eficaz defensa de sus intereses", en los términos que a continuación se transcriben:

"Si se aplican los anteriores principios al caso de autos, aparece evidente que este juicio es nulo, a partir de la posesión dada por el señor Juez al doctor Marco Díaz Castillo, para que actuara como defensor común de Manuel de los Reyes Regino y de Rafael Enrique Regino. Porque los intereses de estos procesados son absolutamente opuestos, según se dejó establecido de manera expresa en el auto de proceder, que, una vez en firme, pasó a ser ley del proceso; ya que, como se recalca en dicha pieza, el autor del homicidio que se les imputa a ambos 'o es Rafael Enrique Regino o es Manuel de los Reyes Regino, uno de

los dos. No los dos juntos'. Y, por ello, no podían ser asistidos por un mismo defensor, sin que resultara írrito para ambos, o al menos para el acusado a quien represento, su derecho de defensa.

"La imposibilidad en que se encontraba el doctor Díaz Castillo de defender conjuntamente a los dos reos, quedó de manifiesto en la audiencia pública; pues no pudo pedirle al jurado una declaración enfática en favor de ninguno de ellos, sino que, conforme aparece en la transcripción del acta respectiva que hice en el capítulo I de esta demanda, hubo de constreñirse a formular pedimentos condicionales y dubitativos. Por todo lo cual mi poderdante fue condenado sin habérsele oído y vencido en juicio.

"Consecuencia de todo lo dicho es que el señor Juez Segundo Superior de Montería, al no resolver que el doctor Díaz Castillo carecía de 'las condiciones para desempeñar el cargo' de defensor de mi mandante Manuel de los Reyes Regino y del otro reo cuyos intereses eran opuestos a los de éste, violó los artículos 109 y 432 del Código de Procedimiento Penal y el artículo 26 de la Carta. Por lo tanto, el juicio es nulo a partir de la posesión del doctor Díaz Castillo, y así espero que lo decrete la honorable Corte al casar la sentencia acusada con fundamento en esta impugnación".

El segundo de los cargos de la causal 4ª se sustenta en la consideración de que el cuestionario relativo al señor Manuel Capistriano Regino, en lo que respecta al delito de homicidio, se elaboró en desacuerdo con el auto de proceder, puesto que, de una parte, en vez de presentar al procesado dentro de la complicidad necesaria que se especificó en la motivación de aquella medida, se le colocó como coautor del delito y, de la otra, no se tuvo en cuenta la "forma alternativa" como se planteó, también dentro de la motivación del enjuiciamiento, la complicidad atribuída al predicho sujeto, todo lo cual, en sentir de los recurrentes, violó las formas esenciales del juicio, garantizadas en el artículo 26 de la Constitución Nacional.

RESPUESTA:

En materia penal no siempre los intereses de los varios procesados que concurran pueden tomarse como solidarios y en esta suerte pretender que lo que se diga en torno a uno de ellos tenga que comprender a los demás, precisamente porque, en este campo, la responsabilidad es absolutamente individual y, por lo mismo, la defensa, como la posición del procesado durante el curso del juicio, tienen que ser, a su vez, individuales.

Esa individualidad en la defensa y en la posición del reo hacen imposible que un solo defensor pueda asistir, en un mismo juicio, a procesados de intereses contrapuestos, los cuales, al entrar en conflicto como consecuencia lógica de su particular tutela, en la hipótesis de defensor único, harían nugatorio ese derecho con respecto al conjunto de aquellos intereses para determinar, dentro de esas condiciones, la inexorable violación del artículo 26 de la Constitución Nacional.

Ahora bien: en este proceso los intereses de los señores Rafael Enrique Regino y Manuel de los Reyes Regino aparecen como absolutamente contrapuestos, en orden a que, en tanto que un grupo de testigos señala al primero como autor del disparo que segó la vida del señor Antonio María Durante, otro, con igual firmeza, sostiene que fue el segundo de aquellos dos sujetos. Esa contraposición se resaltó en el propio auto de proceder, donde se estamparon, entre otros, los siguientes párrafos, elocuentes al respecto:

"Son dos las personas a quienes el proceso señala, a cada una de ellas independientemente de la otra, como autor material de la lesión por disparo de escopeta, que ocasionó por anemia aguda, la muerte de este sujeto. El primero señalado, en el orden procesal, es el señor Rafael Enrique Regino... El segundo señalado es el hermano del anterior, de nombre Manuel de los Reyes Regino..."

"La cosa se concreta, según se tiene entendido, a que o es Rafael Enrique Regino o es Manuel de los Reyes Regino, uno de los dos. No los dos juntos. Las constancias procesales inclinan la mente de este juzgador, a considerar que el autor no es Rafael Enrique Regino y que sí lo es Manuel de los Reyes Regino".

La contraposición de intereses entre los dos procesados señalados cada uno como autor del homicidio es, pues, manifiesta, hecho que todavía es más evidente si se tiene en cuenta que el primero en indicar al señor Rafael Enrique Regino como ejecutor del disparo mortal es, como se anota en aquel mismo auto de vocación a juicio, "el hermano suyo de nombre Manuel de los Reyes Regino", vale decir, el otro sujeto a quien se atribuye el delito.

En los términos consignados, acaso por no haberse dado cumplimiento a la segunda parte del artículo 432 del Código de Procedimiento Penal, donde se dispone que el defensor nombrado "será reconocido por el Juez si reuniere las condiciones para desempeñar el cargo", se permitió que en el juicio los acusados señores Rafael Enrique Re-

gino y Manuel de los Reyes Regino estuvieran representados por medio de un solo defensor, hecho que, como se dejó sentado atrás, vició de nulidad ese juicio, precisamente por violación del artículo 26 de la Carta, que es el que, de manera expresa, garantiza el derecho de defensa. El señor Procurador sostiene esta misma conclusión por medio de varios e inteligentes argumentos, de los cuales importa resaltar los que condensa en el aparte siguiente de su ilustrado concepto:

"En el caso *sub judice* se observa, manifiestamente, cómo en el mismo auto de proceder el Juzgado indicó que el autor del homicidio en la persona de Antonio María Durante Caraballo no podía ser sino, alternativamente, Manuel de los Reyes Regino o Rafael Enrique Regino, pero no ambos. Pues bien: no se hace necesario razonar con esfuerzo para comprender que ante la situación planteada por el Juez *a quo* los intereses jurídicos de dichos reos resultaban en antagonismo rotundo, vale decir que un mismo defensor no podía atender a ambos procesados sin violar el contenido de los artículos 109 y 432 del Código de Procedimiento Penal, con la secuela lógica de lesionar el derecho de defensa de dichos procesados y, en especial, el de Manuel de los Reyes Regino quien fue declarado responsable de los hechos investigados, por parte del jurado. Es, pues, nulo lo actuado a partir de la posesión dada al doctor Marcos Díaz Castillo (folio 163 del cuaderno 1º). Así lo estima esta Procuraduría al hallar que el primer cargo planteado por el demandante, en apoyo de la causal cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, encuentra respaldo en la ley y en la Constitución".

Prospera, por lo tanto, la causal 4ª a través del cargo examinado, circunstancia que hace innecesario tratar del otro cargo, formulado también con apoyo en aquella causal, y de las demás que se invocan.

La invalidación que habrá de disponerse en relación con el fallo acusado, con la consiguiente orden para reponer el procedimiento a partir de la posesión del doctor Marco Díaz Castillo como defensor de los procesados, no podrá afectar la absolución de que fue objeto en ese mismo fallo, el señor Rafael Enrique Regino, relativo al delito de homicidio, en fuerza de que, como lo ha reiterado la Corte, "cuando hay varios procesados absueltos y uno condenado que recurre en casación invocando como causal el ser la sentencia violatoria de la ley de procedimiento por haberse pronunciado sobre un juicio viciado de nulidad, la infirmación del fallo debe ser parcial y no total, porque la anulación del proceso no puede perjudicar a los sindicados que no recurrieron en casación y que tienen a su favor la sentencia absolutoria del Tribunal". (Casación, 24 de septiembre de 1938, LXVII, 153).

En virtud de lo expuesto la Corte Suprema —Sala de Casación Penal, acorde con el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia materia del recurso, en cuanto a los procesados Manuel de los Reyes Regino López y Manuel Capistriano Regino Sariego, dejándola en firme respecto de la absolución en favor del procesado Rafael Enrique Regino López y DISPONE reponer el procedimiento a partir de la posesión del doctor Marco Díaz Castillo como defensor de los inculpados.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León, Secretario.

COMPETENCIA

No la tiene la Corte para conocer de una infracción penal común imputada a quien por entonces desempeñaba el cargo de Gobernador Departamental. Tal fuero especial dice relación a los delitos de responsabilidad únicamente. Distinción entre éstos y los delitos comunes.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. El ordinal 6º del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal dispone que "la Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sala Penal, conoce privativamente de las causas que por motivos de responsabilidad por infracción de la Constitución o las leyes o por mal desempeño de sus funciones se promuevan contra los Gobernadores. . .". Es decir, que en materia penal este fuero está condicionado a que se trate de delitos oficiales, esto es, a los cometidos en ejercicio del cargo.

2. Son delitos comunes aquellos que no son cometidos en ejercicio de funciones públicas, esto es, las violaciones punibles que, según las palabras del doctor Samper, "se cometen contra el común de los individuos o contra el orden social, sin que la ejecución atente a los derechos del Estado o dependa del ejercicio mismo de las funciones públicas".

3. Nada que esté más lejos de la calificación de delito oficial como éste de lesiones personales de que tratan los autos, como que, de haber sido el sindicado el autor de esta infracción punible, ella resulta absolutamente ajena al ejercicio de sus funciones de Gobernador, pues se trata de la herida de arma de fuego que recibiera un menor cuando, en compañía de otros jóvenes, se divertía disparando al blanco con una escopeta de aire.

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

(Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

El día siete del corriente mes de abril llegó a la Corte el proceso seguido contra el señor ex Gobernador del Departamento de Caldas, Coronel Daniel Cuervo Araoz, y otros, por el delito de lesiones personales de que fue víctima el menor Julián Gardeazábal Urrea, cometido el día siete (7) de mayo de mil novecientos cincuenta y siete (1957), esto es, hace cerca de cinco años.

Considera el Comando del Ejército, en su providencia de 3 de febrero del año en curso, que corresponde a esta Sala conocer del citado negocio en lo que respecta a la supuesta responsabilidad del Coronel Cuervo Araoz, por encontrarse éste desempeñando el cargo de Gobernador del Departamento de Caldas, cuando los hechos tuvieron lugar.

TRAMITE DEL PROCESO

El sumario fue iniciado en el Juzgado 1º Penal Municipal de Manizales, funcionario éste que después de varios meses de diligenciamiento dispuso pasarlo a la Comisión Nacional de Instrucción Criminal, donde fue recibido el 27 de septiembre de 1957.

Practicadas algunas pruebas (folios 56 a 59), la citada Comisión, en providencia del día 7 de mayo de 1958, dispuso remitir el proceso al conocimiento de la justicia penal militar, pues "no

se trata...", se dice en ese auto..., "en el caso presente, de un hecho que en lo relativo al Coronel Cuervo Araoz sea del conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, en razón de que ejercía en la fecha de su realización el cargo de Gobernador del Departamento, porque ese fuero especial dice relación únicamente a los delitos llamados oficiales o de responsabilidad, cometidos por razón del cargo o en ejercicio de las funciones inherentes al empleo que desempeñe el funcionario, y, en ningún caso, a las infracciones que se cometan sin tener para nada en cuenta esa calidad de funcionario público, caso éste, en que dicho fuero no existe, y para el conocimiento del asunto se deben observar las reglas respectivas sobre competencia y jurisdicción. Y aparece de autos, que el Coronel Cuervo Araoz por el tiempo de la realización del hecho era militar en servicio activo y por lo tanto, éste y los demás militares implicados en dicho negocio, están sujetos a lo preceptuado por los artículos 8º y 9º del Código de Justicia Penal Militar, para efectos de la competencia y jurisdicción para conocer del sumario adelantado por el nombrado delito de lesiones personales" (folios 60 a 61).

Enviado (en consecuencia de lo dispuesto por la Comisión Nacional de Instrucción Criminal), el negocio al Comando de la Cuarta Brigada del Ejército, con sede en Medellín, se dispuso encargar al señor Juez 18 de Instrucción Penal Militar la perfección del sumario, en auto de 11 de julio de 1958, funcionario éste que recibió el proceso el día 21 del mismo mes, según aparece al folio 63 vuelto.

Durante más de un año no se hizo en el expediente nada distinto de dejar la constancia de su recibo, ya citada. Posteriormente (luégo de más de un año de estancamiento absoluto del diligenciamiento), el 11 de agosto de 1959 el Juzgado 23 de Instrucción Penal Militar, con sede en Manizales, oficia al Comando de la Cuarta Brigada informándole que en ese "Despacho se encuentran las diligencias sumarias que por el delito de lesiones personales se siguen contra el señor Coronel en retiro Daniel Cuervo Araoz, por comisión de la Comisión Nacional de Instrucción Criminal y de ese Comando. Como dicha investigación no está agotada y es necesaria la práctica de diligencias importantes, tales como la indagatoria que se le debe recibir al sindicado y éste no reside en este lugar, convendría se comisionara a este Despacho para la práctica de esa diligencia. Por tratarse de un ex militar y ex funcionario que tenía el cargo de Gobernador de este Departamento y los hechos acaecidos produjeron conmoción y malestar general en la ciudadanía de esta sección del país, no sería aconsejable el solicitar la presencia del sindicado para el cumplimiento de tal diligencia. Por otra parte, el exhortarlo por medio de un funcionario en comisión, no sería operante porque las piezas que obran en el informativo son numerosas y sólo el funcionario de instrucción que las conoce a fondo está llamado a formular el interrogatorio conveniente. Esta es la razón para solicitar la comisión referida por un término no menor de diez días" (folio 64).

A la espalda de la copia del anterior oficio (folio 64 vuelto) aparece la siguiente constancia secretarial: "Al Despacho del señor Juez 23 de Instrucción Penal Militar, hoy diecinueve de abril de mil novecientos sesenta, ya que este funcionario, por disposición legal del Gobierno está conociendo de las investigaciones que estaban en el Juzgado 18 de la justicia castrense, con la anotación de que el suscrito únicamente ha venido actuando como Secretario de este Juzgado desde el mes de enero del corriente año".

Al folio siguiente (el 65) se deja un nuevo testimonio, que dice: "Los suscritos Juez y Secretario dejamos la siguiente constancia: En el presente expediente se hallaron unidos materialmente el cuaderno penal y el cuaderno de la parte civil, éste a continuación de aquél. Y con posterioridad del cuaderno de parte civil el oficio remisorio y el auto comisorio del Comando de la Cuarta Brigada. Que para facilidad de actuación conforme a derecho se separaron los dos cuadernos ordenadamente, quedando el cuaderno penal con 65 folios y el de parte civil con 6 folios. Manizales, octubre 11 de 1961". Y en esta misma fecha (folio 66) se ordenó la práctica de varias diligencias.

Cumplido este nuevo trámite, el 19 de diciembre de 1961 fue recibido el negocio en el Comando del Ejército, habiéndose dispuesto allí solicitar al Ministerio de Gobierno los documentos que acreditan el nombramiento del señor Coronel Daniel Cuervo Araoz para el cargo de Gobernador del Departamento de Caldas y el ejercicio de sus funciones como tal.

Por último, fue proferido el auto de 3 de febrero de 1962, por el cual se dispone el envío del proceso a la Corte Suprema de Justicia.

—

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Está de acuerdo la Sala con lo que la Comisión Nacional de Instrucción Criminal señaló en su auto de 7 de mayo de 1958, antes citado, esto es, de que corresponde tramitar este proceso sin sujeción a las normas que determinan la compe-

tencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia para el juzgamiento.

En efecto:

El ordinal 6º del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal dispone que "la Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sala Penal, conoce privativamente... de las causas que por motivos de responsabilidad por infracción de la Constitución o las leyes o por mal desempeño de sus funciones se promuevan contra... los Gobernadores..." Esto es, que en materia penal este *fuero* está condicionado a que se trate de *delitos oficiales,* esto es, a los cometidos en el ejercicio del cargo.

Ninguna dificultad ofrece estimar que son *delitos comunes* aquellos que no son cometidos en ejercicio de funciones públicas, esto es, las violaciones punibles que, según las palabras del doctor Samper, "se cometen contra el común de los individuos o contra el orden social, sin que la ejecución atente a los derechos del Estado o dependa del ejercicio mismo de las funciones públicas"; o, como anota Wesley de Benedetti (*"Enciclopedia Jurídica Omeba",* Tomo VI, páginas 256 a 257), "los que pueden ser cometidos por cualquier persona..." y... "en que el hecho delictuoso no está específicamente determinado en la calidad o posición del agente...", como ocurre en el prevaricato, en el abuso de autoridad, etc. El tratadista Luis Carlos Pérez, en su obra *Derecho penal colombiano* (Tomo IV, página 260), observa que "son delitos especiales aquellos que requieren determinada calidad en el sujeto activo (cuando, por ejemplo, sólo los puede cometer un funcionario público); políticos, los que hemos definido en el número 77 (V. I); comunes, los que pueden ser cometidos por cualquiera". Asímismo, Eugenio Cuello Calón (*Derecho Penal,* Tomo I, página 262), anota que "se reputan delitos comunes aquellos que lesionan bienes jurídicos individuales, v. gr., los delitos contra la vida, contra la honestidad, contra la propiedad, etc. etc.". Por último, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 30 de septiembre de 1942 (*Gaceta Judicial,* Tomo LV, números 1996-1997, páginas 324 y siguientes), refiriéndose al fuero restringido que señala el Código de Procedimiento Penal respecto de los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, quienes, como los Gobernadores y los demás funcionarios señalados en el ordinal 6º del artículo 42 de dicha obra, antes transcrito, son juzgados conforme a tal fuero sólo con respecto a delitos oficiales, dice lo siguiente en cuanto a la diferenciación entre *delitos comunes* y *delitos cometidos en ejercicio del cargo:* "Este....." el Código de Procedimiento Penal..., "lejos de ampliar la jurisdicción que como privativa le confiere a la Corte el artículo 148..." (151)... "de la Constitución Nacional, restringió los llamados fueros, no atribuyó a la Corte la facultad para juzgar por delitos comunes a los Magistrados de los Tribunales, y les dejó el juzgamiento de ellos únicamente en cuanto a los cargos o delitos de responsabilidad relacionados con sus funciones de Magistrados. El nuevo estatuto procedimental se atuvo, para fijar la competencia legal de la Corte, exclusivamente a la naturaleza del hecho juzgable. Y, así, el delito cometido en ejercicio de la magistratura o con abuso o pretexto de las funciones correspondientes, debe ser juzgado por la Corte, ya sea que se trate de un Magistrado en ejercicio o de quien haya dejado de serlo. En cambio, si se trata de un delito común, el juzgamiento del asunto no corresponde a la Corte, sino a los Jueces ordinarios, aun cuando el hecho haya sido ejecutado..." durante el ejercicio del cargo.

Y nada que esté más lejos de la calificación de *delito oficial* como este de lesiones personales de que se sindica al señor Coronel Daniel Cuervo Araoz, como que, de haber sido autor de tal infracción punible, resulta absolutamente ajena al ejercicio de sus funciones de Gobernador del Departamento de Caldas, pues se trata de la herida que sufriera el menor Julián Gardeazábal Urrea, producida con arma de fuego, cuando con otros jóvenes se divertía disparando al blanco con una escopeta de aire en la azotea de la casa del señor Arcesio Robledo Avendaño, situada en Manizales.

No corresponde, pues, conocer de este negocio a la Corte Suprema de Justicia y, por tanto, debe ser devuelto el expediente al Comando del Ejército, a fin de que sea remitido al funcionario correspondiente.

—

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DISPONE devolver este negocio al Comando del Ejército para que sea enviado al funcionario a quien corresponde conocer de él.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el negocio a la oficina de origen.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez Abad, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS

Suscitada entre dos comandantes de batallón con relación al juzgamiento de unos soldados sindicados de homicidio. Los soldados habían sido dados de alta en un batallón, pero se encontraban desde hacía más de ocho meses en comisión en otro. Plazo máximo de las comisiones transitorias.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. El Código de Justicia Penal Militar dispone en el artículo 331 que los Comandantes de Batallón conocen en primera instancia de los procesos penales militares contra los Suboficiales y personal de tropa y civiles sin categoría de Oficiales de su respectivo batallón". Y si bien es cierto que en el caso de autos los procesados fueron dados de alta en el Batallón de Infantería número 10 "Girardot", el hecho de encontrarse bajo las órdenes del Comando del Batallón de Artillería número 4 "San Mateo" desde hacía más de noventa días los vincula, en cuanto a su juzgamiento por el delito que se les imputa, a la competencia de este último.

2. Si para efecto de determinar la autoridad que deba juzgar no se tendrá en cuenta el hecho de que el sindicado haya cometido el delito mientras cumplía una comisión transitoria (art. 367 del C. P. M.), a contrario sensu debe aceptarse que si el hecho fue consumado después de vencerse el plazo máximo de las comisiones transitorias, que es de tres meses (art. 72 de la Ley 126 de 1959), el cambio de batallón sí habrá de tomarse entonces en consideración para señalar la autoridad competente para conocer del juzgamiento.

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

(Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Envía este negocio a la Corte el Comando del Batallón de Infantería número 10 "Girardot" para que se dirima la colisión de competencias planteada con el Comando del Batallón de Artillería número 4 "San Mateo", con sede en Pereira.

Se trata del delito de homicidio cometido en la persona del menor Oswaldo Acevedo Restrepo, ocurrido el día 12 de diciembre de 1960 en el retén de Cachipay, de la jurisdicción municipal de La Virginia, del cual aparecen sindicados los soldados Kemer Polindara Zúñiga y Ebert Saúl Plazas Rodríguez, dados de alta en el Batallón de Infantería número 10 "Girardot" con sede en Medellín, pero que se encontraban en comisión en el Batallón de Artillería número 4 "San Mateo", con sede en Pereira desde hacía más de ocho meses.

—

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

El Código de Justicia Penal Militar dispone en el artículo 331 que "los Comandantes de batallón conocen en primera instancia de los procesos penales militares contra los Suboficiales y personal de tropa y civiles sin categoría de Oficiales de su respectivo batallón".

Y si bien es cierto que los procesados fueron dados de alta en el Batallón de Infantería número 10 "Girardot", el hecho de encontrarse bajo las órdenes del Comando del Batallón de Artillería número 4 "San Mateo" desde hacía más

de noventa días los vincula, en cuanto a su juzgamiento por el delito que se les imputa, a la competencia de este último.

El artículo 367 del Código de Justicia Penal Militar señala que "para efecto de determinar la autoridad que debe juzgar a los militares o civiles al servicio de las Fuerzas Armadas, no se tendrá en cuenta el hecho de que el sindicado haya cometido el delito mientras cumplía una comisión transitoria". Y en la Ley 126 de 1959 (artículo 72) se indica que el término máximo de una comisión transitoria respecto de los miembros de las Fuerzas Militares es el de noventa días. De lo anterior se desprende que los soldados Polindara Zúñiga y Plazas Rodríguez, cuando consumaron los hechos de que se les sindica, ya no podía considerárseles como pertenecientes al Batallón de Infantería número 10 "Girardot" que los dio de alta, sino al Batallón número 4 de Artillería "San Mateo", atendido que el plazo máximo para que se les tomara en cumplimiento de una comisión transitoria estaba más que vencido, en cuanto a la fijación del Juez de primera instancia que debe juzgarlos.

Si "para el efecto de determinar la autoridad que debe juzgar... no se tendrá en cuenta el hecho de que el sindicado haya cometido el delito mientras cumplía una comisión transitoria", a *contrario sensu* debe aceptarse que si el hecho fue consumado cuando ya no se está cumpliendo una comisión transitoria, el cambio de batallón sí habrá de tomarse en consideración para señalar la autoridad competente para conocer del juzgamiento.

Esta conclusión se acomoda al espíritu mismo que informa el precepto de procedimiento penal militar, que busca el juzgamiento de los miembros de "las Fuerzas Armadas" precisamente por el Comando del batallón a que pertenecen, estimándose que ese vínculo queda roto cuando por un término mayor de tres meses (el lapso máximo de las comisiones transitorias) el procesado o los procesados han hecho parte de un batallón distinto del que los dio de alta.

—

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 planteada entre los Comandos de los Batallones varias veces citados, en el sentido de DECLARAR que el Juez de primera instancia que debe conocer de este negocio es el Comando del Batallón de Artillería número 4 "San Mateo", con sede en Pereira, a donde habrá de remitirse el proceso.

De esta providencia, envíese copia al Comando del Batallón de Infantería número 10 "Girardot", con sede en Medellín, a fin de que conozcan lo resuelto.

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

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez Abad, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León, Secretario.

ESTAFA.—DERECHO DE DEFENSA.—REINCIDENCIA

Competencia de jurisdicción y derecho de defensa. Aplicabilidad del Decreto 0014 de 1955. Elementos del delito de estafa. Diferenciación con el robo, el hurto, la extorsión y el abuso de confianza. La estática y la dinámica en el delito. El sistema legal moral. Prueba legal de la reincidencia. Reincidencia y peligrosidad.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Es cierto que el juzgamiento ante Tribunal competente también es garantía constitucional, pero ni hace parte del derecho de defensa, pues éste se concreta principalmente a la producción de pruebas, a la presentación de alegaciones orales o escritas y a otras actuaciones de igual o parecida índole, ni para alegar incompetencia de jurisdicción es necesario recurrir al artículo 26 de la Carta, pues está consagrada como nulidad legal en el artículo 198, ordinal 1º, del Código de Procedimiento Penal.

2. La ley penal no formulada con criterio casuista tiende a restringir la norma de manera que en un solo artículo comprenda todas las situaciones jurídicas que puedan surgir de su aplicabilidad. Señalados los elementos constitutivos del delito, toda conducta humana que se encuentre dentro de esas modalidades, que encaje dentro de esos límites, necesariamente debe presentar las características de la infracción penal que esos elementos catalogan.

3. La estafa no está constituída por cualquier mentira, falsedad o maquinación, puesto que los artificios o engaños para obtener el provecho ilícito con perjuicio de otro, deben tener, para configurarla jurídicamente, capacidad y eficacia suficientes a inducir en error al estafado, de manera que el agente activo logre, mediante esos medios, la entrega voluntaria de la cosa objeto material del hecho. Es, pues, la voluntad del estafado la que resulta viciada y su consentimiento influído por el engaño o artificio con que se le arrebató su patrimonio. Y esta circunstancia es precisamente la que anota las diferencias específicas de la estafa con el hurto, el robo, la extorsión y el abuso de confianza.

4. Se distingue del hurto, porque este delito está caracterizado por la sustracción o apoderamiento de la cosa mueble ajena sin el consentimiento del dueño. Del robo, porque en éste, la violencia que lo constituye implica el apoderamiento o entrega de la cosa por esa misma circunstancia y no por la propia voluntad de la víctima, que distingue a la estafa. De la extorsión, porque si bien en este ilícito también se entrega la cosa por la víctima, ello no se hace sino gracias a la coacción que surge de la amenaza moral.

5. Estructurar en forma tan sintética y abstracta un delito que, como la estafa, asume modalidades tan variadas y proteicas, podría constituír un motivo de crítica al Código, por no enunciar en unas normas más amplias por lo menos algunas de esas modalidades, como lo hacen otros estatutos. Con todo, la circunstancia misma de ser la estafa una infracción que ofrece múltiples, variadas y complejas estructuras, y cuyas modalidades de ejecución cambian en grado sumo, hace preferible recoger todas esas modalidades en una fórmula única que comprenda todas las distintas y posibles ocurrencias. La que emplea el artículo 408 del Código Penal, realiza este objetivo.

6. La estática y dinámica de los delitos se mide por el grado de actividad del agente en la acción o acciones que desarrolla para realizarlo. Si se cumplen desarrollos diversos, que exijan tiempo y diferentes actividades para operar sobre la víctima a fin de engañarla o tomarla de sorpresa, esa acción dinámica exterioriza un tipo determinado de infracción penal. Si, por el contrario, se cumple en un espacio corto, la acción es estática, modificando también el tipo.

7. Una de las características que distingue la estafa del abuso de confianza y otras defraudaciones, consiste primordialmente en que la entrega en la estafa proviene de situaciones previamente creadas por el agente que busca por sí mismo la situación propicia para realizar el delito, mientras que en el abuso de confianza en sus distintas modalidades proviene generalmente de circunstancias independientes del agente, que surgen fuera de éste y se convierten por ello en favorables, determinando con esto la fácil consumación del hecho. Así la entrega de la cosa objeto del ilícito en el abuso de confianza proviene espontáneamente de la actividad de la propia víctima, que la efectúa con el fin de darle una destinación especial en manos de quien la recibe, pero no a título translaticio de dominio, a pesar de lo cual se la apropia en provecho suyo o de un tercero. En la estafa esa entrega no se hace voluntariamente, como en el caso anterior, sino que se produce como consecuencia de un error al que se induce, mediante artificios o engaños, sin los cuales no se habría producido tal entrega.

8. En cuanto a que en el caso de autos pudo presentarse la figura de una defraudación, tal como se contempla en el supuesto del ordinal c) del artículo 418 del Código Penal, basta para destruír esa hipótesis tener en cuenta que la apropiación de la cosa objeto del ilícito no se produjo, en este proceso, por error ajeno, puesto que éste, si lo hubo, fue procurado por la acción del agente, y el caso fortuito todavía es menos existente, toda vez que para que éste se produzca es menester una causa ajena al sujeto pasivo del ilícito, pues si éste emana del agente activo de la infracción no puede hablarse de una figura que por lo mismo que es desencadenada o proviene de hechos externos a quien los sufre, es imposible admitirla en un caso como éste. Ello porque no hubo para el agente del delito esa imprevisión de lo imprevisible que caracteriza el caso fortuito, porque todo ya estaba de antemano preparado y previsto para la ejecución del hecho.

9. La modificación profunda introducida por el Código Procesal Penal vigente en el régimen de la prueba se debe a que impera un sistema mixto entre el legal —consagrado en la legislación antigua— que constriñe al Juez a no salirse del ámbito previamente determinado para apreciarla, porque rige una tarifa probatoria, cuyo alcance y límite señala la ley concretamente, de la cual no se puede apartar el fallador, y el sistema de convicción moral-legal, en que si bien no existe un régimen de absoluta libertad en la apreciación probatoria, el Juez se mueve con más amplitud y desembarazo, dentro de un prudente arbitrio, que permite un mayor margen al examen de los elementos probatorios aportados, en que la conciencia del fallador debe encontrar el justo equilibrio entre la arbitrariedad y la justicia, para formarse la convicción que debe decidir el caso, "porque se atemperó con el sistema de la convicción íntima para la apreciación libre y prudente de los Jueces de los elementos probatorios", el régimen restrictivo tarifario, que es precisamente lo que permite afirmar la existencia del sistema mixto de que se ha hablado.

10. Es preciso hacer la siguiente discriminación: en cuanto a las sindicaciones y detenciones precautelativas que haya sufrido el procesado, deben tenerse en cuenta en lo que respecta a la conducta antisocial, para señalar la peligrosidad, esto es, aquella capacidad latente en la persona para transformarse con las mayores probabilidades en autora de hechos delictuosos; en cambio, las condenaciones anteriores que se le hayan impuesto, deben ser consideradas ya en orden a la reincidencia si se cumplen los requisitos de ley, o como meras circunstancias de mayor peligrosidad si alguna modalidad impide que se las tenga en cuenta para el cómputo de la reiteración criminal.

11. La reincidencia no puede tomarse en cuenta si faltan requisitos que la ley prescribe para ese aumento de la sanción, que por comportar un mayor rigor penal, exige, por lo mismo, condiciones que de no estar establecidas impiden su aplicación. Ni la confesión, ni el prontuario delictivo, pueden

sustituír la prueba única que la doctrina de la Corte ha mantenido como indispensable a aquel objeto: las copias de las condenas ejecutoriadas, expedidas por funcionarios competentes y con las formalidades legales.

12. Mas las condenaciones anteriores, cuando no prestan mérito para el cómputo de la reincidencia, sí debe tenerlas en cuenta el fallador para elevar la pena por concepto de peligrosidad, con fundamento en los artículos 36 y 37 del Código Penal.

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

(Magistrado ponente: doctor Angel Martín Vásquez A.).

VISTOS:

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 15 de marzo de 1961, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en virtud de la cual se le impuso al procesado Hernando García Cubillos o Cubillos García o Hernando Cubillos, que por todos estos nombres y apellidos se le designa en el proceso, a la pena principal de treinta y seis (36) meses de prisión y multa de cien pesos ($ 100.00) en favor de la Caja Nacional de Previsión, por el delito de estafa en perjuicio del almacén "Electrovox", junto con las incorporales anexas, confirmando así la condena impuesta por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín, con la única variante de cambiar la pena principal a meses en lugar de años, que había impuesto el Juez *a quo*.

El recurso lo interpuso el propio procesado y concedido por el Tribunal, fue sustentado por el patrono judicial ante la Corte, según designación de aquél, doctor Sergio Delgado Calderón, quien para cumplir tal encargo presentó la correspondiente demanda, que en su fondo y forma reúne todas las exigencias legales en orden a la sustentación del mismo.

HISTORIA DE LOS HECHOS
Y ACTUACION PROCESAL

El denuncio que dio origen al proceso fue presentado por el doctor Rafael Posada Londoño, copropietario del almacén "Electrovox", situado en la ciudad de Medellín. Inició la investigación el Inspector Segundo Departamental de Policía de esa misma ciudad.

La síntesis de los hechos, tal como la relatan los autos y que ha sido acogida por los funcionarios que han intervenido en el proceso, es la siguiente:

El 6 de julio de 1960, en el almacén "Electrovox", ubicado en la calle Boyacá número 51-69 de la ciudad de Medellín, fue enviado en la camioneta de repartos, conducida por el señor Alfonso Hincapié y como ayudante Darío Ríos, un televisor marca "Capehart", modelo 14-F. 215 M-4 número 653877, destinado a la casa del señor Julio Hernández, situada en Ayacucho con Barrientos y distinguida con el número 31-57. En el preciso momento en que los empleados de "Electrovox" llegaron a la casa del señor Hernández con el aparato, se hizo presente en el mismo lugar un sujeto desconocido que haciéndose pasar como miembro de la casa a donde era conducido el televisor, o fingiéndose como miembro de la familia del señor Hernández, recibió el aparato y firmó el recibo correspondiente con un bolígrafo que le prestara, a solicitud del mismo individuo o de alguno de los empleados portadores, una de las personas presentes en la residencia de la familia Hernández. El recién llegado fingió entonces ser empleado de "Electrovox" y con el pretexto de que había habido un error en el envío del televisor, ya que el que debió remitirse al señor Hernández era otro, no sin antes hacer uso del mismo teléfono de la casa para simular una llamada al almacén, consiguió retirar el aparato de ese lugar, el que luégo vendió al señor William Mario Ramírez Villa en un café situado en la carrera Junín crucero con Ayacucho, de la ciudad de Medellín, a donde se presentó ofreciendo el televisor al mentado William Mario, a cuyo ofrecimiento contestó éste que no le interesaba el negocio pero que sí podía ofrecérselo a su hermano William Salvador, a quien el desconocido al llegar había saludado por ser conocido cuando este último era Director de la Cárcel de San Andrés y Providencia (Islas).

Los dos hermanos Ramírez Villa, compradores del televisor, por las circunstancias que rodearon los hechos, que se dejan sucintamente narrados, fueron capturados e indagatoriados como presuntos copartícipes del delito y contra uno de ellos, William Salvador, el Inspector Segundo General Departamental de Policía de Medellín, con fecha julio 19 de 1960, decretó la detención preventiva, al mismo tiempo que concedió la libertad de manera provisional, mediante

caución prendaria por la suma de doscientos pesos ($ 200.00), con el fin de garantizar su presentación al Despacho cuando se le requiriera para ulteriores diligencias, a William Mario Ramírez. En dicha providencia se abrió a pruebas el negocio por el término de cuarenta días.

Contra este proveído se interpuso el recurso de apelación ante el Tribunal Superior, el cual, surtido el trámite correspondiente, con fecha 2 de agosto de 1960, en Sala de Decisión desató la alzada, revocando el auto apelado, para en su lugar conceder la libertad incondicional a los sumariados William Salvador y William Mario Ramírez Villa, sindicados por un delito contra la propiedad.

Vueltos los autos a la Inspección Segunda Departamental de Policía, esta dependencia, con fecha 8 de agosto del año antes mencionado dispuso que "conocido el concepto que del proceso tiene el más alto Tribunal de justicia de Antioquia (Tribunal Superior de Medellín) y vencido como se encuentra el término de instrucción" remitirlo a los señores Jueces del conocimiento (Jueces de Circuito Penal), para los fines legales.

Con fecha 19 de agosto del mismo año el Juzgado Primero del Circuito Penal de Medellín dictó el auto que a la letra dice: "A disposición de las partes por el término de cinco días para que se sirvan alegar", auto que fue notificado por estados.

El 9 de septiembre de 1960 (no veintinueve —29— como dice la demanda), el Juez Primero del Circuito Penal de Medellín, dando aplicación a una doctrina del Tribunal de esa ciudad, que a su debido tiempo se tendrá en cuenta en este fallo, decretó "la nulidad de la actuación verificada en este Despacho" y dio orden de proseguir la investigación "por la vía ordinaria".

En el mismo mes de octubre tuvo conocimiento el Juzgado a que antes se hizo referencia, de que en una de las Inspecciones Generales Departamentales de Policía de Medellín se encontraba detenido otro de los sindicados en este proceso y se dispuso oírlo en indagatoria, para lo cual se ordenó pasaran los autos a la Oficina Instructora (folio 74). Con fecha 20 de octubre existe la siguiente constancia firmada por el Secretario: "Recibido en la fecha y pasa a Despacho informándole al señor Inspector que Hernando García a quien le aparecen cargos en este negocio como autor de la estafa, se encuentra detenido por cuenta de la Inspección Cuarta Departamental sindicado del delito de robo" (folio 74 vuelto).

De conformidad con el auto del Juez Primero Penal del Circuito de Medellín, de 19 de octubre, ya antes cuestionado, la Inspección Segunda Departamental de Policía, con fecha 21 del mismo mes, dispuso: "Prosígase la presente investigación hasta el completo esclarecimiento de los hechos. Una vez cumplido lo anterior, los autos volverán al Juzgado de origen".

Oído en indagatoria el procesado, diligencia que obra de folios 76 a 79 del cuaderno principal, y practicadas algunas otras diligencias, como reconocimientos en rueda de presos y careos entre el procesado y algunos de los principales declarantes en el negocio, como Darío Ríos Hoyos (folio 89 y vuelto a 91 vuelto), Armando Zuluaga Londoño (folios 92 a 95), William Salvador Ramírez Villa (folios 99 a 100) y Jaime Hernández Navas (folios 100 vuelto a 102 vuelto), a las cuales se agregaron copias de las sentencias por el delito de estafa contra Hernando Cubillos García (folios 105 a 108 y 109 vuelto), delito cometido en los últimos días del mes de julio de 1952, según reza la copia y un prontuario delictivo sobre el mismo sujeto que figura al folio 98 y vuelto del negocio.

Ya con fecha diciembre 6 del año que se viene citando, la Inspección Segunda Departamental de Policía dictó auto de detención preventiva contra Hernando García Cubillos (a. "El extraño visitante") y en la misma providencia en su ordinal 3º, ordenó lo siguiente: "*Abrase* el proceso a prueba por el término de veinte días, durante el cual se practicarán las solicitadas y conducentes y las que crea necesarias el Despacho. Esto en cumplimiento del Decreto 0014 de 1955, estatuto que rige la tramitación del proceso" (folios 115 a 118).

En el efecto devolutivo y para ante el Tribunal Superior se concedió el recurso de apelación interpuesto contra dicho auto por el señor apoderado del sindicado. Este auto lleva fecha 7 de diciembre (folio 118 vuelto). Tramitado el recurso el Tribunal decidió la alzada, confirmando la providencia recurrida por auto de 14 de diciembre del año en cuestión (folios 108 a 116 del 2º cuaderno).

Como consta a folio 116 vuelto, el proceso fue remitido al Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín el cual, en auto de 25 de enero de 1961 (folio 134 vuelto), lo puso a disposición de las partes "para que presenten sus alegatos escritos durante el término de cinco días (Decreto 0014 de 1955)". Y el 15 de febrero del mismo año, dicho Juzgado dictó sentencia condenatoria de primer grado contra Hernando García Cubillos o Cubillos García o Hernando Cubillos, a quien impuso la pena a que antes se hizo referencia, que fue modificada por el Tribunal en la forma ya indicada (folios 145 a 150).

Apelada tal decisión y en grado de consulta, el Tribunal Superior la confirmó en fallo del 15 de marzo de 1961, contra el cual se interpuso el recurso de casación que ahora se decide.

DEMANDA:

El recurrente en el libelo de demanda impugna la sentencia del Tribunal con base en las causales 4ª, 2ª y 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, en su orden. Sobre cada una de ellas hace extensas y dilatadas exposiciones, tendientes todas al logro de la pretensión que persigue, como es que prospere el recurso interpuesto.

La Corte estudiará cada uno de los motivos propuestos por el impugnador en el mismo orden en que aparecen en la demanda, ora porque obra dentro de la técnica de la casación y porque de producirse la nulidad invocada con base en la causal cuarta, es claro que sobre un juicio nulo resultaría improcedente el estudio de las demás causales aducidas.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal hace un minucioso análisis de las causales invocadas en la demanda y la forma como ésta las sustenta, para concluír que respecto de la 4ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, la nulidad constitucional planteada por el recurrente no tiene fuerza demostrativa que permita lograr su pretensión.

De igual manera opina, en lo concerniente al segundo cargo de impugnación, que éste no ha sido demostrado en manera alguna en el proceso.

No ocurre lo mismo en lo tocante a los cargos formulados con base en la causal segunda de casación, sobre los cuales conceptúa el señor Agente del Ministerio Público "que en la sentencia que se acusa no obra la prueba requerida para condenar y que debe procederse por la honorable Corte a dar aplicación al numeral a) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, por hallarse justificada la causal segunda propuesta".

Respecto de la causal primera invocada, dice la Procuraduría Delegada en lo Penal que al condenar el Tribunal de Medellín a García Cubillos tuvo en cuenta su reincidencia a manera de "concepto agravatorio de la prueba", en tanto que también la tomó como circunstancia de mayor peligrosidad, violando en esta forma el principio del *non bis in idem*.

Finaliza así su concepto el señor Agente del Ministerio Público:

"... En razón de lo anteriormente consignado esta Procuraduría Segunda, con todo acatamiento solicita a la honorable Corte proceda a CASAR la sentencia originaria del Tribunal de Medellín, que se acusa, por haberse hallado justificadas las causales segunda, alegada como principal, y primera, invocada como subsidiaria (ordinal a) artículo 570 del Código de Procedimiento Penal)".

EXAMEN DE LOS MOTIVOS DE IMPUGNACION

PRIMER CARGO. Lo formula la demanda con invocación de la causal cuarta, afirmando que la sentencia del Tribunal es violatoria de la ley procedimental por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad. Lo fundamenta en tres consideraciones principales, que las comprende en las letras a), b) y c), para a su vez dividir lo que consigna en el segundo apartado en una serie de disquisiciones que enumera, todas ellas tendientes a estudiar una cuestión que se relaciona con la responsabilidad de los hermanos Ramírez Villa como partícipes de la sustracción del televisor, materia ésta que no es motivo de debate alguno ante la Corte, por cuanto su decisión es ya ley del proceso, desde luego que como quedó antes suficientemente expuesto en el relato de la actuación procesal, dichos sujetos fueron amparados con la declaratoria contenida en el auto del Tribunal de fecha 2 de agosto de 1960 que revocó el auto de detención apelado y concedió la libertad incondicional de los sumariados William Salvador y William Mario Ramírez Villa (folios 60 a 66 del cuaderno 2º).

Es verdad que ni en la sentencia de primero ni segundo grado se dijo nada sobre la situación jurídica de tales sindicados; pero como el recurso fue interpuesto sólo en lo atinente a la condena impuesta por la sentencia del Tribunal Superior a Hernando García Cubillos o Cubillos García o Hernando Cubillos (a. "El extraño visitante"), es obvio que a la Corte no le corresponde en el actual estado del proceso detenerse en la responsabilidad que pueda corresponderles a aquellos sujetos dentro de la actividad criminal del único recurrente en casación.

Al hacer el examen de la actuación procesal en este negocio y relatar las distintas incidencias a que dio ocasión en las diversas oficinas en que fue tramitado y fallado, no tuvo otro propósito la Sala que poner de presente o patentizar lo que constituye el principal motivo de impugna-

ción para la pretendida nulidad que se alega y que la demanda circunscribe afirmando que "en este juicio se violaron normas procedimentales, que de acuerdo con doctrinas reiteradas de la honorable Corte Suprema de Justicia ocasiona una nulidad de carácter constitucional".

Para el demandante, la violación de las garantías constitucionales la hace consistir en que de conformidad con las pruebas traídas al proceso por el funcionario comisionado para adelantar la investigación, que lo fue el Inspector Segundo General Departamental de Policía de Medellín, y quien dictó el auto de detención precautelativa contra el procesado García Cubillos, no podía rebasar las facultades mismas de la comisión ordenando en el numeral 3º de la parte resolutiva de dicha providencia la apertura a pruebas por el término de veinte días, al tenor de lo estatuído en el Decreto 14 de 1955.

Concreta más exactamente sus puntos de vista el demandante en los siguientes apartes del libelo:

"Equivocada o no la decisión del superior (se refiere al Juez Primero Penal del Circuito de Medellín) el funcionario comisionado no podía salirse de los límites de la comisión impartida, ya que como funcionario de policía sólo podía decretar la aplicación del Decreto 0014 de 1955 a los estados antisociales o de especial peligrosidad, mas no a los delitos comunes". Y agrega más adelante:

"La determinación tomada por la Inspección Segunda Departamental de Policía vino a perjudicar de manera grave la defensa de Hernando García Cubillos, pues habiendo ordenado el Juez Primero Penal del Circuito de Medellín el adelantamiento del proceso por vía más favorable del procedimiento común, optó el restrictivo o desfavorable que consagra el Decreto 0014 de 1955, cuyas normas son más desfavorables que las del procedimiento ordinario".

Luégo de citar alguna doctrina de la Corte, en la que esta corporación admite que el Decreto 14 de 1955 recorta muchas de las facultades y prerrogativas que el Código de Procedimiento Penal confiere a los acusados, remata así:

"De esta manera, por determinación arbitraria de un funcionario incompetente, se vino a perjudicar el derecho de defensa de Hernando García Cubillos, lo que viene a producir, en consecuencia, una nulidad de carácter constitucional, pues por medio del artículo 26 de la Constitución Nacional, todo ciudadano debe ser juzgado con las formas propias de cada juicio".

La jurisdicción o competencia —responde la Corte al anterior planteamiento— no hace propiamente parte del derecho de defensa, pues éste se concreta en otras actividades procesales que hacen referencia de modo principal a la producción de la prueba, a alegaciones orales o escritas y otras actuaciones de igual o parecida índole. Es cierto que el juzgamiento ante tribunal competente es también una garantía constitucional, pero no corresponde a la facultad que el procesado tiene de defenderse por los medios que la ley le confiere.

Lo que debe preguntarse para dar respuesta a la impugnación por este cargo, es si al procesado se le juzgó por el funcionario competente señalado en la ley, pues de otra suerte la nulidad alegada incidiría mejor en la prevista en el ordinal 1º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal y no sería por ello necesario recurrir al artículo 26 de la Carta para considerarla como nulidad supralegal.

La sola circunstancia de que los funcionarios que actuaron en el proceso hayan podido diverger en algún aspecto del procedimiento para radicarlo en uno u otro, esto es, el ordinario y el excepcional del Decreto 14 de 1955, apenas es la consecuencia de las múltiples vicisitudes que ha sufrido la justicia penal y quienes la administran en la interpretación de sus textos, cuandoquiera que se presentan situaciones peculiares, como las ocurridas en este negocio, que dieron ocasión al auto de nulidad de lo actuado, proferido por el Juez Primero Penal del Circuito de Medellín, con base en alguna decisión similar del Tribunal de esa ciudad. Modificada esta situación, porque la circunstancia que dio origen a aplicar dicha jurisprudencia dejó de regir, el proceso siguió el rumbo procesal que debía tener, pues el texto del Decreto aplicable es de sencilla comprensión. Dice:

"Artículo 81. El procedimiento especial señalado en este Decreto se aplicará a los procesos por delitos contra la propiedad de que conozca la justicia ordinaria.

"El funcionario instructor deberá enviar el expediente al Juez competente para el fallo, una vez vencido el término probatorio señalado en el artículo 60".

Esto y no otra cosa fue lo que hizo el funcionario instructor, es decir el Inspector Segundo Departamental de Policía, pues acogiendo un término probatorio de 20 días, entre los 15 y 40 que señala el artículo 60 citado, ordenó abrir el proceso a pruebas para que se practicaran las solicitadas y conducentes y las que el despacho considerara necesarias, todo de conformidad con

el Decreto 14 de 1955, "estatuto que rige la tramitación del proceso" (folio 118 del cuaderno 1º).

Toda la urdimbre del procedimiento que da lugar a la impugnación en esta parte de la demanda por nulidad constitucional, no puede en manera alguna conducir a ese resultado, si se analiza con algún detenimiento el fundamento que dio ocasión a la nulidad decretada por el Juez competente y que tendía de modo principal a enderezar la actuación, pues en el momento de ser decretada dicha nulidad no se habían producido los presupuestos que de conformidad con el artículo 81 del Decreto tantas veces citado venían a producir la aplicabilidad del mismo, uno de los cuales era nada menos que el procesado se encontrara detenido.

De aquí que el Juez Primero Penal del Circuito de Medellín, al serle devuelto el negocio por el Tribunal, después de decidida por éste la libertad incondicional de los hermanos Ramírez Villa, al revocar la detención precautelativa que contra ellos dictó el funcionario instructor, diera como fundamento las siguientes razones expuestas en un fallo del Tribunal Superior de Medellín, doctrina que transcribe textualmente, en uno de cuyos apartes se lee:

"En los procesos por delitos contra la propiedad, cuyos trámites estén sujetos a las normas del Decreto 0014 de 1955, en virtud de lo dispuesto en el artículo 81, para que la apertura a pruebas, sea procedente, es condición *sine qua non* que vaya precedida de una orden o auto de detención preventiva contra determinada persona, porque se hallan reunidos los requisitos exigidos por el artículo 379 del Código de Procedimiento Penal, al cual se remite el inciso 2º del artículo 55 del citado Decreto.

"... Desde la vigencia del Decreto extraordinario número 2326 de 1948, que indicó el procedimiento ordenado en los artículos 13 y siguientes de la Ley 48 de 1936 para el juzgamiento, por parte de los Jueces competentes, 'de las personas que cometan delitos de hurto o robo', ampliando el género a todos los contra la propiedad por el artículo 81, ya citado, ha dicho el honorable Tribunal que cuando se carece de auto de detención, las disposiciones especiales carecen de vigencia".

Basado en el anterior criterio, el Juez competente a que ya se ha hecho referencia, mientras subsistía esa situación, es decir, la no captura del procesado, resolvió aplicar las normas del procedimiento ordinario. Mas como esta situación se modificó, como puede observarse en el folio siguiente y vuelto a la anterior resolución, al verificarse la detención del incriminado, el Juez Primero Penal del Circuito de Medellín, encauzó el proceso dentro de las disposiciones contenidas en el Decreto 14 de 1955.

"Una vez aceptada la indagatoria de Cubillos —dice la Procuraduría— y allegado a autos el material de que atrás se hizo mención, se dictó auto detentivo contra dicho sujeto, y consecuencialmente, reunidos los requisitos que estipulan los artículos 81 y 55 del Decreto, el camino procedimental a seguir, era, obviamente, el designado en el estatuto especial".

Razón de sobra tiene el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal para concluír:

"Ninguna nulidad cabe observarse, menos tratándose de una supralegal, que se origine en el cercenamiento de garantías constitucionales de defensa del sindicado. El procedimiento con el cual se movilizó su caso le brindó todas las oportunidades para proponer ante el fallador las solicitudes que juzgara convenientes. Es evidente reconocer, ciertamente, que el Decreto 0014 comparado con el procedimiento ordinario es restrictivo en cuanto se refiere a las prerrogativas de que goza el sindicado; pero, no lo es menos, que al aplicar el dicho Decreto para el caso *sub judice* se hacía bajo todos los puntos de vista inexorable dado que los presupuestos que él contempla se cubrían a plenitud. Las formas propias del juicio se cumplieron cabalmente, y, entonces, es lógico concluír que el cargo que auspicia la demanda no puede darse por justificado".

No prospera, por tanto, este primer motivo de impugnación.

—

Hace consistir la demanda el segundo motivo de impugnación, en lo que respecta a la nulidad alegada, en que la sentencia del Tribunal que dio ocasión al recurso omitió hacer referencia a la situación jurídica que corresponde a los hermanos Ramírez Villa, lo cual, en sentir del recurrente, es violatorio del artículo 163 de la Carta y consecuencialmente del 159 del Código de Procedimiento Penal.

La circunstancia de que el primero de los artículos invocados, es decir el 163 de la Constitución, ordene que toda sentencia debe ser motivada y el artículo citado del Código Procesal Penal indique los requisitos que debe llenar una sentencia para que se la tenga como tal, no puede considerarse, ni remotamente, como un hecho susceptible de conducir a una nulidad supralegal o constitucional.

El recurrente se limita en esta parte del libelo a hacer una detallada exposición de crítica pro-

batoria, con el propósito de establecer que en su sentir existe responsabilidad por parte de los hermanos Ramírez Villa, lo que no incide en manera alguna sobre el problema que es materia del recurso, desde luego que como ya en otra oportunidad se dijo, en el actual estado del proceso, no incumbe ni corresponde a la Corte entrar en un examen de hechos que no son viables en el recurso interpuesto por persona distinta a los hermanos Ramírez Villa.

Esto por una parte. De otra, el cargo está sustentado en forma tal que su vaguedad lo hace insostenible, porque la misma sustración de materia de que antes se habló excluye todo intento de pretender que la informalidad anotada pueda causar una nulidad, sin que, como lo conceptúa el señor Agente del Ministerio Público, se sepa a ciencia cierta en qué consiste la nulidad que se alega en este segundo motivo de impugnación con base en la causal 4ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Cabría considerar, como lo cree el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, que el cargo, tal como lo formula el impugnador, podría situarse dentro de los límites de la causal quinta del recurso de casación. Mas tampoco por este aspecto podría dársele consistencia a ese argumento, porque es menester repetirlo, nada de lo hecho, en lo tocante a los hermanos Ramírez Villa, es conducente al recurso que aquí se decide. Las fallas que pueda presentar el proceso en este aspecto no tienen incidencia alguna en orden a la decisión que haya de tomarse respecto al procesado García Cubillos o Cubillos García o Hernando Cubillos, aparte de que no se introdujo motivo alguno que incida sobre tal causal.

Como lo dice muy bien el señor Fiscal de la Corte, "La situación de los hermanos Ramírez Villa se encuentra definitivamente (sic) sin que se hiciera imprescindible, ni procesalmente exigible, que ella volviera a ser estudiada y discriminada por el Tribunal en la sentencia de segunda instancia. Debe recordarse que a ellos los cubrió una decisión de la misma entidad en el sentido de liberarlos incondicionalmente de los cargos por los cuales se les sometió a indagatoria. El examen que para tratar de involucrarlos al proceso hace el demandante, está, para el Despacho, fuera de lugar".

Tal vez se explica la ocurrencia que motiva el cargo en estudio por la circunstancia misma de que el Decreto 14 no contiene mandato alguno que haga necesario el auto calificador, que es, en el procedimiento ordinario, en donde se señalan los cargos que se hacen a los incriminados que deben responder en juicio o en donde se ampara con un sobreseimiento temporal o definitivo a aquellos procesados que han venido siendo objeto de imputación, si es que tampoco se hace uso del precepto consagrado en el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal. No existiendo, como no existe en el procedimiento extraordinario que el Decreto 14 estatuye, forma alguna que permita despojar al proceso de los impedimentos que puedan presentarse con relación a otros sindicados en quienes no se descubre prueba alguna de la responsabilidad por los hechos que se les imputa, también desde este punto de vista se hace notoria la posibilidad de que se presenten estos fenómenos anómalos, que no tienen impulso alguno como para entrar en el ámbito de la nulidad, y menos si es de carácter supralegal, porque con ello no se incurre en violación de ninguno de los presupuestos que implican el juzgamiento dentro de las garantías constitucionales.

Tampoco por este aspecto prospera el cargo b) contenido en la demanda.

En cuanto al cargo c), lo hace consistir el libelo, basado en la causal 4ª de casación, y por ello mismo solicita que se invalide el fallo acusado, en la circunstancia de haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica del delito, que tuvo su origen en el auto de detención y la apertura a pruebas dictados por la Inspección Segunda de Policía de Medellín, error en el que también incurrió el Juez Primero Penal del Circuito de la misma ciudad al haber considerado como estafa el delito cometido por García Cubillos, contra quien dictó sentencia condenatoria.

Afirma el demandante que el delito de estafa solamente se ha configurado en la mente de los funcionarios juzgadores. Para el efecto cita los testimonios de Darío Hoyos y Alvaro Hincapié, los que en su sentir, dejan ver claramente que la actuación del incriminado no refleja en modo alguno las características de un delito como el que se le atribuye. En apoyo de esa tesis cita también las declaraciones de los miembros de la familia Hernández y del doctor Humberto Serna Gómez. Dice que esos testimonios de "personas adultas, desinteresadas y normales coincidentes en circustancias de lugar, tiempo y modo, se acumula en el proceso para reconocer que no hubo de parte de aquél, maniobra, manifestación, acto positivo, externo, para presentarse en el lugar de los hechos, bien como empleado de la casa 'Electrovox' o como miembro de la familia Hernández, para por ese modo inducirlos en error y sustraer el televisor".

Resume la demanda la demostración de este cargo, en la siguiente observación que hace del conjunto de testimonios que transcribe y examina:

"La relación testimonial que se acaba de hacer nos lleva a la conclusión de que la conducta desplegada por los empleados del almacén 'Electrovox' de Medellín, como la asumida por los miembros de la familia Hernández no fue determinada por una maniobra externa, positiva, imputable al desconocido que se apoderó del televisor, de la cual hubiere sobrevenido un engaño o ardid susceptible de inducir en error. Los primeros, procediendo con una torpeza incomparable, entregaron el televisor a una persona distinta de la que debía recibirlo por orden de los dueños; los segundos con una ingenuidad desconcertante, que casi llega a convertirse en complicidad, permitieron el retiro del aparato; pero, ni en la actividad de los unos, ni en la pasividad de los otros, obró engaño provocado, pues ya hemos visto en el acervo testimonial del proceso, que hubo un error espontáneo, producto de la negligencia, de la ingenuidad y de la torpeza. Entonces, si ese desconocido que en el proceso se busca identificar como Hernando García Cubillos, sólo dijo una mentira, desprovista de toda demostración complementaria, se desintegra el delito de estafa, por ausencia de sus elementos sustanciales: las maniobras engañosas susceptibles de inducir a error".

Concluye el recurrente sosteniendo "que siempre que la víctima del hecho proceda con torpeza, por ignorancia culpable, por ingenuidad voluntaria, no puede hablarse de estafa".

Afirma el demandante que el caso es un abuso de confianza, para lo cual examina los elementos constitutivos de dicha infracción, contemplada en el artículo 412 del Código Penal. Dice que se le brindó al responsable una "confianza estúpida", de la cual se aprovechó para cometer el delito, pero que de todas maneras la cosa fue entregada voluntariamente por sus poseedores, es decir, que el sindicado abusó de la confianza que ingenuamente se le brindó.

Tales argumentaciones llevan al recurrente a solicitar de la Corte, por este aspecto, la invalidación del proceso, ya que la sentencia es violatoria de las normas procedimentales, por haberse producido en un juicio viciado de nulidad, en atención a la errada calificación jurídica del delito, que se denominó estafa, cuando en su sentir, sólo se configura un ilícito de abuso de confianza.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Como se deduce del contexto del libelo, en la parte que se ha dejado trascrita sucintamente, el actor discrepa en cuanto al elemento tipo de la infracción, indicando que se le dio una denominación jurídica que no le corresponde, toda vez que las pruebas allegadas al proceso no permiten concluír que hubo estafa en la acción del agente.

Importa destacar, siquiera como una observación marginal de alguna importancia en este proceso, que los mismos procuradores judiciales que han actuado en él en defensa de los intereses del reo, no han podido ponerse de acuerdo sobre el delito por el que se juzgó y fue condenado Hernando García Cubillos. Así, mientras en el extenso y fundamentado alegato del defensor que en esa época vigilaba los intereses legales del agente, que figura de folios 137 a 144 del cuaderno primero, se califica el hecho como un presunto delito de abuso de confianza y otras defraudaciones, invocándose como posible aplicación al caso el texto del artículo 418 del Código Penal en su ordinal c), el distinguido recurrente ante la Corte, no sin antes rechazar de plano el delito de estafa, plantea cómo el proceso no permite dar calificación distinta a los hechos que la que surge del artículo 412 del mismo estatuto.

Es decir, que la denominación jurídica correspondiente al delito ha sido materia de diversa y encontrada apreciación por los mismos abogados del procesado. Ello implica, desde luego, que la ocurrencia de autos tiene indiscutible dificultad para ser ubicada dentro de una especial estructura penal. Mas, por esto no se quiere decir que la que le dieron los funcionarios y que los abogados rechazan, pueda considerarse equivocada, a tal extremo que surja una nulidad por error en la denominación jurídica del delito.

Si se analiza la ocurrencia de autos, aparte de la prueba que compromete al incriminado, que será objeto de estudio aparte, importa indicar que el examen del artículo 408 del Código Penal, conjuga diversas situaciones que se orientan a recoger en el mismo texto distintas circunstancias confluyentes a consumar un delito que, por su índole misma reviste formas proteicas y, por tener tal carácter, a menos que el marco legal sea casuístico, deben tener un común denominador con estas diferentes modalidades en que el engaño determina al error o que sea aquél el que manifieste el error. No cabe duda de que todas estas formas están comprendidas en el texto legal:

La ley penal no formulada con criterio casuista tiende a restringir la norma de manera que en un solo artículo comprenda todas las situaciones jurídicas que puedan surgir de su aplicabilidad. Señalados los elementos constitutivos del delito, toda conducta humana que se encuentre

dentro de esas modalidades, que encaje dentro de esos límites, necesariamente debe presentar las características de la infracción penal que esos elementos catalogan.

Podría resumirse el concepto más simple sobre la estafa diciendo que este delito no está constituído únicamente por cualquier mentira, falsedad o maquinación, pues que los artificios o engaños para obtener un provecho ilícito con perjuicio de otro, que son los elementos tipificadores de la estafa, deben tener para configurarla jurídicamente, capacidad y eficacia suficientes a inducir en error al estafado, de manera que el agente activo logre, mediante esos medios, la entrega voluntaria de la cosa objeto material del hecho. Es, pues, la voluntad del estafado la que resulta viciada y su consentimiento influído por el engaño o artificio con que se le arrebató su patrimonio. Y esta circunstancia es precisamente la que anota las diferencias específicas de la estafa con el hurto, el robo, la extorsión y el abuso de confianza.

Con el primero, porque el delito está caracterizado por la sustracción o apoderamiento de la cosa mueble ajena sin el consentimiento del dueño; y esto es un elemento estructural del hurto. Con el robo, porque la violencia que lo constituye implica el apoderamiento o entrega de la cosa por esa misma circunstancia y no por la propia voluntad de la víctima, que distingue a la estafa. De la extorsión, porque si bien en este ilícito también se entrega la cosa por la víctima, ello no se hace sino gracias a la coacción que surge de la amenaza moral que obliga al extorsionado a desprenderse de aquella para no sufrir los daños mediatos que se derivan de la oposición que presente a dejarse intimidar por ese medio delictuoso. Y, por último, del abuso de confianza, pues aunque en este también la entrega de la cosa objeto del delito se hace voluntariamente por el dueño al agente delictuoso, ello surge en virtud de un título no traslaticio de dominio; por manera que mientras a la estafa la distingue el engaño o el artificio, al abuso de confianza lo caracteriza la forma misma como la víctima entrega su propiedad y otro se la apropia en provecho suyo o de un tercero, habiéndosela confiado a un título no traslaticio de dominio.

El Código Penal colombiano al definir la estafa puede catalogarse entre los estatutos que emplean un método distinto del casuístico-analítico, en contraposición al genérico-abstracto de otras legislaciones, pues el capítulo pertinente, el VI del Título de los delitos contra la propiedad, no contiene sino cuatro artículos.

Es indudable que estructurado en forma tan sintética y abstracta un delito que, como la estafa, asume modalidades tan variadas y proteicas, podría constituír un motivo de crítica al Código, por no enunciar en unas normas más amplias por lo menos algunas de esas modalidades, como lo hacen otros estatutos, que incluyen primero una norma casuista, señalando los medios de consumar el delito, bien sea con nombres supuestos, calidad simulada, falsos títulos e influencia mentida, para enseguida emplear una parte genérica, como lo hace el Código Penal colombiano en la que se fijan o señalan los elementos estructurales o constitutivos de artificios o engaños propios para sorprender la buena fe de la víctima, elementos todos que constituyen la estafa.

Con todo, la circunstancia misma de ser la estafa una infracción que ofrece múltiples, variadas y complejas estructuras, y cuyas modalidades de ejecución cambian hasta justificar el nombre que los romanos le daban "stellionatus" —locución derivada del nombre latino "stellius", que significa tarántula, especie de araña que se caracteriza, según decían los antiguos, por la inestabilidad de sus colores que cambian con la luz del sol— hace que sea preferible recoger todas esas modalidades en una fórmula única que comprenda todas las distintas y posibles ocurrencias. De esta suerte se evita que el casuismo imposibilite encajar o concordar los diversos casos, con sus formas propias y específicas, en las casillas o figuras que el Código estructura, dejando así por fuera muchos fenómenos, que dentro de una fórmula genérica podrían ser considerados como hechos que armonizan o encuadran en los elementos constitutivos de la infracción, tal como la determina el Código.

La fórmula que emplea el artículo 408 es de aquellas que realizan precisamente el objetivo de recoger, en forma técnica y jurídica, las distintas modalidades de la infracción. Esa fórmula es idéntica a la empleada en el código italiano, el cual estructura la estafa con los mismos elementos que el Código colombiano, pues señala el engaño y el artificio como los supuestos o presupuestos legales necesarios para dar tipicidad al delito y producir la inducción en error, como la resultante de aquellos medios o sistemas empleados para consumarlo. Se asemeja, también, a la admirable definición que von Liszt da de la estafa: "Es el daño patrimonial ocasionado mediante un engaño malicioso, con el objeto de procurar a otro un provecho injusto".

La estafa precisa engaño o maniobra fraudulenta. Cuando este elemento se encuentra respaldado por prueba idónea, como aquí ocurre, no

hay razón para desconocer el tipo. Claro es que la determinación de ese elemento debe surgir de las circunstancias de la comisión del hecho. Ello porque ciertos delitos, y uno de éstos es la estafa, tienen una configuración jurídica especial. Ella está relacionada con los modos de ejecución o como si se dijera con el *modus operandi* del agente. No puede prescindirse de estos elementos que señalan la tipicidad del ilícito, porque de hacerlo se radicaría la responsabilidad en otro tipo o por lo menos se dejaría de dar el que le corresponde en la normación legal que lo estructura.

Cuando las acciones del agente comprueban que hay evidencia en esos factores, no se puede negar el tipo correspondiente. Si el sujeto llevó a cabo procedimientos que acrediten algún medio de engaño o artificio, en virtud de los cuales puede consumarse la superchería que produjo la consecuencia de que la cosa fuera a poder del agente que se propuso adquirirla por ese medio, no es posible admitir darle distinta denominación a procedimientos tales que revelan características que lo distinguen, de tal manera que sin ellas el delito no habría podido consumarse, ya que sin inducir a engaño o al error la superchería empleada, no le habría sido posible al agente conseguir que se modificara la tenencia o posesión del objeto que usurpó precisamente haciendo uso del ardid creado, que produjo el cambio del criterio de la víctima para permitir que la cosa saliera de su posesión y se incorporase, por arte del engaño, en la posesión del timador o estafador.

El empleo de esos medios por el agente revelan el conocimiento de una idiosincrasia especial en la víctima, pues ésta escoge entre las que demuestran mayor predisposición al engaño. De allí que el estafador relacione el terreno elegido para sus depredaciones con la posibilidad de lograr el mayor provecho de esas circunstancias. La estafa —en general— no está separada de la teatralidad o *mise en scene,* que llaman los franceses, con que se rodea cualquier género de engaño y se relaciona con una especie de prestidigitación de resultados antijurídicos, cuando el agente pasivo cede a esa forma de magia como se condiciona el engaño para hacerlo factible. Lo fáctico del procedimiento es lo que determina la posibilidad de vencer la resistencia del agente pasivo por la habilidad y astucia con que el agente activo procura lograr el éxito de su propósito.

Es claro que la prueba de toda artimaña o engaño tenga que revestirse de la nota que significa establecer circunstancias en que el agente debe procurarse una iniciativa especial, que se contrapone de manera absoluta con la inercia o pasividad que demuestra poseer la víctima. En el agente activo hay una acción dirigida en sentido eficaz a cometer el ilícito. En cambio, en el sujeto pasivo, la inercia se manifiesta porque la maniobra engañosa o fraudulenta lo coge desprevenido y no logra rehuír la influencia determinante del otro.

En esto estriba precisamente la cuestión normativa del ilícito, para diferenciarlo de otros tipos específicos dirigidos contra el patrimonio ajeno, pues en la estafa lo que conduce a la modificación del derecho de propiedad o posesión en el perjudicado es lo que determina el ánimo del agente para cambiar esa situación por la que le otorga el logro de lo que pretende con los medios que emplea y que no son otros que los ejecutivos de la acción delictuosa.

La estática y dinámica de los delitos se mide por el grado de actividad del agente en la acción o acciones que desarrolla para realizarlo. Si se cumplen desarrollos diversos, que exijan tiempo y diferentes actividades para operar sobre la víctima a fin de engañarla o tomarla de sorpresa, esa acción dinámica exterioriza un tipo determinado de infracción penal. Si, por el contrario, se cumple en un espacio corto, la acción es estática, modificando también el tipo.

"Por lo general —dice el criminólogo danés Stephan Hurwitz— puede establecerse una clara distinción en los casos en los cuales un individuo prepara un delito creando o buscando por sí mismo la situación propicia a su comisión y aquellos otros en que las circunstancias favorables llegan a él desde fuera, por azar y sin ninguna intervención por su parte para facilitarlas. De un lado tenemos, por ejemplo, el ladrón que se dirige al lugar adecuado para un robo, el timador que elige a su víctima, el homicida o delincuente sexual que acecha a una persona; de otro lado, por ejemplo, casos en los que se aprovecha una oportunidad favorable, imprevista, para cometer un robo, para apropiarse un objeto encontrado; en los que se producen lesiones graves o incluso un homicidio durante una reyerta casual; en aquellos en que el hallazgo de una mujer o una criatura en despoblado incita a la comisión del delito sexual, etc. Esta diferenciación es de vital importancia para la orientación criminopsicológica, para el criterio casual criminológico y para la estimación legal. Sin embargo, con mucha frecuencia hay que tener en cuenta las formas transitorias, tanto en el aspecto subjetivo como en el objetivo. El delincuente puede haber preparado, más o menos conscientemente, la situación en un amplio sentido; puede haber crea-

do una disposición psicológica para la comisión del delito por permitir a su pensamiento fijarse en él, vagamente o con cierta precisión, lo que puede inducirle a convertir el mundo circundante creado en una posibilidad favorable de cometer el delito, aunque sin una clara resolución de su parte, o en circunstancias en que su yo consciente ha rechazado definitivamente la idea del delito, mientras impulsos inconscientes o vagamente conscientes le empujan hacia una situación tentadora. En este caso la comisión del delito puede depender de una emergencia externa y, no obstante, no ser un delito meramente accidental".

"Desde las situaciones claramente preparadas —continúa el mismo autor— hasta las típicamente accidentales, hay una escala de tipos de conducta desde preparaciones activas, pasando por impulsos pasivos hacia el objetivo, hasta la falta absoluta de preparación; pero esta escala es también capaz de indicar el grado de intensidad y de extensión con que la personalidad toma parte en la génesis del acto delictivo. Por regla general, los elementos endógenos incluídos en el concepto de personalidad se encuentran presentes con mayor frecuencia en los delitos de situación preparada y menos frecuentemente en los delitos de situación accidental, aunque, en realidad, esto no es absolutamente exacto para todos los casos. La situación accidental, por ejemplo, puede presentarse en una personalidad delictiva que encuentre su total y adecuada expresión en esa situación" (obra citada, páginas 387 y 388).

Estas ideas encajan perfectamente en el caso de autos. El agente creó aquí una situación que le permitió el logro de sus propósitos con entera facilidad para sus fines. En efecto, ante los empleados del almacén que llevaban el televisor a la casa de la familia Hernández, se hizo pasar como miembro de dicha familia, en tanto que a los miembros de ésta, que se encontraban allí presentes en el momento de la acción, les hizo creer con su actuación desconcertante y audaz que era empleado del mismo almacén fingiendo una llamada telefónica que surtió el efecto deseado, que no era otro en el caso, que la familia Hernández no pusiera obstáculo alguno al devolver el aparato al almacén para cambiarlo por otro, del agrado de los compradores, como se lo propuso el timador.

Constituye ya una maniobra engañosa y un hábil artificio la frase que dijo el sujeto que se bajó del taxi, que no era otro que el procesado, en los momentos en que los empleados del almacén "Electrovox" llegaban a la casa del señor Hernández y que éstos recogen en sus testimonios: "sí muchacho, éntrenlo aquí, que aquí es". Este engaño sirvió para que el empleado que conducía el televisor creyera "que el tipo era de la casa". Lo uno es consecuencia de lo otro. Si el sujeto intruso no les hubiera sugerido que la casa a donde llevaban el televisor era la de la familia Hernández, también mediante un engaño telefónico los dueños de la casa pasivamente cayeron en la celada creada por el timador para hacerse entregar voluntariamente, pero mediante el error engañoso que usó, de sus propias víctimas, el televisor, objeto material del ilícito.

El error no surgió en la mente del empleado, como lo pretende la demanda, por la creencia de que el intruso allí presente fuera de la casa, sino porque todas las apariencias que denotaban la actividad de aquél indicaban que era de la casa, y ello descubre que la simulación sí fue intentada por el desconocido, lo que afianzó la credibilidad de los empleados para entregar el televisor.

Esta falsa creencia fue la que determinó que los empleados del almacén exigieran la firma del recibo de entrega del aparato, pues toda la artimaña consistía en preparar el terreno para hacer más viable la sustracción del mismo al continuar la maniobra fraudulenta hasta conseguir la entrega por el error que medió en el artificio empleado.

El delito de estafa radica principalmente en el hecho de hacerse entregar una cosa mediante engaños o artificios que induzcan en error a la víctima. Una de las características que distingue este ilícito del de abuso de confianza y otras defraudaciones, consiste primordialmente en que la entrega en la estafa proviene de situaciones previamente creadas por el agente que busca por sí mismo la situación propicia para realizar el delito, mientras que el abuso de confianza en sus distintas modalidades proviene generalmente de circunstancias independientes del agente, que surgen fuera de éste y se convierten por ello en favorables, determinando con esto la fácil consumación del hecho. Así, la entrega de la cosa objeto del ilícito en el abuso de confianza proviene espontáneamente de la actividad de la propia víctima, que la efectúa con el fin de darle una destinación especial en manos de quien la recibe, pero no a título traslaticio de dominio, a pesar de lo cual se la apropia en provecho suyo o de un tercero. En la estafa esa entrega no se hace voluntariamente, como en el caso anterior, sino que se produce como consecuencia de un error al que se induce, mediante artificios o engaños, sin los cuales no se habría producido tal entrega. Hay, pues, una diferencia de perpetración en ambos delitos, en lo que concierne a la

actividad, planteamiento etc., del hecho, que puede decirse que por este aspecto aquellas infracciones tienen modalidades específicas en cuanto al acto mismo de su comisión. Es el conflicto o antagonismo que determinan, que obedece a factores internos o externos de tanta efectividad que, según sea la mecánica como se manifieste el acto y la acción, cada uno de estos depende de que se les distinga como de diferentes categorías, sin que pueda confundírseles, así se apele, como lo hace la demanda en este caso, a pretender que porque los empleados del almacén "Electrovox", que transportaban el televisor a la casa de Hernández, y la familia de éste entregó ese aparato al procesado a título no traslaticio de dominio, brindándole al responsable "una confianza estúpida", como dice el libelo, y de ello se aprovechó para cometer el delito. Olvida el impugnador que esa confianza nunca existió ni la entrega se hizo voluntariamente, sino que ella tuvo su origen en la cuidadosa preparación del agente para rodear un hecho de una *mise en scene* capaz en grado sumo de conducir a un error, tanto a los empleados aludidos como a la familia Hernández, todos los cuales procedieron determinados por la audacia, malicia y extraordinaria sagacidad del timador.

Como también se ha pretendido que el caso de autos puede encajar en alguna de las modalidades del delito de "abuso de confianza y otras defraudaciones", conviene decir para agotar este capítulo, que en manera alguna puede admitirse esa pretensión. Por lo que hace al artículo 412 del Código Penal, que invoca la demanda, como la posible infracción que haya consumado García Cubillos, ya se dejaron claramente delineados los límites que separan el ilícito del abuso de confianza de la estafa y por este aspecto no es indispensable hacer nuevo análisis.

En lo que concierne a que en el caso pueda presentarse la figura de una defraudación, en el supuesto del ordinal c) del artículo 418, basta para destruír esa hipótesis tener en cuenta que la apropiación de la cosa objeto del ilícito en este proceso no se produjo por error ajeno, pues que éste, si lo hubo, fue procurado por la acción del agente, y el caso fortuito, todavía es menos existente, toda vez que para que éste se produzca es menester una causa ajena al sujeto pasivo del ilícito, pues si ésta dimana del agente activo de la infracción no puede hablarse de una figura que, por lo mismo que es desencadenada o proviene de hechos externos a quien los sufre, es imposible admitirla en un negocio como este. Ello porque no hubo para el agente del delito esa imprevisión de lo imprevisible que caracteriza el caso fortuito, porque todo ya estaba de antemano preparado y previsto para la ejecución del hecho.

Todas las consideraciones anteriores llevan a concluír que por el aspecto estudiado no puede prosperar la causal 4ª. Pero como el actor involucra con indudable habilidad discursiva mas no técnica, cuestiones probatorias con base en dicha causal, a fin de producir las consecuencias legales de su pretensión de que se invalide la sentencia impugnada, porque la prueba que fundamenta el fallo recurrido no da margen para condenar al procesado por el delito de estafa, la Corte, siguiendo un procedimiento más acorde con el tecnicismo de esta clase de recursos, procederá en el examen de la causal segunda, que también fue alegada, a estudiar este último motivo de impugnación, en el cual resalta mejor la procedencia del análisis probatorio y de su capacidad de producir la certeza necesaria para condenar, que persigue el recurrente por la causal aludida.

CAUSAL SEGUNDA. La sustenta la demanda así:

"Para el caso de que no prospere la causal alegada, invoco la causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, porque por errada interpretación de los hechos en la sentencia recurrida se le dio a unos un valor que no tienen, a otros se les negó el que sí tienen, no se tuvieron en cuenta otros y todos son constitutivos del delito y modificadores de la responsabilidad y de las sanciones".

El alcance de la impugnación lo hace consistir en que "la causal invocada busca que la honorable Corte Suprema invalide la sentencia recurrida y que, en su reemplazo, dicte la que corresponda, conforme a lo dispuesto por el numeral a) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal", es decir, que la invalidación del fallo conduzca a absolver al procesado, "porque para dictar sentencia condenatoria es necesario que obra (sic) la prueba plena y completa de la infracción por la cual se llamó a juicio y la de que el procesado es responsable de ella prueba que brilla por su ausencia en este proceso".

Se extiende el libelo en una serie de consideraciones tendientes a demostrar que la prueba que el Tribunal tuvo en cuenta para condenar al reo no tiene capacidad legal suficiente para llegar a esa conclusión. Analiza por separado los testimonios, reconocimientos y careos para establecer que deben desecharse los testimonios de los hermanos Ramírez Villa y la declaración y reconocimiento en rueda de presos de Jairo Hernández, deposición clave del proceso, así como tal reconocimiento, que encuentra viciado, lo mis-

mo que la testación de Armando Zuluaga, chofer que llevó el televisor hasta el sitio en donde fue vendido a uno de los hermanos Ramírez Villa, porque considera a aquel declarante como sospechoso de mentira, para luégo decir que el Tribunal no tuvo en cuenta las diligencias practicadas con el doctor Humberto Serna (folios 81 y vuelto original), Julio de J. Hernández (folios 83 ibídem) y Nora Hernández Navas (folios 85 y vuelto ibídem), "quienes estuvieron presentes en el lugar de los hechos, pero que no reconocieron a Hernando García Cubillos como autor de los hechos, dejando en claro la confusión de que fue víctima el menor Jairo Hernández". Agrega que tampoco el Tribunal tuvo en cuenta que el señor Francisco Pardo Villa, citado por los hermanos Ramírez como testigo presencial de la compra del televisor, no reconoció al procesado como supuesto vendedor del aparato, para concluír así:

"Estas pruebas, por lo menos, permitían la formación de una duda, que por no ser susceptible de eliminación por vía racional, debió absolverse en favor del procesado, conforme a la ordenanza contenida en el artículo 204 del Código de Procedimiento Penal".

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, al hacer el análisis de la causal segunda, realiza por su parte algunas consideraciones tendientes a participar de las críticas que la demanda formula a la prueba de cargos, la que considera que después "de un cuidadoso estudio" de las pruebas procesales y de comprobar los asertos y críticas que formula el opositor, se llega a la conclusión de que "a las declaraciones que anteriormente se mencionaron se las avaluó procesalmente de manera errada y se configuró sobre la base de ellas una responsabilidad no manifiestamente estructurada en autos".

Concluye el señor Fiscal de la Corte en su concepto, que la duda que indica la demanda se abre ampliamente, y la crítica que opone a los testimonios que en párrafos anteriores se citaron, encuentra, en verdad, todo respaldo. Es, pues, el caso de dar aplicación al artículo 204 del Código de Procedimiento Penal.

RESPONDE LA CORTE:

Es tan manifiesta la complejidad de esta clase de delitos, en que el agente obra con tánta audacia, sangre fría y astucia, que desconcierta siempre la búsqueda de la verdad, aunque a ella conduzca un razonamiento concienzudo y sagaz, como corresponde precisamente a la misma habilidad que emplea el delincuente para eludir la acción de la justicia.

Se patentiza en este proceso la afirmación anterior por dos consideraciones fundamentales. La primera de ellas la constituye la forma como los distintos defensores que ha tenido el procesado a todo lo largo de la investigación y el juzgamiento han planteado los puntos de vista de sus pretensiones. Por lo menos indirectamente, pero no por ello sin desconocer la realidad procesal, han tratado de ejercitar su cometido reconociendo la delincuencia del procesado, pero dándole a la infracción una fisonomía distinta, para situarlo dentro de preceptos legales de menor rigor penal, sin negar la culpabilidad.

La segunda, se pone de manifiesto con claridad deslumbrante en el concepto del señor Agente del Ministerio Público, en donde precisamente por su alta categoría moral e intelectual, resalta mejor la desconcertante contraposición que existe entre el hecho de que al examinar con fundamento en la causal 4ª los cargos que formula la demanda a la calificación como estafa del delito, en que por cierto el actor fue más prolijo en la crítica a los testimonios de cargo para desconocerlos o rechazarlos de plano a fin de conseguir la nulidad del proceso, hace la afirmación que enseguida se transcribe, mientras que al estudiar la causal segunda se pronuncia en la forma antes anotada. Dice, en efecto, aquel distinguido funcionario:

"Pero cabría agregar a lo netamente sentado por el Tribunal para que la comisión del ilícito que se le imputa, Cubillos García hizo gala de una sangre fría y sutileza extremada *y que con gran talento delictivo, que solamente puede afirmarse en la experiencia previa para esta clase de delitos que demuestran los autos, operó,* tanto sobre los empleados del almacén, como sobre los familiares de la casa Hernández, de manera tan artificiosa que, a los primeros, les creó la convicción de ser pariente de los Hernández mediante el despliegue de actos concretos que se movilizaron desde su ingreso al interior del hogar, hasta las órdenes que diera respecto a la colocación del televisor y que concluyeron con la firma que personalmente diera del recibo del aparato. En cuanto a los Hernández, quienes presenciaron sin la menor malicia las actuaciones de Cubillos, con quienes dialogó sobre las condiciones técnicas del artículo cuya entrega simulaba hacer, culminó el engaño, la maniobra, con la apócrifa llamada hecha al almacén para que éste procediera al cambio del televisor por otro de especificaciones diferentes" (Las subrayas no son del texto).

Y es que está en lo cierto el señor Procurador Delegado en lo Penal cuando afirma en el pá-

rrafo transcrito la gran experiencia y habilidad de García Cubillos para esta clase de ilícitos. En efecto, en su primera indagatoria de folios 76 y siguientes del cuaderno primero, confiesa de la siguiente manera sus anteriores fechorías:

"He sido detenido anteriormente en esta ciudad en mil novecientos cincuenta y tres y no recuerdo por cuenta de qué oficina y estuve detenido por estafa, luégo estuve en Bogotá por cuenta del Juzgado Octavo Superior, sindicado de robo, he sido condenado en las dos ocasiones y he pagado, aquí dos años y en Bogotá seis".

En su segunda indagatoria de folio 126 vuelto del cuaderno principal ratifica su anterior confesión sobre sus antecedentes criminales y lo hace en la forma siguiente:

"He sido sumariado dos veces por delitos de estafa aquí en Medellín y por él fui condenado, no recuerdo por cuál Juzgado. También fue en Bogotá por el mismo delito de estafa y fui condenado a seis años de prisión, ambas condenas las pagué y me encuentro hace un año en libertad".

Pero si lo anterior no fuere suficiente para establecer la carrera delictiva de este profesional de los delitos contra la ajena propiedad, existen en el proceso los siguientes elementos:

a) Prontuario delictivo, visible a folio 98 vuelto del cuaderno principal, que a la letra dice:

"Septiembre 26/53. Solicitud certificado de conducta para rebaja de pena. Medellín. Detenido en la Cárcel de Varones, de Medellín.

"Ignórase fecha... No puede salir del país. Existe orden captura. Según oficio número 450 del Jefe Sic. Ibagué.

"Ignórase fecha ... Estafa. Medellín. Juez 2º Penal Municipal, Juez 3º Circuito Penal. Sumario. Condenado a un (1) año y un (1) mes de prisión. Sentencias de septiembre 18/53 y octubre 1º/53.

"Ignórase fecha ...Estafa. Medellín. Juez 2º Municipal Penal, Juez 3º Circuito Penal. Sumario. Condenado a dos (2) y un (1) mes de prisión. En sentencias de mayo 13 y julio 11/53".

b) Copia de la sentencia por el delito de estafa dictada contra Hernando García Cubillos por el Juez Segundo Municipal Penal de Medellín, con fecha 13 de mayo de 1953, en la que del relato de los hechos aparece que empleó los mismos trucos que le sirvieron para consumar la estafa en el caso de autos. Tan evidente es lo anterior, que bastaría cambiar la palabra televisor por "proyector de cine", que fue el objeto material sobre que recayó el delito de que tratan estas copias, sin que se modificaran fundamentalmente las circunstancias de consumación en ambos casos.

Es verdad que la demanda formula algunas críticas contra la manera como esta copia llegó a los autos, ya que fue expedida desde agosto de 1953 y refrendada para que sirviera en este proceso. Pero su autenticidad no puede negarse por las razones siguientes: porque corresponde a los dos años de pena que el procesado confiesa haber sufrido en la cárcel de Medellín por el delito de estafa, pues que esa es la misma penalidad que señala la copia a que se alude; porque en el prontuario también aparece con iguales fechas a las de la copia; porque a folios 105 del cuaderno principal también existe idéntica constancia, con las copias de las partes resolutivas de los fallos respectivos del Juzgado Segundo Municipal Penal de Medellín y Juzgado Tercero del Circuito Penal de la misma ciudad, que confirma, sin ninguna modificación aquel fallo, constancia que lleva el sello del Juzgado y la firma del Juez que ejercía tales funciones en dicha época, y, por último, que con las declaraciones de Gloria Valencia Asuad y Gerardo Alvarez Arias (folios 114 y vuelto ibídem), se estableció que esas copias corresponden al mismo individuo de nombre Hernando García Cubillos sindicado por el delito de estafa "donde es ofendido el almacén Electrovox".

c) A folios 125 vuelto y 126 del cuaderno principal aparece la copia del denuncio de un delito contra la propiedad en cuantía aproximada de seis mil pesos ($ 6.000.00), formulado por el doctor Carlos Betancurt Arias, en el que por extraña coincidencia se describe que el sujeto que los vecinos de la casa del denunciante, de apellido Samper, reconocieron en fotografías, que les fueron mostradas, como autor de dicho ilícito, responde al nombre de Hernando García Cubillos (a. "El extraño visitante"), según dice textualmente el informe del DAS, que figura a folio 126 vuelto, el que rinden bajo juramento. Y todavía resulta más extraña la coincidencia si se tiene en cuenta que el truco empleado para ejecutar la sustracción de los objetos valiosos de la casa del doctor Betancurt Arias, es exactamente el mismo utilizado en la estafa de autos y en otros casos en que ha sido condenado por idéntica infracción. Es innegable que ante esta abrumadora y sorprendente manera de tomar el patrimonio ajeno por medios ilícitos se llame por apodo a García Cubillos "El extraño visitante", pues en realidad sus extrañas visitas a las casas de sus víctimas dejan siempre un saldo desfavorable al patrimonio de éstas.

Con sobra de razón dice el Tribunal sentenciador citando a Ellero: "Por capacidad moral de delinquir, que también podría llamarse índole delictuosa, entiéndese aquella cualidad del ánimo propia de algunos, y en virtud de la cual éstos no sólo se inclinan, sino que parecen dispuestos a obrar mal. No debe confundírsela pues, ni con la capacidad físico-intelectual necesaria para delinquir, ni con el móvil criminoso, como suelen hacer los prácticos. Las circunstancias que la ponen de manifiesto son: la vida anterior y las cualidades personales de las cuales se puede inducir un hábito criminoso".

Si se recorre toda la gama de las actuaciones criminales del procesado y se miden con criterio criminológico los medios y sistemas empleados por García Cubillos o Cubillos García, o solamente, Hernando Cubillos, que por todos estos nombres suele llamarse, con el ánimo que abrigan siempre los delincuentes contra la propiedad para eludir la acción de la justicia, cuando sobre ellos pesan malos antecedentes y sobre todo sentencias condenatorias que puedan en un momento dado agravar su delincuencia en fechorías posteriores, se comprende por qué la Corte hizo la cita pertinente del profesor Stephan Hurwitz en el análisis del certero criterio que desde el punto de vista de la criminología debe tener el Juez para valorar formas de delincuencia que constituyen grave peligro social, como que precisamente recaen sobre víctimas desprevenidas, sin capacidad de reaccionar convenientemente contra los que les arrebatan su patrimonio por el engaño, el ardid y el artificio audaz y desconcertante que los dejan sin medio alguno de rechazar el agravio, formas de delincuencia que por lo mismo que la civilización las hace progresivas, imponen un reproche penal más acusado y que el rigor de la ley penal sea más efectivo.

Queda así subrayado el pasado judicial de García Cubillos, lo que es absolutamente indispensable en este proceso, no solamente para fijar el grado de responsabilidad, sino como elemento de juicio que permita, junto con las demás pruebas que aporta el proceso, deducir consecuencias jurídicas, toda vez que rige un estatuto penal en el que la peligrosidad social del delincuente juega un importante papel para determinar la certidumbre legal-moral que una conducta debe producir en el ánimo del Juez para reprocharla como culpable, y por lo mismo, merecedora de sanción, aunque no se tome esa conducta como prueba objetiva de culpabilidad y sólo sirva como índice subjetivo para que el fallador mida el carácter antisocial del agente.

Y entrando en el fondo de la causal, se considera:

Si la prueba de cargo se analiza con el escalpelo propio de una inquisición sobre el valor que aporta cada una de las contenidas en el proceso, es apenas natural que tal procedimiento impida sintetizarlas a fin de comprender el grado de certidumbre que aportan. En el proceso penal la prueba no es única, ni es tampoco cuantitativa sino cualitativa en el sistema procesal vigente, ya que ella surge del conjunto de todas las que fueron producidas. Si éstas apreciadas armónicamente conducen a la certeza legal, no es posible desconocerles el valor que tienen para llegar a una conclusión condenatoria.

Desde este punto de vista analizado el proceso, se advierte que el examen parcial de cada uno de los elementos probatorios recogidos que hace la demanda, puede tener virtualidad suficiente para lograr una determinada pretensión, como es la absolución del reo. Pero el fallador puede tener y tiene en muchos casos, como en este, un ámbito más amplio para mover su actividad en orden a fundamentar una decisión judicial que ampare derechos sociales desguarnecidos muchas veces por una casuística probatoria que la ley no consagra ciertamente, ya que lo que ésta ha establecido, por la modificación profunda que el Código procesal vigente introdujo en la apreciación de la prueba, es que todos los posibles medios de comprobación judicial pueden reducirse a indicios, lo que permite señalar así un criterio lógico para apreciarlas, de tal manera que si bien cada una por separado no logra probar el hecho por sí sola, al analizar las relaciones en ellas, al buscar su armonía y la lógica con que conducen a aquel criterio, forman entonces una teoría o conjunto indicial suficiente como inferencia indiciaria para determinar la existencia del hecho que se trata de establecer. Dicho con las palabras de un distinguido procesalista: "Cuando pruebas que aisladamente constituyen indicios de un hecho ofrecen la debida concatenación hasta el punto de no explicárselas sin la existencia de lo que quiere probarse, la prueba se torna completa y permite fundar la decisión condenatoria". (Doctor Gustavo Rendón Gaviria, "Curso de Procedimiento Penal Colombiano", páginas 207 y 208. Edición de 1962).

La modificación profunda introducida por el Código Procesal Penal vigente en el régimen de la prueba se debe a que impera un sistema mixto entre el legal —consagrado en la legislación antigua— que constriñe al Juez a no salirse del ámbito previamente determinado para apreciarla, porque rige una tarifa probatoria, cuyo alcance y límite señala la ley concretamente, de la cual no se puede apartar el fallador, y el sistema de convición moral-legal, en el que si bien no existe

un régimen de absoluta libertad en la apreciación probatoria, el Juez se mueve con más amplitud y desembarazo, dentro de un prudente arbitrio, que permite un mayor margen al examen de los elementos probatorios aportados, en el que la conciencia del fallador debe encontrar el justo equilibrio entre la arbitrariedad y la justicia, para formarse la convicción con que debe decidir el caso, "porque se atemperó con el sistema de la convición íntima para la apreciación libre y prudente de los jueces de los elementos probatorios", el régimen restrictivo tarifario, que es precisamente lo que permite afirmar la existencia del sistema mixto de que se ha hablado.

Aplicadas estas ideas al caso de autos se advierte que la decisión del fallador de instancia objeto del recurso, no acusa, ni remotamente, que la apreciación probatoria conduzca a una arbitraria y errónea valoración de los elementos recogidos durante la investigación. El Tribunal fue explícito y claro en señalar el valor que le da a cada una de las pruebas aportadas, de las cuales dedujo la responsabilidad. El prudente arbitrio de que usó para hacerlo está admitido por la ley; no se observa, dentro del cómputo de probabilidades que cada medio probatorio aporta, que se haya extralimitado en su facultad para determinar el grado de certidumbre que le dio a las mismas y desde este punto de vista es notorio que, como reiteradamente lo ha dicho esta Sala de la Corte, no existe error de hecho protuberante, desde luego que la discrepancia de criterios en el sistema de apreciar determinada prueba entre el fallador y la defensa del reo, no es precisamente lo que ampara la causal segunda de casación, pues lo que patentiza sus verdaderos alcances y puede dar ocasión a que el recurso prospere, es que la demanda demuestre la existencia de una ostensible y manifiesta arbitrariedad, lo que en el caso de autos no ha ocurrido, porque el fallo enjuiciado no contiene arbitrariedad alguna, que lo haga susceptible de enmienda, con base en la causal segunda alegada.

No prospera, por tanto, dicha causal.

CAUSAL PRIMERA. El tercer cargo de la demanda lo formula el recurrente así:

"Para el caso de que no prosperen las causales alegadas anteriormente, invoco la primera causal del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, subsidiaria y escalonadamente, porque la sentencia es violatoria de la ley penal, por indebida aplicación de la misma".

Señala como alcance de la impugnación que la causal invocada busca la invalidación por la Corte de la sentencia recurrida, para que, en su lugar, se dicte la que corresponda.

Aunque el libelo no enumera propiamente los motivos de impugnación que apoya en la causal primera, ellos pueden reducirse, sintetizándolos, a tres:

1. Que el Tribunal al señalar la pena correspondiente al delito, y tener como primer reincidente al procesado "tuvo probada la reincidencia de una manera ilegal". Fundamenta esta aseveración en que las copias de los fallos que el Tribunal consideró para la reincidencia, no reúnen los requisitos legales a ese objeto, en primer término, porque la sentencia de folios 108 se refiere a Hernando Cubillos García y el sentenciado en este caso responde al nombre de Hernando García Cubillos. En segundo, porque los testimonios que acreditan la identidad no se sabe a qué titulo declaran, "pues no aparecen como funcionarios de los Despachos que dictaron la sentencia anterior y no aparecen en el proceso como funcionarios que conocieron en este negocio".

2. Que en el proceso no aparece sino la copia de la sentencia de primer grado y no la de segundo, confirmatoria de la primera. Y si bien existe alguna constancia de la parte resolutiva del fallo de segundo grado preferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Medellín, por el delito de estafa, sin que se sepa a qué providencia se refiere, en todo caso dicha constancia al pie del fallo de primera instancia, "no constituye la copia auténtica de la sentencia de segundo grado, que le daría a la de primera la calidad de ejecutoriada, que es lo que se requiere para la prueba de la reincidencia, de acuerdo con sostenida doctrina de la honorable Corte Suprema de Justicia".

Agrega otro punto que ya fue motivo de estudio al reseñar el pasado judicial del reo, cual es el de que esa copia carece de autenticidad por alguna informalidad que se observa en la forma de su expedición, sobre el que no se abunda por no tener mayor importancia para esta decisión, y haber sido objeto de análisis.

3. Finalmente, el Tribunal "aplica la reincidencia como concepto agravatorio de la pena y al mismo tiempo toma como circunstancia de mayor peligrosidad el haber incurrido anteriormente el procesado en condenaciones judiciales, es decir, la 2ª del artículo 37 del Código Penal". Esto equivale a tomar un mismo hecho como un doble agravante: el específico de la reincidencia y el general de las condenaciones anteriores, violándose el principio *non bis in idem*. Concluye:

"La graduación de la pena, hecha por el Tribunal de Medellín, debe ser modificada, pues obrando solamente una circunstancia de mayor peligrosidad (la 2ª del artículo 37 del Código Penal), resulta absurdo y arbitrario imponerle a Hernando García Cubillos una pena de tres años de prisión".

SE CONTESTA

Evidencian los autos, en forma absoluta, que Hernando García Cubillos, o Cubillos García (a. "El extraño visitante"), que con estos dos apellidos se le conoce en el proceso, lo que no sobra repetir, fue condenado por estafa a la pena de dos años y un mes de prisión, por el Juzgado Segundo Municipal en lo Penal de Medellín y que dicho fallo fue confirmado por el Juzgado Tercero del Circuito Penal de la misma ciudad. El primero lleva fecha 13 de mayo de 1953 y el segundo 11 de junio del mismo año (folios 105 y 108, 109 y vuelto del cuaderno principal).

También evidencia el proceso que el aludido sujeto confiesa, en dos indagatorias, haber sufrido esa condena, aparte de algunas otras por el mismo delito de estafa, que purgó en Bogotá, y cuya pena se elevó, al decir del incriminado, a seis años de prisión. Acepta, además, varias detenciones y sindicaciones por los delitos de estafa y robo (folios 76 y 127 cuaderno principal). El prontuario delictivo así lo confirma, como se comprueba a folio 98 vuelto ibídem.

Hay, pues, contra el procesado, simples sindicaciones, detenciones preventivas y condenaciones judiciales, por delitos contra la propiedad. Esto es manifiesto. Pero también lo es que por lo que respecta a las primeras, la Corte ha mantenido los siguientes criterios:

"Las simples sindicaciones no son circunstancia que revele mayor peligrosidad, porque el resultado de la acción penal no se ha traducido en un hecho concreto".

"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 hecho delictuoso o una contravención. Haber sido detenido tampoco es prueba de haber sido condenado".

"Con frecuencia sucede que un sujeto detenido preventivamente por hechos delictuosos que se imputan, posteriormente es favorecido con una sentencia absolutoria o con un sobreseimiento definitivo. De ahí que haya sido doctrina constante de esta Sala de la Corte la de que la prueba pertinente o principal que sirve para acreditar las condenaciones anteriores, son las copias de las sentencias ejecutoriadas, expedidas por los funcionarios competentes y con el lleno de las formalidades legales".

De manera que, conforme a estas enseñanzas, es conveniente discriminar, que para efectos de la dosimetría penal, en el cómputo de la penalidad que debe sufrir el reo, no en lo que respecta a los antecedentes criminales del sujeto, que es cuestión distinta y que sólo tiene relevancia penal en cuanto sirven para destacar y establecer su peligrosidad, su capacidad antisocial y aun su habitualidad, las sindicaciones, detenciones precautelativas, deben tener un enfoque legal distinto. Es decir, a éstas, tenerlas en cuenta en lo que respecta a la conducta antisocial, para señalar la peligrosidad, esto es, aquella capacidad latente en la persona para transformarse con las mayores probabilidades en autora de hechos delictuosos, y, en cambio, a las condenaciones anteriores considerarlas, ya en orden a la reincidencia, si se cumplen los requisitos de ley, o meras circunstancias de mayor peligrosidad, si alguna modalidad impide que se las tenga en cuenta para cómputo de la reiteración criminal.

Con estos presupuestos se entra en el análisis de la causal primera alegada, en forma subsidiaria, en la demanda que es motivo de decisión.

El Tribunal, haciendo suyas las consideraciones del Juez *a quo* al imponer la pena, tomó como básica la prescrita en el artículo 408 del Código Penal, que sanciona el delito de estafa, con el aumento que señala el artículo 1º del Decreto-ley 2184 de 1951, que elevó al doble el mínimo de las penas, e hizo luégo los aumentos por concepto de reincidencia de primer grado y la circunstancia de mayor peligrosidad contenida en el ordinal 2º del artículo 37 del estatuto represivo. De esta suerte liquidó el cómputo así: a los veinticuatro (24) meses del mínimo se agregan tres meses por la circunstancia de mayor peligrosidad y al total de los veintisiete (27) meses se suma la tercera parte por concepto de reincidencia. Total: treinta y seis (36) meses de prisión.

Resalta de lo anterior la indebida aplicación de la ley penal, por cuanto la reincidencia no podía tomarse en cuenta en este caso por faltar requisitos que la ley prescribe para ese aumento de la sanción, que comporta un mayor rigor penal y por lo mismo exige condiciones que de no estar establecidas impiden su aplicación. Ni la confesión ni el prontuario delictivo que el fallador cita para tener como probada la reiteración criminal, pueden sustituír la prueba única que la doctrina de la Corte ha mantenido como indispensable a aquel objeto, porque como lo ha dicho

la corporación, "la ley en estos casos, no atribuye a la confesión el mérito de la plena prueba o completa para establecer una condenación judicial. La prueba pertinente o principal que sirve para acreditar las condenas anteriores, son las copias de las sentencias ejecutoriadas, expedidas por funcionarios competentes y con las formalidades legales".

Mas las condenaciones anteriores, cuando no prestan mérito para el cómputo de la reincidencia, sí debe tenerlas en cuenta el fallador para elevar la pena por concepto de peligrosidad, con fundamento en los artículos 36 y 37 del Código Penal, porque entonces, aunque las copias no sean completas, como ocurre en este caso, por un descuido imperdonable de los investigadores, que con un poco de diligencia habrían podido agregarlas a los autos, hay un hecho cierto y demostrado en el proceso: que el sujeto sufrió una condena, que su peligrosidad es manifiesta, y, que, precisamente, las circunstancias así llamadas sirven para compensar una situación formal, para darle a la ley represiva su verdadera efectividad, pues no se compagina con ésta que circunstancias ficticias y convencionales, como es la falta de las copias con las formalidades legales, hagan nugatoria la facultad del Juez para atender a distintos factores, como la personalidad del agente y su manifiesta peligrosidad, también están previstos para que dentro de los límites fijados por la ley se tengan como elementos mensuradores de la pena y criterios directivos en la determinación de la sanción.

"Si la condena anterior —dijo alguna vez la Procuraduría Penal— es ineficaz para demostrar la reincidencia en sentido jurídico, en cambio ella no desaparece de la historia judicial o policiva del sujeto para mostrarlo como peligroso y digno de una pena adecuada a sus impulsos dañinos y a la defensa de la sociedad" (Extracto de las doctrinas de la Procuraduría).

Existiendo, pues, indebida aplicación de la pena, por las razones expuestas, es el caso de dar aplicabilidad al ordinal a) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, ya que prosperan los cargos formulados en la demanda, con las salvedades expuestas en el estudio de la causal primera.

Tomando como pena base la que señala el Código en el artículo 408, que fue el infringido con el aumento del Decreto legislativo número 2184 de 1951, se tienen dos años de prisión. Pero agravándose la pena por el concepto de la circunstancia de mayor peligrosidad señalada y como esto queda al prudente arbitrio del Juez, la Corte, teniendo en cuenta la individualización de la pena hecha por las instancias y por no ser posible el cómputo de reincidencia, deja en tres meses el aumento del mínimo que tuvo en consideración el Tribunal, por el único concepto de peligrosidad, ya que carece de facultad para mayor agravación —*reformatio in pejus*—, aunque es evidente que dada la peligrosidad antisocial del reo, la sanción debería ser mayor.

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, oído el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, acorde en parte con él, INVALIDA PARCIALMENTE la sentencia objeto del presente recurso y en su lugar dispone que la pena que debe sufrir Hernando García Cubillos o Cubillos García o Hernando Cubillos (a. "El extraño visitante"), es la de dos (2) años y tres (3) meses de prisión, junto con las incorporales de la sentencia recurrida, con las rebajas que imponga la reducción de la pena principal y en igual proporción. La multa no se modifica.

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

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

INICIACION DE LA INVESTIGACION PENAL

Se niega la Corte a tramitar una denuncia.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

Como lo expresó esta Sala en otra oportunidad: "Uno de los presupuestos esenciales que exige la ley de procedimiento penal para adelantar una investigación, es la existencia de un hecho que entrañe directa o indirectamente una violación de la ley penal. En ausencia de este requisito la acción penal no puede adelantarse por ningún funcionario de la rama jurisdiccional en materia penal".

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

(Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

El señor Julio Sanabria, vecino de Sogamoso, en memorial dirigido a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, formula denuncia penal contra el doctor Octavio Roselli Quijano (actual Gobernador de Boyacá), contra el doctor Héctor Rincón Figueredo (Gobernador ad hoc en Boyacá) y contra Mario Ruiz Guzmán (actual Jefe de la Sección de Justicia del mismo Departamento).

Los hechos y antecedentes que han dado origen a la denuncia, los resume el señor Procurador General de la Nación, con base en los informes y documentos suministrados por el mismo denunciante, así como por uno de los Visitadores de la Procuraduría, en oficio dirigido por aquel funcionario al señor Ministro de Gobierno, en la forma siguiente:

"1º Al parecer —según lo afirma el señor Sanabria— desde el año de 1958 el doctor Octavio Roselli Quijano formuló demanda civil ante el Juzgado Municipal de Aguazul contra el memorialista Sanabria, en relación con la propiedad de unos terrenos ubicados en la citada jurisdicción; al decir de Sanabria, el litigio se falló en su favor, por lo cual 'en vista de que por providencia del Juez quedaba nuevamente claro mi derecho de dominio y posesión sobre los terrenos litigiosos, procedí a cercar mis potreros y mis derechos de sabanas, y naturalmente a realizar todas las mejoras que yo consideraba necesarias para explotación de la finca'.

"2º El 22 de junio de 1960 Abel Rodríguez pidió ante la Alcaldía de Aguazul que se prohibiera a Sanabria hacer un cerramiento con alambre de púas en terrenos que consideraba de su propiedad, fundando sus solicitudes en el artículo 32 de la Ley 200 de 1936 y en los artículos 278 y 279 del Código de Policía de Boyacá. En la respectiva contestación, Sanabria Vargas propuso la excepción de inepta demanda.

"Posteriormente fueron presentadas ante la misma Alcaldía otras tres demandas dirigidas contra el citado Julio Sanabria Vargas, suscritas por Ignacio Castelblanco, Campo Elías Rodríguez y por el doctor Octavio Roselli Quijano, respectivamente, todas con peticiones y fundamentos de hecho y de derecho similares a los consignados en la que dio origen al juicio promovido por Abel Rodríguez. Estas tres nuevas demandas fueron agregadas al expediente de Rodríguez contra Sanabria, sin que mediara petición de las partes para que así se hiciera, ni auto que lo ordenara.

"3º Por providencia del 14 de septiembre de 1960 la Alcaldía Municipal de Aguazul declaró probada la excepción de inepta demanda propuesta por Sanabria, y dijo 'dejar a salvo los derechos de los demandantes para hacerlos valer ante el Poder Judicial'.

"Apelado este auto por los demandantes, subió el asunto a la Alcaldía del Circuito de Sogamoso para decisión de segundo grado; y previo el trámite correspondiente, en providencia del 10 de noviembre de 1960 la Alcaldía del Circuito declaró nulo todo lo actuado por la Alcaldía de Aguazul; de conformidad con los ordinales c) y d) del artículo 5º de la Ordenanza 32 de 1936, ordenó mantener el *statu quo;* ordenó al Alcalde de Aguazul conminar a las partes con multas de $ 200.00 y $ 500.00 para que se abstuvieran de ataques por vías de hecho contra sus bienes; y condenó en costas al funcionario responsable de la nulidad.

"4º El demandante Abel Rodríguez, no satisfecho con la decisión que tomó la Alcaldía de Sogamoso, por intermedio de su apoderado interpuso el recurso de revisión que contempla el artículo 473 del Código de Policía de Boyacá, para ante la Sección de Justicia del Departamento.

"5º Para entonces ya era Gobernador de Boyacá el doctor Octavio Roselli Quijano, uno de los demandantes; por ello se declaró impedido y el Gobierno Nacional, por Decreto número 859 de 1961 (abril 19), designó al doctor Francisco Mariño Parra como Gobernador ad hoc por impedimento del titular, 'con el exclusivo objeto de que conozca y decida el recurso extraordinario de revisión en los juicios policivos de amparo de posesión de Abel y Campo Elías Rodríguez contra Julio Sanabria y otro... procedentes de la Alcaldía Municipal de Aguazul', Decreto que entró a regir a partir de su fecha.

"6º Desde el 15 de mayo de 1961 el expediente se encuentra en manos del Gobernador ad hoc, doctor Francisco Mariño Parra, después de haber tomado éste posesión; hasta la fecha, según entiende la Procuraduría, el recurso no se ha decidido, y el doctor Mariño Parra, informó al Visitador de este Despacho en junio pasado que 'aún no había estudiado las diligencias en espera de que el Ministerio de Gobierno le asignara los honorarios correspondientes, pero que esta dificultad ya estaba subsanada, pues le habían respondido su petición asignándole la misma cantidad que usualmente se paga a los Conjueces de los Tribunales por sus actuaciones'.

"7º Después de que la Gobernación de Boyacá y su Sección de Justicia habían perdido la jurisdicción por el impedimento declarado, y aun después de designado y posesionado el Gobernador ad hoc, y con posterioridad a la fecha —mayo 15 de 1961— en que éste recibió el expediente, el Jefe de la Sección de Justicia del Departamento de Boyacá dirigió el 30 de mayo del año en curso el oficio número 182 al Alcalde Municipal de Aguazul, que se transcribe a continuación:

'Departamento de Boyacá, número 182.—Secretaría de Gobierno.—Sección de Justicia.—Año del sesquicentenario de la Independencia Nacional de Tunja.—Mayo 30 de 1961.—Señor Alcalde Municipal de Aguazul.—Ref.: juicio policivo de Abel y Campo Elías Rodríguez contra Julio Sanabria. Hemos tenido informes de que el señor Julio Sanabria, parte demandada en el negocio de la referencia, adelanta trabajos de cerca en postería de madera y alambre de púas en la hacienda denominada «La Esmeralda». Como usted muy bien sabe, el mencionado negocio se encuentra al despacho *sub judice* mientras se surte el recurso extraordinario de revisión de acuerdo con el artículo 473 del Código de Policía de Boyacá. Mientras el negocio esté al estudio de la autoridad competente y no se haya fallado por medio de la sentencia definitiva, ninguna de las partes litigantes puede adelantar trabajos en perjuicio ni en beneficio del predio litigioso; por consiguiente, este Despacho se permite ordenar a usted retirar las cercas a que nos hemos referido y depositar el alambre mientras se dicta la sentencia definitiva. De usted muy atentamente (Fdo.) *Mario Ruiz Guzmán,* Jefe de la Sección de Justicia.—Hay un sello que dice: Colombia.—Boyacá.—Secretaría de Gobierno, Sección de Justicia.—Tunja.—Alcaldía Municipal.—Secretaría.—Aguazul, junio 3 de 1961.—Recibida en la fecha, pasa al Despacho del señor Alcalde para su conocimiento y estudio. Por el Secretario (Fdo.) *Aura Ligia Pérez,* Oficial Mayor.—Hay un sello que dice: República de Colombia.—Aguazul, Boyacá.—Alcaldía Municipal.—Secretaría'.

"La Alcaldía, por auto de junio 3 de 1961, dispuso: tómense las medidas necesarias y dese estricto cumplimiento a lo ordenado por la Sección de Justicia del Departamento, en el oficio que antecede. Cúmplase. (Fdo.) *Luis Alberto Bedoya C.,* Alcalde Municipal.—Por el Secretario (Fdo.) *Aura Ligia Pérez,* Oficial Mayor".

"En poder de la Procuraduría se encuentra una certificación expedida por el Subjefe de la Sección de Justicia de Boyacá, en la cual, refiriéndose al juicio de que se habla y a la comunicación número 182 que acaba de transcribirse, dice:

'1º Que es verdad que este Despacho se declaró impedido para conocer del juicio policivo de Campo Elías y Abel Rodríguez, procedente de la Alcaldía Municipal de Aguazul por ser parte interesada en él, el doctor Octavio Roselli Quijano, actual Gobernador del Departamento, y ser esta

misma Oficina dependencia directa de la Gobernación. Juicio que se adelanta contra el peticionario Julio Sanabria.—2º Que de tal negocio en la actualidad conoce, por la razón aludida anteriormente, el doctor Francisco Mariño Parra como Gobernador ad hoc designado especialmente para el caso por medio del Decreto ejecutivo número 859 de fecha 19 de abril próximo pasado, y que dicho doctor no impartió orden en el sentido de la comunicación cuya copia antecede, y 3º Que no existe resolución que diera base a la misma comunicación referida en el punto inmediato anterior, sino que ésta se impartió por motivo de reclamación verbal de la parte demandante y con fundamento en los hechos allí aludidos. Dada en Tunja, a veinte de junio de mil novecientos sesenta y uno'.

"8º Informaciones del señor Sanabria Vargas, de su apoderado y declaraciones extrajuicio allegadas por éstos dan cuenta de que los Carabineros de Casanare, cuyo Jefe es el Coronel Bazurto Román (de quien se dice que es pariente del Gobernador titular doctor Roselli Quijano), han trozado y quitado las cercas levantadas por el señor Sanabria, al parecer en cumplimiento de instrucciones de la Alcaldía Municipal de Aguazul fundadas en la orden contenida en el oficio número 182 que le envió el Jefe de la Sección de Justicia del Departamento en 30 de mayo de 1961.

"9º Noticiado el Gobernador ad hoc de la orden dada el 30 de mayo por la Sección de Justicia a la Alcaldía de Aguazul y del cumplimiento que venía dándosele, dirigió al Jefe de la citada Sección la siguiente nota:

'Francisco Mariño Parra.—Abogado Gobernación ad hoc de Boyacá.—Tunja, junio 24 de 1961. Señor Jefe de la Sección de Justicia.—E. S. D. Con fecha 30 de mayo usted envió al Alcalde de Aguazul el Oficio número 182 en el que le previene impartir al señor Julio Sanabria las actividades tendientes a la continuación de una cerca y le ordena la destrucción de lo que se haya hecho después de iniciado el proceso policivo de Abel y Campo Elías Rodríguez contra el mencionado Sanabria. Desgraciadamente el texto de ese oficio es equívoco, y el Alcalde entendió que la cerca debía ser destruída en su totalidad. Es necesario que usted proceda a explicar en forma muy clara su pensamiento; iniciado el juicio de policía, las partes no pueden adelantar trabajo que pudiera perjudicar a los interesados en él. Cualquier adelantamiento en tal sentido debe ser desecho; pero esas medidas tendientes —precisamente a conservar el estado de cosas— no pueden ir por ningún motivo a alterar ese estado. Como le digo, el señor Alcalde no solamente entendió mal la orden dada por usted sino que procedió a cumplirla con toda premura. En consecuencia, es necesario que con idéntica celeridad se proceda a aclararla. Soy de usted atento servidor. (Fdo.) *Francisco Mariño Parra,* Gobernador ad hoc'.

"El Secretario de la Sección de Justicia informó por escrito que 'en relación con la anterior providencia o comunicación, la Sección de Justicia no ha tomado ninguna determinación o ha dado orden distinta alguna' (junio 28 de 1961).

"10º Ultimamente la Procuraduría ha recibido los siguientes mensajes:

'Sogamoso, julio 8/61.—Procurador General Nacional, Bogotá.—Continúan destruyéndose cercas alambre nuestras propiedades Aguazul sírvase intervenir en defensa nuestros derechos esperamos inmediato envío Visitador lugar hechos. Compatriotas, *Julio Sanabria, Luis Vargas Ospina, Milciades Riveros'.*

'Sogamoso, julio 25.—Procurador Nación, Bogotá.—En compañía mi apoderado doctor Pérez Sotomayor he ido dos veces a Tunja para defensa mis intereses, encontrándose ausente Gobernador ad hoc, quien encuéntrase hace días ésa. Igualmente pedí certificaciones Sección Justicia sobre órdenes ilegales arbitrarias dadas Jefe Justicia usurpando jurisdicción Alcalde Aguazul situación angustiadísima ruégole enviar Visitador Alcaldía Aguazul estudie actuaciones ilegales fuera expediente conocido cometiéndose atropellos sin existir orden Gobernador ad hoc para tumbar cercas alambradas mis propiedades. Doctor Pérez Sotomayor explicarále grave situación, coadyuvará mi solicitud. Agradézcole pronta respuesta.—Respetuosamente, *Julio Sanabria'.*

"Y el apoderado del señor Sanabria informa que a pesar de sus reiteradas gestiones no ha podido ni siquiera hablar con el señor Gobernador ad hoc, doctor Francisco Mariño Parra, de quien tiene noticia que se halla en Bogotá enfermo o atendiendo a su señora esposa, que sufre quebrantos de salud, ni con el Jefe de la Sección de Justicia del Departamento, quien también al parecer, se encuentra en Bogotá enfermo. En todo caso afirma el doctor Pérez Sotomayor que no ha encontrado autoridad alguna que pueda atender sus reclamos ni solucionar el grave problema en que su mandante se encuentra".

Con posterioridad a los hechos relatados por la Procuraduría, el denunciante agrega, en su memorial de denuncia, y con respecto al doctor Rincón Figueredo, lo siguiente:

"El doctor Rincón Figueredo se posesionó como Gobernador ad hoc el 27 de septiembre de 1961.

'Con fecha cinco (5) de febrero de 1962, pronunció el fallo de revisión. En su parte motiva se hace el análisis de los hechos, se concluye que el suscrito señor Julio Sanabria, es «comunero» con los señores Abel y Campo Elías Rodríguez, en unas sabanas de la Nación; que el juicio adolece de vicios que entrañan nulidad, tales como el no haberse «publicado» la sentencia de primera instancia, y que por ello, la actuación de la Alcaldía de Sogamoso es nula. Que si el juicio policivo se tramitara con sujeción a las normas de procedimiento civil, debía declararse la nulidad, pero que sin embargo no la declara, por ser un juicio especialísimo. Y, en la parte resolutiva, entra a fallar, declarando sin valor las sentencias de primera y segunda instancias, y ordenando la destrucción de las cercas construídas por mí, dentro de los quince días siguientes a la notificación de la sentencia.

'Si la providencia del Alcalde de Sogamoso es nula o sea su actuación, por mal notificada la sentencia de primera instancia y mal publicada, ¿cómo se explica que se entre a ejercer una competencia que la ley no le concede, ya que ha debido es subsanar u ordenar subsanar el procedimiento?'

Como lo ha expresado esta Sala en otra oportunidad: "Uno de los presupuestos esenciales que exige la ley de procedimiento penal para adelantar una investigación, es la existencia de un hecho que entraña directa o indirectamente una violación de la ley penal. En ausencia de este requisito la acción penal no puede adelantarse por ningún funcionario de la rama jurisdiccional en materia penal".

De acuerdo con la relación de hechos transcrita, no aparece que el actual Gobernador de Boyacá, doctor Octavio Roselli Quijano, ni el doctor Héctor Rincón Quijano, Gobernador ad hoc, hubieran incurrido en una violación de la ley penal, en ejercicio de su cargo, que justifique el que por la Corte Suprema se inicie una investigación penal contra ellos.

Aunque al parecer, en la tramitación del juicio de policía adelantado contra el denunciante Sanabria se han cometido algunas irregularidades, según lo anota la Procuraduría, de ello no se puede responsabilizar a los citados Gobernadores de Boyacá, sino a otros funcionarios de inferior categoría, como el Jefe de la Sección de Justicia, señor Mario Ruiz Guzmán, quien dio la orden de 30 de mayo de 1961, pero estos funcionarios no se encuentran entre los que, de acuerdo con el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, deban ser juzgados por la Sala Penal de la Corte.

Es verdad que el Gobernador doctor Roselli Quijano antes de ejercer el cargo, demandó, al igual que otros ciudadanos, al denunciante Sanabria, ante la Alcaldía del Municipio de Aguazul, para impedir que éste cercara unos terrenos que aquéllos consideraban de su propiedad, pero como el mismo denunciante lo acepta, cuando el negocio llegó al conocimiento de la Gobernación el doctor Roselli Quijano, quien ya ejercía las funciones de Gobernador, se declaró impedido para conocer e intervenir en dicho asunto, y fue por esta razón que se designó en su reemplazo y como Gobernador ad hoc, primeramente al doctor Francisco Mariño, y por renuncia de éste, al doctor Héctor Rincón Figueredo, a quien le correspondió decidir el negocio. Pero las críticas que el denunciante hace al fallo pronunciado por el doctor Rincón Figueredo, como Gobernador ad hoc, tampoco justifican por sí solas el que se inicie contra este funcionario una acción penal; puede ser que realmente el doctor Rincón Figueredo, al decidir el recurso de revisión como Gobernador ad hoc, realmente hubiera incurrido en error, como lo estima el denunciante, pero ello de por sí tampoco es razón suficiente para suponer que obró de modo ilícito.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

a) Abstenerse de iniciar acción penal contra el doctor Octavio Roselli Quijano, Gobernador de Boyacá y contra el doctor Héctor Rincón Figueredo, Gobernador ad hoc del mismo Departamento, por los hechos a que se refiere en su memorial de denuncia el señor Julio Sanabria Vargas;

b) Enviar al Juez competente las presentes diligencias a fin de que resuelva lo que sea del caso en relación con la denuncia formulada contra el señor Mario Ruiz Guzmán, Jefe de la Sección de Justicia del Departamento de Boyacá.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO POR HOMICIDIO

A efecto de garantizar una mayor seguridad personal al sindicado y una recta administración de justicia. Jurisprudencia de la Corte.

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

(Magistrado ponente: doctor Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

El Ministerio de Justicia ha enviado a la Corte la solicitud sobre cambio de radicación formulada por el detective Leoncio Ernesto Lozano Puentes, contra quien se adelanta un proceso penal por el homicidio consumado en la ciudad de Armenia (Caldas) en la persona del señor Gustavo López Ramírez, el 27 de agosto de 1960.

Según lo informa el Ministerio, el proceso del cual se pide cambio de radicación cursa actualmente en el Tribunal Superior de Pereira y fue fallado en primera instancia por el Juzgado Primero Superior de Armenia.

El procesado explica que por razones de orden puramente local, ya que en la ciudad de Armenia tiene gran influencia la familia del occiso, ha sufrido desde la iniciación del proceso toda clase de persecuciones, porque a toda costa se lo quiere condenar.

Acompaña las declaraciones extrajuicio de los señores Luis Enrique Muñoz García, Oliverio Rodríguez y José Antonio Del Río, para establecer que el padre de la víctima ofrecía pagar para que se le diera muerte y para demostrar cómo se lo pretendió envenenar. También acompaña una constancia expedida por el Jefe de Orden Público del Departamento Administrativo (DAS) de Bogotá, bajo cuyo control se encuentra detenido actualmente el peticionario.

Además se acompaña a la solicitud copias expedidas por el Secretario del Tribunal de Pereira de algunas piezas del proceso, relacionadas con algunas notificaciones y la constancia dejada por el doctor Libardo A. Palacios, apoderado del procesado en el momento de notificarse de la sentencia de primera instancia, en el que dicho apoderado hace mención de algunas irregularidades procesales e interpone recurso de apelación.

De estas pruebas merecen especial consideración la constancia expedida por el señor Guillermo Escobar Zapata, Jefe de la División de Orden Público del DAS, en Bogotá, y la declaración rendida por el señor José Antonio Del Río Hurtado.

El Jefe de Orden Público del DAS hace constar que el detective Lozano Puentes fue trasladado de las dependencias del DAS, en Armenia, a los cuarteles de la misma institución en Bogotá, "porque en Armenia la integridad personal del señor Lozano Puentes corría grave peligro por razón del homicidio de López Ramírez".

El declarante Del Río Hurtado explica:

"Sí me consta que el señor Lozano P. hubiera estado detenido en la Sala de Detenidos del DAS en el año de 1960 por un delito de homicidio, en la ciudad de Armenia; eso me consta, porque en ese tiempo me encontraba en la Policía Nacional, Sección de Orden Público o Segundo Distrito, y el 18 de septiembre llegué de un puesto a la base de Armenia y durante el 18 de septiembre al 20 de noviembre del mismo año me tocó prestar unos ocho turnos de vigilancia en la Sala de Detenidos del Departamento del DAS, y allí lo conocí". Al punto tercero contestó: "Sí prestaba servicio como Agente de la Policía, como le dije en la respuesta anterior, y por lo mismo que dije anteriormente presté servicio en la Sala de Detenidos del DAS, en donde especialmente tenía que cuidar a Lozano P. y las consignas que recibía o que le daban al que iba a la Sala del DAS, era la de velar por la vida

de Lozano y darse cuenta que los alimentos no fueran a llevar veneno, ni nada raro; estas consignas eran dadas por el Comandante del Distrito y demás Comandantes de Vigilancia, el ambiente que reinaba en la ciudad de Armenia respecto a Lozano era pesado, se oía decir o se rumoraba que a él lo iban a matar porque él le había dado muerte por allá a un señor en un bar; entre los compañeros decían que estaban pagando plata, y el padre del muerto estaba pagando plata porque lo mataran a Lozano, porque lo envenenaran, y al señor Lozano le presté unas ocho veces servicio de vigilancia".

Los otros testigos, en forma menos precisa, afirman, que por datos callejeros y por decires de la gente, supieron que el padre del occiso, de cuyo homicidio se sindica al detective Lozano Puentes, había ofrecido dinero para que le dieran muerte a éste, y que en realidad en la ciudad de Armenia había un ambiente hostil contra el procesado.

Aunque las pruebas acompañadas para solicitar el cambio de radicación del proceso no son de aquellas que tienen el carácter de plena prueba ante la ley, requisito que no es necesario en este caso, ellas sí sirven para que la Sala se pueda formar un criterio de conjunto sobre el ambiente social de reacción hostil que existe en la ciudad de Armenia contra el procesado Lozano Puentes por la muerte del señor Gustavo López Ramírez, quien al parecer era persona de alguna prestancia de dicha ciudad; animadversión u hostilidad que llegó a poner en grave peligro la seguridad personal del procesado, lo que hizo necesario su traslado a esta ciudad.

En un caso bastante similar a los motivos que ahora se alegan para solicitar el cambio de radicación del proceso que se adelanta contra Lozano Puentes, la Corte sostuvo:

"Las seguridades que la ley procedimental confiere para el juzgamiento de los infractores de la ley penal no sólo hacen referencia a las garantías que debe disfrutar el sindicado o procesado en relación con la administración de justicia, sino también a aquellas seguridades personales a que tiene derecho para la conservación de su integridad personal, y es natural y obvio que si en el lugar donde se cometió el delito peligra su vida por la amenaza o posible ejecución de hechos que atentan contra su integridad personal, ese lugar es el menos aconsejable para su juzgamiento y en orden a garantizar esos derechos el proceso debe radicarse en un distrito judicial distinto, donde el lugar sea más propicio para proteger la vida e integridad humana del procesado, y la justicia tenga un ambiente más propicio para su cumplido desarrollo.

"Si el delito, por la forma y gravedad en que se realizó, 'ha despertado consternación, pavor e indignación en todos los círculos sociales', es natural que esa indignación que se traduce en enojo, ira o enfado contra la persona o contra los actos realizados por ella, tenga sus proyecciones sobre todos los elementos que en un momento dado componen determinado núcleo social. Y así la influencia de esa pasión proveniente de un hecho delictuoso, en el cual sus protagonistas ocupan puesto preeminente dentro de la sociedad, bien pueden influír en el ánimo de las personas que por uno u otro motivo tengan que administrar justicia, y es, precisamente, para evitar estos factores de perturbación en la recta administración de justicia por lo que la ley estableció un derecho en favor de los sindicados o procesados para que puedan ser juzgados en un distrito judicial distinto de aquel en que se cometió el delito" (Concepto, 25 de octubre de 1948, LXV, 360).

De acuerdo con la citada doctrina de la Corte, y por el juicio que la Sala ha podido formarse de las pruebas acompañadas a la petición sobre cambio de radicación del proceso, se concluye que en este caso se justifica dicho cambio y es conveniente a efecto de garantizar una mayor seguridad personal del sindicado y una recta administración de justicia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— emite concepto *favorable* sobre el cambio de radicación del proceso adelantado contra el detective Leoncio Ernesto Lozano Puentes por el delito de homicidio consumado en la persona del señor Gustavo López Ramírez.

Cópiese y devuélvanse estas diligencias al Ministerio de Justicia.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

COAUTORIA Y COMPLICIDAD. — COMPLICIDAD CORRELATIVA. DAÑO EN BIENES AJENOS

No pudo establecerse cuál de los dos acusados causó la lesión mortal. Uno de ellos fue gravemente provocado, el otro actuó dentro de una riña imprevista para él. También resultó muerta la mula de la víctima. Qué es autoría, complicidad y complicidad correlativa. Delito de daño en bienes ajenos.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. La coparticipación punible exige que cada concurrente obre con conocimiento del fin delictivo y preste una colaboración conducente a conseguir el resultado; pero en el caso en estudio, si bien los dos procesados obraron con la intención de matar, sólo uno de los disparos ocasionó el deceso de la víctima, y su comportamiento no fue fruto de un acuerdo previo, sino de factores meramente casuales, luego no puede decirse que son coautores del delito.

2. Otra es la situación cuando la víctima de un delito de homicidio, por caso, es objeto de diferentes lesiones, ninguna de las cuales es de carácter mortal, pero cuyo deceso se debe a las consecuencias de todas ellas, pues a la consumación de este delito concurren todos los atacantes del sujeto pasivo; "en cuyo evento —ha dicho la Corte— la responsabilidad de cada copartícipe necesariamente se vincula al delito común propuesto, y no al que, fuera del concurso, pudiera ser imputado a cada uno".

3. Entiende la doctrina que son autores todos los que contribuyen eficientemente en la comisión de la conducta punible, con conocimiento y voluntad de perpetrarla (delito intencional); o con un comportamiento negligente o imprudente, sin querer, eso sí, el resultado dañoso (delito culposo). Se les llama autores materiales, si físicamente realizan los actos que forman el iter críminis de la figura penal. Autores intelectuales, si determinan a otro u otros a que físicamente la cometan; mas si éste o éstos apenas actúan como medio material, sin conocer ni querer el fin delictivo, bien puede decirse que el determinador realiza la conducta punible a través de quien o quienes no son responsables de ella, tomando, entonces aquéllos la categoría de autores mediatos, en vez de autores intelectuales. Autores por cooperación, si prestan un auxilio necesario al cumplimiento del fin delictivo. Si esta ayuda no era necesaria (art. 20 del C. P.), o si el delito es el resultado de la conducta de varias personas que toman parte en él, pero sin que sea posible determinar su autor (art. 385), se tiene la complicidad, denominándose correlativa en la última de las hipótesis.

4. Tiene su fundamento la complicidad correlativa (art. 385 del C. Penal), en que se desconozca cuál de las personas que han tomado parte en un delito de homicidio o lesiones, ha agotado el momento consumativo del mismo. Si tal duda desaparece, asímismo desaparece la complicidad correlativa, y esto igualmente ocurre en el supuesto de que varias personas hayan tomado parte en el delito y no sea posible determinar el grado de contribución física de cada una, si éste fue el resultado de la actividad conjunta de todas; o cuando los copartícipes previamente han unificado su propósito de consumar la infracción punible (concurso de delincuentes). La complicidad correlativa se presenta en aquellos casos de coparticipación de dos

o más delincuentes en que el propósito criminal nace de manera casual, como en la riña imprevista.

5. El evento delictivo de daño en bienes ajenos (art. 426 del C. Penal), únicamente se da por un acto intencional del sujeto activo y no por simple culpa, como es indudadable que ocurrió con la muerte de la mula que cabalgaba la víctima del homicidio, en el caso a que se concretan estos autos.

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

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS:

Procede la Sala a resolver sobre el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, de 22 de mayo de 1961, por la cual les fue impuesta a los procesados Jorge Evelio Ortiz Cortés y Vitalino Aristizábal Giraldo las penas principales de treinta y cuatro meses de presidio y ocho años y dos meses de presidio, respectivamente, como responsables del delito de homicidio cometido en la persona de Eduardo Robledo y del de abuso de confianza.

HECHOS:

Anota el *a quo* (f. 221 del cdno. Nº 1), que "las autoridades de Argelia y Buga (Valle) habían solicitado la captura del sujeto Alcides Salazar Arango, por estar sindicado de los delitos de homicidio y lesiones personales, y ser, además, de reconocida peligrosidad.

"Así las cosas, el sindicado en este proceso, señor Evelio Ortiz Cortés, quien estaba detenido por un delito, al darse cuenta que las autoridades de Samaná averiguaban por el paradero del referido individuo, de inmediato les informó que se encontraba o dormía en la finca denominada 'Bolivia', propiedad del padre del occiso Robledo, ubicada en la vereda de 'Pekín' —Samaná—, donde se hacía pasar por Bernardo Franco, ofreciéndose, inclusive, para colaborar a su captura. Y, efectivamente, ésta se efectuó en dicho lugar, según parece, y de acuerdo con la constancia de folios 177, el día 7 de junio de 1959, por la Policía de Carabineros, bajo el mando del Cabo Ortiz, citado anteriormente, cayendo en esa misma acción Robledo, ya que también fue capturado, debido a las malas informaciones que obtuvo la Policía, de estar complicado en delitos contra la propiedad, lo que se confirma con la constancia de folio 176 vuelto, según la cual 'Eduardo Robledo Franco, Juan B. Quintero, Raúl Franco y otros, aparecen sindicados de . . .' abigeato y homicidio . . . Desde entonces, Robledo —occiso—, se dio a manifestar públicamente que se vengaría de Ortiz, dándole muerte, 'porque ese flaco hijueputa —se refería a Ortiz— aventó a un cosechero, quizá el prófugo Salazar Arango, que nosotros teníamos allá y el nos aventó a nosotros aquí' (a la cárcel), según lo dice José Arturo Muñoz Patiño, a folio 29.

"Esas manifestaciones fueron hechas a diferentes personas y en diversos lugares, inclusive el mismo día en que ocurrieron los hechos sangrientos de que da cuenta este proceso, según lo aseverado por José Arbeláez (f. 2 vto.); Aparicio Giraldo (f. 187); José Raúl Bedoya (f. 89); Miguel Angel Velásquez (f. 190); Rafael Ramírez (f. 191); Bernardo Ocampo Noreña (f. 193), y el citado Muñoz.

"Y también ese mismo día, en las horas de la tarde, en vista de las manifestaciones que hizo Ortiz al Alcalde de Samaná, en el sentido de que estaba en peligro su vida frente a Robledo por las constantes amenazas de que era objeto por parte de éste, le concedió permiso para portar 'un arma de fuego, revólver marca Colt Caballo, calibre 38 largo, Nº 54561, el cual necesita para el cuido de su finca. . .'."

De su parte, el *a quo* recoge la síntesis de los hechos realizada por el Fiscal de su Despacho, la que está concebida en los siguientes términos (fs. 110 y 110 vto.): "Eran aproximadamente las nueve de la noche del día diecinueve de septiembre del año de mil novecientos cincuenta y nueve, cuando el señor Eduardo Robledo Franco se dirigía hacia su residencia, acompañado del trabajador de nombre Héctor Vélez. Por el mismo camino, hacia la vereda de 'Pekín' de la misma jurisdicción de Samaná, en donde tenía ubicado su fundo rural, se dirigía el incriminado Ortiz Cortés en compañía de otros amigos. Un poco antes de llegar al paraje en donde recibió muerte en forma violenta, el occiso alcanzó a Ortiz, a quien se dirigió al parecer en palabras soeces, sin ocurrir en este punto incidente alguno. Ya en el sitio teatro de los acontecimientos, Ortiz disparó contra Robledo, ocasionándole dos heridas con arma de fuego (revólver), que minutos después le acarrearon la muerte. Resumidos, son estos los hechos que dieron origen a la

iniciación de la presente investigación y de los que actualmente responden el incriminado Ortiz Cortés, como Aristizábal Giraldo, compañero del anterior''.

DESARROLLO DEL PROCESO

Con sometimiento al trámite previsto en el Decreto legislativo número 012 de 1959, el Juzgado 1º Superior de Manizales declaró cerrada la investigación mediante providencia de 12 de febrero de 1960 (f. 66 del cd. 1), para proferir luégo, el ocho de abril del mismo año, la sentencia de primera instancia, por la cual absuelve al procesado Jorge Evelio Ortiz Cortés de las imputaciones de homicidio y de abuso de confianza que le fueron hechas, y sobresee temporalmente en favor del sindicado Vitalino Aristizábal Giraldo, con respecto a los mismos cargos, acogiendo, en esta forma, lo solicitado por el Ministerio Público.

El juzgador de primera instancia apoya lo resuelto, entre otras, en las siguientes consideraciones:

''Todas las diligencias aquí comentadas y estudiadas nos dan la clara idea de cuanto hemos expuesto. Quienes declararon en estos autos, especialmente los testigos presenciales de los acontecimientos, algunos de los cuales hubo necesidad de desechar por ser sus dichos mentirosos e idóneos (sic), dan a entender que sólo empleando el arma que portaba, podía el sindicado... Ortiz Cortés... ''defender su vida del ataque de que era objeto, pues se encontraba en una situación de angustia, de necesidad y de urgencia... La confesión propia y espontánea rendida por el incriminado, encuentra respaldo insospechado en estos autos. Se hace más relievante cuando se estudia la diligencia de levantamiento. Bueno es repetir este punto, de esencial interés en la investigación. Robledo esperaba a Ortiz, y se había despojado de sus prendas, usuales en quien emplea como medio de locomoción una bestia. A diez metros fueron encontradas sus prendas. ¿Qué prueba esto? Irrefutablemente viene a decirnos que en realidad de verdad, el occiso esperaba a Ortiz. Así había pregonado a quien quisiera escucharlo; ese día llegaría a las vías de hecho con Ortiz. Y quien tiene la fama de Robledo, es apenas creíble cuanto dice. Justificado, entonces, el acto de Ortiz, nos resta sólo estudiar la situación de Aristizábal. Se dice por algunos testigos que fuera de Ortiz, quien portaba arma de fuego, era el incriminado Aristizábal. Asímismo, Ortiz manifestó que sólo cuatro disparos efectuó, porque se le acabó el parque, y que mientras montaba nuevamente el revólver, alguien disparó dos tiros, seguramente contra Robledo. Ahora bien: ¿Cuál de los dos revólveres, al dispararse, causó el deceso de Robledo? Si fue el de Ortiz, su acto tiene justificación, como se vio. Pero si fue el de Aristizábal, entonce su situación es bien diferente, porque el sindicado Ortiz tenía arma idónea para defenderse y lo estaba haciendo. Sólo una prueba hay que ponga en claro el problema: el examen de los proyectiles encontrados, y que obran en autos...'' (fs. 132 a 133 del cdno. 1).

''Es bueno agregar...'', dice más adelante el *a quo* (f. 134)..., ''que Jorge Evelio Ortiz Cortés, quien fuera amenazado de peligro con anterioridad por Robledo, dio comienzo a una legítima defensa subjetiva cuando creyó que iba a hacer (sic) atacado por su enemigo, por la actitud que había tomado frente a él el mismo Robledo...''

Dentro del trámite de la segunda instancia, entre otras pruebas fue practicado por el Instituto de Medicina Legal el examen de los dos proyectiles a que alude el Juzgado 1º Superior de Manizales, con el siguiente resultado: ''Uno de ellos corresponde a cartucho de revólver calibre 38 largo, y fue disparado con arma de ánima de seis (6) estrías macroscópicas sinextrorsum (posiblemente Colt), y el otro corresponde a cartucho de revólver calibre 38 corto, y fue disparado con arma cuya ánima se encuentra bastante desgastada'' (f. 180 del cdn. 1).

Es de anotar que según la diligencia de autopsia (fs. 13 y 13 v.), el occiso presentaba dos heridas causadas con arma de fuego, una de las cuales ''perforó la vena cava inferior...'' y fue la que determinó el fallecimiento de Robledo, debido ''a la anemia aguda que determinó la herida de la vena cava inferior''. Y si bien expresan los peritos que ''se adjuntan a la presente diligencia los dos proyectiles encontrados'', no identificaron el que causó la herida mortal.

El Tribunal Superior de Manizales, al revisar la sentencia del *a quo,* con el salvamento de voto del Magistrado doctor Clímaco Sepúlveda, acogiendo el concepto del señor Fiscal 2º de la corporación, revoca la absolución proferida en favor de Jorge Evelio Ortiz Cortés y el sobreseimiento temporal dictado en relación con el procesado Vitalino Aristizábal Giraldo, y en su lugar los condena, respectivamente, a las penas principales de treinta y cuatro meses de presidio y de ocho años y dos meses de presidio, por los delitos de homicidio y abuso de confianza.

Expresa el *ad quem* que, de acuerdo con varios testimonios, "aunque se hubiera tratado de establecer enemistad —que no grave entre Ortiz y Vélez— se tiene que concluír en que no está comprobada nítidamente la eximente de que se habló anteriormente", esto es, la de la defensa legítima. "Y no está, además, porque de la diligencia de necropsia cuya parte pertinente se dejó transcrita y asímismo de lo declarado por el testigo Vélez, se deduce de manera precisa e inequívoca que los disparos que le ocasionaron la muerte a la víctima le fueron hechos por la espalda, en dirección 'abajo hacia arriba y de izquierda a derecha' y de 'abajo hacia arriba y de atrás hacia adelante', lo que quiere decir que estaba a caballo, sin que por lo mismo se pueda admitir, como lo dice Ortiz al calificar su confesión, que fue atacado por el occiso a peinilla, estando desencaballado, y en cuyo aserto pretendieron respaldarlo Julio Ramírez Arias y el menor Jorge Ramírez Muñoz, como también el procesado Aristizábal".

Agrega el Tribunal Superior de Manizales lo siguiente:

"Por lo que al procesado Vitalino Aristizábal se refiere, las pruebas atrás relacionadas arrojan en su contra los siguientes indicios, debidamente comprobados, que lo señalan de manera terminante como partícipe activo en la ejecución de los hechos investigados, a saber:

"Residir en la vereda de 'Pekín', en finca de propiedad del señor Rosendo Ortiz, padre del procesado Evelio, para donde viajaba en compañía de éste el día de los hechos y a la misma hora en que fueron protagonizados, portando un revólver de calibre más corto que el de aquél (Evelio), hecho que, aunque negado por dicho procesado, está comprobado con las declaraciones de José Arbeláez y Héctor Vélez, pues afirman que se lo vieron y no solamente esto, sino que disparó con él sobre la víctima, según el último; haber dicho 'que hubiera sido Evelio o él, que eso era lo mismo', es decir, el de los primeros disparos a Robledo, conforme lo afirma el mismo testigo Vélez; haberse comprobado con el dictamen del Instituto Forense de Bogotá, que uno de los proyectiles extraídos a la víctima correspondía a un revólver calibre 38 corto, distinto al que portaba Ortiz; y haber dicho éste en su indagatoria que luégo de agotar la carga de su revólver, que era solamente de cuatro tiros: 'Cuando yo fui a cargar de nuevo el revólver, oí cuatro disparos, pero no me di cuenta quién los hizo'. De donde resulta la presunción legal de que no fue otro sino Aristizábal, por ser el único a quien se le vio revólver, fuera de Ortiz, quien disparó también su arma sobre el cuerpo del occiso, a igual que contra la mula de éste.

"Esas infracciones..." (el homicidio y el daño en bienes ajenos —"del abuso de confianza y otras defraudaciones—)..." se hallan plenamente comprobadas tanto objetiva como subjetivamente, con las pruebas relacionadas y analizadas antes. Y la responsabilidad de ambos acusados hay que situarla dentro de la coautoría, según el artículo 19 del Código Penal.

"Mas, como harto demostrado aparece que Ortiz fue objeto por parte del occiso de graves e injustas provocaciones, tanto a tiempo de los hechos como en horas antes, resulta justo reconocerle la atenuante consagrada en el artículo 28 de dicha obra, pese a que no alegó haber obrado bajo ninguno de los estados que esta disposición contempla.

"Ahora bien: dada la situación de las dos heridas que los expertos hallaron en el cadáver del occiso y que ellos describen en la correspondiente diligencia de necropsia de que se hizo mención atrás, sería el caso de considerar el homicidio como agravado, para efecto de la individualización de las sanciones, por concurrencia en su ejecución de la alevosía. Sin embargo, no es procedente hacerlo así, porque conforme se dijo antes, Ortiz Cortés obró en estado de ira e intenso dolor, causados por grave e injusta provocación. Y es bien sabido que quien se halla bajo los efectos de una profunda ira a tiempo de cometer el hecho padece 'una locura breve', que lo coloca fuera de todo razonamiento humano.

"Lo anterior por una parte, y por la otra, que bien pudo ocurrir que tanto Ortiz como Aristizábal Giraldo cuando accionaron sus armas, dada la hora en que ocurrieron los hechos (de noche), no se dieran cuenta exacta de la posición en que se hallaba el cuerpo de Robledo, a pesar de lo cual las heridas hicieron blanco en el omoplato.

"En todo caso, existen serias dudas en orden a deducir la circunstancia de la alevosía. Y siendo ello así, como en realidad lo es, se debe concluír en que el homicidio fue simplemente voluntario, para ambos sindicados.

"Así las cosas, resta saber cuáles son las penas que deben purgar los procesados de autos.

"Violaron los procesados... el artículo 362 del Código Penal, que trae de ocho a catorce años de presidio. Y como se trata de un concur-

so material de delitos, cometidos conjuntamente y que se juzgan en un mismo proceso, puesto que la muerte de la mula del occiso constituye el ilícito 'del abuso de confianza y otras defraudaciones', de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33 de dicha obra 'se aplicará la sanción establecida para el más grave, aumentada hasta en otro tanto', o sea, por la que corresponde al delito de homicidio... Así, pues, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 36, 37, 38 y 39 de la precitada obra, a Evelio Ortiz se le fija la pena base de treinta y dos meses de la misma calidad expresada, ya que se le reconoce la atenuante del artículo 28 ibídem; y a Aristizábal, en ocho años. Mas como procede aplicar también el inciso 1º del artículo 33, a ambos se les hace un aumento de dos meses, debiendo pagar, además, cada uno, multa por valor de diez pesos..."

Ahora bien:

En su salvamento de voto, el Magistrado Sepúlveda dice entre otras cosas, lo siguiente:

"...Me permito hacer las siguientes consideraciones encaminadas a demostrar la juridicidad de la sentencia, en cuanto favorece con absolución a Ortiz y sobresee temporalmente a Vitalino Aristizábal Giraldo... Los proyectiles a que hace referencia la necropsia fueron estudiados por el laboratorio forense del Instituto de Medicina Legal de Bogotá, con el resultado siguiente:..." (antes transcrito) ... "En diligencia de indagatoria, el procesado Ortiz Cortés confesó haber hecho uso del revólver marca 'Colt Caballo', calibre 38 largo, o sea el arma que estaba autorizado para cargar, según permiso concedido por el Alcalde de Samaná, que en copia figura a folio 93 de este expediente. Algunos de los declarantes que en esta investigación han rendido testimonio, afirman que en el momento de los sucesos en donde (sic) perdió la vida Robledo Franco, se oyeron varios disparos. Ortiz Cortés dice que una vez el occiso le dijo que disparara, se oyeron otros disparos. Y Héctor Vélez, que es quien hace una acusación más franca y directa contra los dos procesados, refiere que cuando Robledo se bajó de la cabalgadura, lo encendieron a candela Ortiz y su compañero Vitalino Aristizábal, quien tenía un revólver corto. El defensor de Ortiz Cortés pidió que una vez conocidos los calibres de los proyectiles encontrados en el cuerpo del occiso Robledo, dijeran los peritos médicos que practicaron la necropsia, cuál de esos dos proyectiles produjo la lesión que ocasionó la muerte. A la anterior prueba ninguna importancia se le concedió, pues nada se hizo por conseguir al doctor Coronado Solano y al señor Marcos Cuervo (quienes practicaron la necropsia), una vez conocida la información del Alcalde de Samaná, visible a folio 197. Sin embargo, esta prueba es importante para una correcta calificación del sumario, de acuerdo con mi criterio.

"Se dice que para una correcta calificación del sumario es necesaria la prueba a que antes se hizo referencia, porque estoy en desacuerdo con mis colegas de Sala, respecto a considerar a los dos procesados como coautores del homicidio de Eduardo Robledo Franco. La prueba recogida en este negocio no autoriza una confusión en aquel sentido. La enemistad de Robledo era para con Ortiz, que lo había denunciado como encubridor de un reo prófugo. Todos los actos inamistosos ejecutados con anterioridad por el occiso estuvieron dirigidos en contra de dicho procesado. Ortiz, Aristizábal y otros sujetos venían desprevenidos para sus respectivos hogares el día de los hechos investigados. Robledo los alcanzó e inmediatamente empezó a lanzarles denuestos de gran crueldad, al tiempo que hacía con su peinilla movimientos de desafío. Ortiz, en vista de la actitud de Robledo y de los claros antecedentes de enemistad y provocaciones, esgrimió su revólver en prevención de un ataque más directo a su persona. Y sólo cuando Robledo, con peinilla en mano desafía a Ortiz a que le dispare, éste lo hace sobre su contendor, al parecer sin graves consecuencias, pues al decir del ya mencionado testigo Héctor Vélez, después de los disparos de Ortiz, Robledo se bajó del caballo y preguntó quién le había disparado, y fue entonces cuando Vitalino Aristizábal le contestó que 'cualquiera daba lo mismo', replicando, entonces, Robledo que lo hiciera cara a cara, sonando inmediatamente otros disparos. No dice este testigo cuál fue la actitud de Robledo cuando se bajó de la cabalgadura y pidió que se le atacara cara a cara. Ya dijimos que ni Ortiz ni Aristizábal estaban prevenidos contra Robledo, y menos que el día del encuentro sangriento ejecutaran hechos indicativos de estar desarrollando un plan contra la vida del occiso. Al suceder el encuentro, fue Robledo quien inició los desafíos de palabra y obra. Luego Aristizábal y Ortiz se vieron comprometidos en hechos no queridos, ni buscados.

"De acuerdo con lo anterior, no creo que de parte de los dos procesados existiera acuerdo, siquiera momentáneo, para atacar a Robledo. Esto, porque, repitámoslo, las circunstancias creadas con la actividad de la víctima colocó a Ortiz y a Aristizábal en situaciones imprevistas y apremiantes, aunque distintas. Así: Ortiz obró

al verse requerido para que disparara, teniendo a Robledo de a caballo y esgrimiendo una peinilla, y Aristizábal, cuando aquél, Robledo, se bajó del caballo y los retó a que le tiraran cara a cara.

"Considero, entonces, que Ortiz Cortés actuó en legítima defensa putativa, teniendo en cuenta que esta figura jurídica 'no viene a ser otra cosa que el miedo o el temor producidos por un peligro imaginario o aparente que el sujeto exagera por la exaltación psíquica que padece en el momento de obrar. Esa aparente proporcionalidad entre la agresión que se espera y la reacción con que se realiza, es lo que le otorga a la legítima defensa putativa la subjetividad que coloca la acción dentro de los presupuestos necesarios para la irresponsabilidad penal de la conducta, con base en un error de hecho esencial, que por no provenir de negligencia, indica que el agente obra *non contra jus,* esto es, sin antijuridicidad...' En cambio, Aristizábal Giraldo no estaba enemistado con Robledo, ni éste le venía provocando a riñas. Aristizábal Giraldo no tenía el ánimo prevenido por un posible ataque del occiso. Todo para este procesado fue imprevisto. Si Aristizábal actuó en el momento de los sucesos, fue por compañerismo y ante la provocación que Robledo les hizo de que le tiraran cara a cara, o sea, que este procesado aceptó la riña a que fue provocado, que en todo caso resultó imprevista para él.

"A mi entender —previo estudio de las pruebas que en autos figuran— distinta es la situación jurídica de los procesados Ortiz y Aristizábal.

"Y sería del caso entrar a resolver la situación de Aristizábal Giraldo, si se contara con la prueba de qué lesión causó este procesado. De allí que haya dicho que consideraba prematura una calificación del negocio, por falta de la susodicha prueba. Luego se hace necesario traer una nueva exposición pericial, para saber si Aristizábal debe responder de un homicidio o de lesiones personales. En este último caso, también se hace necesario que la pericia médica explique cuáles habrían sido las consecuencias de la lesión que no causó la muerte. Soy, pues, partidario de la confirmación de la providencia, pero por las razones expuestas".

DEMANDAS DE CASACION

En representación de los procesados Jorge Evelio Ortiz Cortés y Vitalino Aristizábal Giraldo, los doctores Carlos de la Cuesta Betancur y Antonio J. López García, respectivamente, formulan las correspondientes demandas de casación en las que, con apoyo en la causal segunda prevista en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, solicitan que sus mandantes sean absueltos.

Uno y otro apoderado expresan que el *ad quem* incurrió en la sentencia acusada en una *errada interpretación de los hechos.*

A los cargos y a los fundamentos de éstos señalados por los demandantes habrá de referirse la Sala más adelante.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Luégo de un amplio y juicioso estudio de los elementos de convicción traídos al proceso, el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal solicita que se case la sentencia recurrida, por cuanto en ella se incurrió en un manifiesto error en la apreciación de las pruebas, al desconocer el *ad quem* la justificante de la legítima defensa respecto del procesado Ortiz Cortés, de una parte, y al considerar como coautor del delito de homicidio y del de daño en bienes ajenos a Aristizábal Giraldo, de la otra.

Anota el señor Agente del Ministerio Público que de las probanzas traídas al proceso sólo pueden deducirse, como plenamente acreditados, los siguientes hechos:

"1º Que entre Robledo y Ortiz se fomentó una discusión en el lugar donde aquél recibió los disparos.

"2º Que tanto Jorge Evelio Ortiz como Vitalino Aristizábal portaban armas de fuego (revólver).

"3º Que se escucharon dos descargas, una producida momentos después de la primera.

"4º Que el provocador del insuceso fue Eduardo Robledo, quien, además de las amenazas verbales, se dirigió con un machete en mano hacia Jorge Evelio Ortiz.

"5º Que tanto Jorge Evelio Ortiz como Vitalino Aristizábal se hallaban en el lugar donde tuvo lugar el insuceso materia de esta investigación.

"Tales hechos...", agrega el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal... "encuentran plena demostración en los siguientes testimonios: Jorge Arbeláez (f. 2 vt.), Julio Ramírez (fs. 3 vt. y 192 vt.), Jorge Ramírez, (fs. 17 y 194), Héctor Vélez (f. 14 vt.), siendo éste, trabajador de Robledo, conforme lo acreditan los dichos de Fran-

cisco Luis Carvajal y Efraín Ospina (fs. 34 y 34 vt.)''.

Observa, asímismo, lo siguiente:

a) Que ''no existe en el proceso probanza alguna que controvierta lo que puede considerarse como el antecedente remoto del insuceso investigado en autos. Tal hecho fue aceptado por el mismo Tribunal en el fallo impugnado y se reduce a la enemistad de Robledo hacia Ortiz, causada porque éste había tenido participación en la captura de un sujeto llamado Alcides Salazar Arango, el cual fue encontrado en casa de Robledo y razón por la que a éste también se le privó de su libertad, por considerársele presuntamente como encubridor de Salazar. Desde la ocurrencia de este hecho, Robledo había pregonado por doquier que se vengaría de Ortiz eliminándole violentamente. Tales amenazas las reveló en múltiples ocasiones y aun el mismo día en que ocurrió la muerte de Robledo, llegando a conocimiento de Ortiz, quien tuvo necesidad de acudir a la autoridad para solicitar permiso para portar un arma de fuego, a quien —dados sus antecedentes de persona honorable y consagrada al trabajo— le fue concedido...''

b) Que ''la fama de guapo y pendenciero de Eduardo Robledo... fue menospreciada en el fallo impugnado...'', sin embargo de que las declaraciones de Bernardo Ramírez (f. 31 vto.), Belisario Giraldo (f. 32) y Daniel García (f. 35) aparece demostrada, y de que ''tiene importancia para analizar la conducta de Ortiz''.

c) Que ''en el acta de la diligencia de levantamiento del cadáver de Eduardo Robledo Franco se acredita un hecho que merece ser tenido en consideración en el caso *sub judice*. Dice, así, la referida probanza: '...más o menos a diez metros y medio de donde se encontró el cadáver, se halló el sombrero gris de pelo, y allí mismo unos zamarros de cuero, color amarillo' (f. 1º vto.). Significa lo anterior...'', comenta el señor Agente del Ministerio Público..., ''que tales prendas, en especial los zamarros, fueron hallados a cierta distancia del cuerpo de Robledo, lo cual da fundamento para considerar como verídica la versión dada por Vitalino Aristizábal, quien afirma que la noche del insuceso Robledo se encontraba en espera de Ortiz y se había despojado de tales prendas. El dicho de este procesado es el siguiente, sobre tal particular '...se pasó adelante el señor Eduardo, en una partidita de dos caminos, yendo adelante siempre del señor Evelio me encontré al señor Eduardo de a pie, con los amarros (sic) en la mano y los tiró a un barranco y yo le dije al señor Eduardo: ¿qué está haciendo hay? (sic) y me dijo: esperando aquel seco, o sea al señor Evelio Ortiz...' (f. 7 del cd. Nº 1).

''Tal hecho, el hallazgo de las prendas citadas a cierta distancia del cuerpo de Eduardo Robledo, no fue valorado adecuadamente por el Tribunal *ad quem,* ya que se le desestimó, no obstante que hacía notoria la conducta provocativa de Robledo hacia Ortiz y a la vez no dejaba duda alguna de quién había sido el provocador de los hechos: Eduardo Robledo. Conforme lo afirma el juez *a quo,* resulta absurdo pretender que Eduardo Robledo, si hubiera sido sorprendido por ataque alguno de Ortiz y Aristizábal antes de procurar su defensa, se hubiera desposeído tranquilamente de las citadas prendas para 'quizá morir con más amplitud, por decir lo menos'. No, lo que ocurrió fue algo diferente: Robledo, como lo asegura Vitalino Aristizábal, se quitó los zamarros para esperar a Ortiz y agredirlo, no sólo de palabra, sino de obra; libre de tal prenda le resultaba más fácil maniobrar el arma que portaba (una peinilla o machete) y se le facilitaban mayormente los movimientos del cuerpo. Esto es lo lógico y que no fue tenido en cuenta por el Tribunal''.

d) Que solamente uno de los disparos causó la herida que produjo la muerte de Robledo, sin que aparezca del proceso ''la prueba que defina tal hecho...'', esto es, quién de los dos, si Ortiz o Aristizábal, fue el autor de ese disparo, pues ''en la necropsia no se describen las características de cada uno de los proyectiles extraídos del cuerpo de Robledo, lo cual hubiera despejado la duda insalvable que actualmente existe al respecto. Tiene gran fundamento el siguiente dictamen de los peritos del Instituto de Medicina Legal: 'Hemos leído detenidamente el expediente y con especial cuidado la necropsia (f. 13) y el estudio del Instituto de Medicina Legal (f. 180)... Con base en este estudio, contestamos al Oficio número 161, de 22 de noviembre, diciendo que con los elementos que se encuentran en el expediente, es imposible decir qué proyectil causó la herida que provocó la anemia aguda que determinó las lesiones de la vena cava inferior, y qué proyectil causó la primera herida. Unicamente tienen competencia para dictaminar en este caso los peritos que practicaron la necropsia' (f. 218)''.

e) Que ''tampoco existe en autos prueba alguna que permita aseverar quién hizo el disparo que causó la muerte al semoviente que utilizaba Robledo para su movilización''.

Concluye el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal que "de lo anterior surge invocar el artículo 204 del Código de Procedimiento Penal y absolver tales dudas a favor de los incriminados..., pues 'no puede aceptarse la coautoría de Jorge Evelio Ortiz y Vitalino Aristizábal en los sucesos investigados, porque ni está probado cuál fue el autor del disparo que causó la muerte de Robledo, ni quién el autor del...' único... 'disparo que causó la muerte del semoviente aludido. El Tribunal *ad quem,* al valorar los hechos del proceso, incurrió en error manifiesto, pues... les dio un valor que no tienen, ovidando que por mandato de la ley (art. 204 del C. de P. P.) toda duda insalvable se debe absolver en favor del reo...; a un hecho que sólo pudo ser cometido por uno de los dos (Ortiz o Aristizábal) se le atribuyó la autoría a ambos, violando, incluso, las leyes de la lógica: que un solo disparo hubiera sido causado por dos armas, las que portaban... 'las personas mencionadas'.

Señala, asímismo, que "aun haciendo caso omiso de la prueba sobre la autoría...", debe aceptarse que Ortiz Cortés "actuó bajo las condiciones de..." justificación del hecho, prevista en el ordinal 2º del artículo 25 del Código Penal; y que al procesado Aristizábal no se le puede responsabilizar de ninguno de los dos delitos, porque no se acreditó que fuera autor de ninguno de ellos.

Estima, en fin, el señor Agente del Ministerio Público que corresponde invalidar el fallo recurrido "y, en su lugar, dictar sentencia absolutoria a favor de Jorge Evelio Ortiz Cortés y Vitalino Aristizábal Giraldo, por razón de los hechos investigados en este proceso".

PARA RESOLVER, LA SALA CONSIDERA

Es evidente, como observan los demandantes y como anota el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, que las deficiencias de la necropsia practicada en el cadáver de Eduardo Robledo no permitieron a los peritos en balística de la Oficina Central de Medicina Legal del Departamento de Caldas indicar cuál de los dos disparos que lesionaron a la víctima causó la herida que determinó su fallecimiento: si el del revólver de Jorge Evelio Ortiz Cortés, o el del arma de fuego que varios testigos le vieron disparar a Vitalino Aristizábal Giraldo.

En efecto, en la diligencia de autopsia se dice lo siguiente:

"...se observan dos heridas producidas con arma de fuego: una de medio centímetro de diámetro, situada a ocho centímetros por fuera del ángulo inferior del homoplato (sic) izquierdo, sobre el punto de intersección de una horizontal que pase por el ángulo inferior del homoplato (sic) izquierdo y la línea axilar posterior izquierda. El proyectil que penetró por este punto siguió una dirección de abajo hacia arriba y de izquierda a derecha, penetró la caja torácica, perforó el lóbulo superior del pulmón izquierdo y fue a localizarse entre la piel y el músculo trapecio del lado derecho, en un punto situado a la altura de la quinta vértebra dorsal y a cuatro centímetros hacia la derecha de la línea media. Una segunda herida de medio centímetro de diámetro, aproximadamente, situada a la altura de la duodécima vértebra dorsal y a tres centímetros hacia la derecha de la columna vertebral. Este proyectil siguió una dirección de abajo hacia arriba y de atrás hacia adelante, penetró la cavidad abdominal, perforó la vena cava inferior a centímetro y medio por debajo del ángulo recto que forman la vena renal derecha con la vena cava inferior, luégo se desvió hacia arriba y a la izquierda, atravesó el mesenterio, el antro pilórico y fue a localizarse entre la masa muscular y el reborde costal izquierdo, a unos seis centímetros por fuera de la punta del apéndice xifoides. Establecida la causa de la muerte, la cual se produjo en el término de diez minutos y provocada por la anemia aguda que determinó la herida de la vena cava inferior, se procedió a cerrar la caja torácica y la cavidad abdominal que habían sido abiertas. Se adjuntan a la presente diligencia los dos proyectiles encontrados".

Mas, sin embargo de la importancia que tenía la identificación de los dos proyectiles, a fin de determinar cuál de ellos causó la herida mortal descrita en la necropsia, tal identificación no fue hecha en esa diligencia, ni posteriormente se solicitó su práctica. Con ello, como se dejó expresado, resulta imposible determinar entre Ortiz Cortés y Aristizábal Giraldo, cuál de los dos ocasionó dicha herida a la víctima, pues a este objeto resulta insuficiente el que se haya señalado, mediante la pericia balística, que uno de los dos proyectiles corresponde al revólver marca "Colt" que disparó el primero de los nombrados, y que el otro corresponde a un arma de fuego distinta, esto es, a la que algunos declarantes dicen que le vieron disparar a Aristizábal Giraldo.

Pero como aparece suficientemente demostrado que tanto Ortiz Cortés como Aristizábal Giraldo dispararon sus armas de fuego contra Robledo y uno y otro le causaron sendas heridas a la víctima, aún no precisadas las consecuencias de

la que individualmente produjo cada uno de aquéllos en ésta, cabe deducir para ambos su condición de posibles responsables del homicidio cometido en la persona de Eduardo Robledo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 385 del Código Penal, pues ambos tomaron parte en él, sin que se pueda, de las constancias del proceso, determinar cuál fue el autor.

Claro está que no puede decirse que los procesados son coautores del citado delito, porque la coparticipación punible exige que cada concurrente obre con conocimiento del fin delictivo y preste una colaboración conducente a conseguir el resultado. Y en el caso *sub judice,* si bien puede afirmarse que tanto Ortiz Cortés como Aristizábal Giraldo obraron con la intención de matar, sólo uno de los disparos ocasionó el deceso de la víctima, y su comportamiento no fue fruto de un acuerdo previo (complot), sino de factores meramente casuales.

Otra es la situación cuando la víctima de un delito de homicidio, por caso, es objeto de diferentes lesiones, ninguna de las cuales es de carácter mortal, pero cuyo deceso se debe a las consecuencias de todas ellas, pues a la consumación de este delito concurren todos los atacantes del sujeto pasivo. Con este particular expresa la Corte que "la tesis de que cada procesado es responsable sólo de su acto singular, esto es, de la lesión que causó y no del homicidio, porque ninguna lesión fue mortal, se opone a la figura jurídica de la coparticipación, según la cual al delito pueden concurrir dos o más agentes con el propósito común de ejecutarlo, sea cual fuere la forma de la participación, en cuyo evento la responsabilidad de cada copartícipe necesariamente se vincula al delito común propuesto, y no al que, fuera del concurso, pudiera ser imputado a cada uno" (Sent. de 17 de nov. de 1953, G. J., t. LXXVI, p. 786).

En su obra sobre *Elementos de Derecho Penal* (Editorial "Lerner", Bogotá, 1961, p. 188), dice el tratadista Carlos Lozano y Lozano que "se ha sostenido con enérgica argumentación que el autor del delito es aquel que ejecutó el acto consumativo de la infracción; que aquellos que tomaron parte en los actos consumativos son coautores o codelincuentes, y que todos los que participaron en el designio criminoso, o en otros actos que no fueron de consumación, deben considerarse delincuentes accesorios o cómplices". Más adelante agrega, siguiendo a Pessina, que "el hombre debe ser punible en cuanto es causa del delito; y tratándose de varias personas responsables del delito como concausas de él, si la concausa era condición *sine qua non* del efecto esperado, el cooperador fue causa principal del evento. En tal caso se produce la verdadera condición de la igualdad cuantitativa" (p. 189). Señala, asímismo, que "es cómplice todo aquel que ha participado en la comisión de un delito, para auxiliarlo o facilitarlo, pero sin cuya intervención el delito se habría consumado de todos modos. Mientras que la participación del codelincuente ha causado el delito, ha decidido de su existencia, la del cómplice es accesoria, accidental" (p. 190).

Y una de las formas de complicidad es la prevista en el artículo 385 del Código Penal, ya citado, la cual implica, como se dejó dicho, que varias personas tomen parte en la comisión de un homicidio o lesión y que no sea posible determinar al autor.

El artículo 19 de la obra antes citada, dice: "El que tome parte en la ejecución del hecho, o preste al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, quedará sometido a la sanción establecida para el delito. En la misma sanción incurrirá el que determine a otro a cometerlo". Y el artículo 20 señala: "El que de cualquier otro modo coopere a la ejecución del hecho o preste una ayuda posterior, cumpliendo promesas anteriores al mismo, incurrirá en la sanción correspondiente al delito, disminuída de una sexta parte a la mitad".

En los anteriores preceptos, a más del contenido en el artículo 385, antes también citado, regula el Código Penal colombiano lo relacionado con la autoría y la complicidad en el delito.

En efecto, entiende la doctrina que son *autores* todos los que contribuyen eficientemente en la comisión de la conducta punible, con conocimiento y voluntad de perpetrarla (delito intencional); o con un comportamiento negligente o imprudente, sin querer, eso sí, el resultado dañoso (delito culposo). Se les llama *autores materiales,* si físicamente realizan los actos que forman el *iter criminis* de la figura penal. *Autores intelectuales,* si determinan a otro u otros a que físicamente la cometan; mas si éste o éstos apenas actúan como medio material, sin conocer ni querer el fin delictivo, bien puede decirse que el *determinador* realiza la conducta punible a través de quien o quienes no son responsables de ella, tomando, entonces, aquéllos la categoría de *autores mediatos,* en vez de *autores intelectuales. Autores por cooperación,* si prestan un auxilio necesario al cumplimiento del fin delictivo. Si esta ayuda no era necesaria (art. 20), o si el delito es resultado de la conducta de varias

personas que toman parte en él, pero sin que sea posible determinar su autor (art. 385), se tiene la *complicidad,* denominándose *correlativa* en la última de las hipótesis.

Esta última forma de coparticipación criminal está indicada en la legislación penal colombiana sólo para los delitos de homicidio y lesiones personales. Su fundamento reside en que se desconozca cuál de las personas que han tomado parte en el delito ha agotado el momento consumativo del mismo. "Si desaparece la duda, si se sabe quién o quiénes contribuyeron en forma secundaria en alguno o algunos de los pasos del *iter criminis* . . .", ha dicho la Corte . . ., "lo correlativo de la complicidad se rompe y debe regularse la calificación de los hechos por los principios generales que gobiernan la coparticipación en sus grados respectivos" (C. de 11 de fbr. de 1946, G. J., t. LX, p. 172).

Cabe agregar que igualmente desaparece la *complicidad correlativa,* aun en el supuesto de que varias personas hayan tomado parte en el delito y no sea posible determinar el grado de contribución física de cada una, si éste fue el resultado de la actividad conjunta de todas, como en el evento de homicidio en que la víctima muere a consecuencia de las diferentes heridas que le fueron causadas, sin embargo de que ninguna de ellas, por sí sola, sea de carácter mortal; o cuando los copartícipes previamente han unificado su propósito de consumar la infracción punible (concurso de delincuentes).

La complicidad correlativa se presenta en aquellos casos de coparticipación de dos o más delincuentes, en que el propósito criminal nace de manera casual, como en la riña imprevista.

Por este motivo, la legislación penal de la Argentina habla, en esta hipótesis, de "homicidio o lesiones en riña", como que en el artículo 95 señala que "cuando en riña o agresión en que tomaren parte más de dos personas, resultare muerte o lesiones de las determinadas en los artículos 90 y 91, sin que constare quiénes las causaron, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido y se aplicará reclusión o prisión de dos a seis años en caso de muerte, y de uno a cuatro en caso de lesión".

La Suprema Corte de Buenos Aires, en fallo que cita el tratadista Ricardo Levene (*El delito de homicidio.* Edit. "Perrot", Buenos Aires, 1955, p. 296), ha dicho lo siguiente: "Existe homicidio en riña..." (se refiere al precepto del artículo 95, antes transcrito) . . ., "cuando el imputado y otros sujetos toman parte en el hecho del que resulta la muerte de la víctima, disparando todos sus armas, sin que conste quién causó la lesión mortal" (17-II-86). Y que "si no es posible determinar cuál de los dos imputados es el autor material de la lesión mortal, si no hay acuerdo previo para la realización del hecho, éste constituye un homicidio en riña" (17-VII-560).

"La pena especial no resulta . . .", dice Ricardo Levene (ob. cit., p. 293) . . . "como en otros casos, de las condiciones del autor o del sujeto pasivo, o del medio empleado, sino que es la consecuencia de una transacción, por la dificultad de discernir entre varios partícipes, el autor, de los cómplices, y entre éstos, los necesarios de los no necesarios. Su razón de ser es entonces fundamentalmente procesal. Sostiene Impallomeni que es ésta una reminiscencia medieval en contra de los modernos principios, según los cuales, cada uno es responsable de lo que ha hecho, no de lo que ha podido hacer, pero lo cierto es que, como afirma Puglia, se renuncia a lo desconocido por lo conocido y se acepta la impunidad relativa del autor principal para conseguir su punición segura como autor secundario, aplicando a todos los que toman parte una pena casi correspondiente a la de los cómplices, conforme a la ley italiana entonces vigente".

Pues bien:

Como se dejó expresado, es evidente que el Tribunal Superior de Manizales, en la sentencia recurrida, incurrió en error en la apreciación de las pruebas al estimar a los procesados Ortiz Cortés y Aristizábal Giraldo como coautores y dejar, en consecuencia, de aplicar el precepto contenido en el artículo 385 del Código Penal, pues su comportamiento no fue fruto de un acuerdo homicida previo, sino que surgió de manera casual, y, además, no resulta del proceso la posibilidad de señalar, entre los dos, quién fue el autor de la herida que causó el deceso de Eduardo Robledo.

Pero de ello no se desprende, como lo solicitan los demandantes, que sus representados no sean responsables de ese delito de homicidio, en complicidad correlativa. La duda sobre el autor de la herida mortal que sufriera Robledo no lleva, como dicen los personeros de los procesados, a que se les absuelva, precisamente porque es el caso *sub judice,* se repite, un claro evento de complicidad correlativa, el cual no conduce a la absolución pedida, sino a una disminución de la pena prevista para el delito.

Sin embargo, tampoco puede la Sala tomar en consideración esto último para modificar la sentencia acusada, porque ninguno de los demandantes propuso este cargo, ni solicitó la apli-

cación del precepto a que alude el artículo 385 del Código Penal. No puede la Corte, al desatar el recurso de casación, sustituír oficiosamente a las partes. Su actuación, como lo ha señalado en varias oportunidades, se circunscribe "a una controversia, enmarcada por los fundamentos del recurso respecto de la estructura jurídica del fallo".

Este primer cargo, propuesto por ambos demandantes contra la sentencia impugnada, no resulta probado.

Ahora bien:

El mandatario de Ortiz Cortés, con apoyo en la misma causal segunda de casación, expresa que el *ad quem* incurrió en error en la estimación de las pruebas, al negar la situación de legítima defensa en que, dice, obró su representado y solicita que se le absuelva, con apoyo en dicha causal de justificación del hecho. Alega, asímismo, que el Tribunal Superior de Manizales incurrió igualmente en error en la apreciación de las pruebas al tomar en cuenta un supuesto delito de daño en bienes ajenos en contra de su mandante, porque no existe demostración alguna de que se hubiera causado *intencionalmente* la muerte del semoviente de propiedad de Eduardo Robledo.

De otra parte, el personero de Aristizábal Giraldo, con fundamento en la misma causal segunda de casación, afirma que el *ad quem* incurrió en error en la apreciación de las pruebas y por ello dejó de dar aplicación al artículo 384 del Código Penal, pues está suficientemente acreditado que los hechos tuvieron lugar, para su mandante, dentro de una riña imprevista. Asímismo, observa que el Tribunal Superior de Manizales, en la sentencia impugnada, incurrió en error en la apreciación de las pruebas, pues tuvo en cuenta en contra de su asistido el supuesto delito de daño en bienes ajenos, sin que, de una parte, se hubiera señalado quién fue el autor del disparo que causó la muerte al semoviente de propiedad de Eduardo Robledo, y, de otra, sin que aparezca demostración alguna del propósito de dañar.

Entra, pues, la Sala a examinar estos nuevos cargos, en el orden en que aparecen reseñados:

PRIMERO: LOS QUE PRESENTA EL MANDATARIO DE ORTIZ CORTES, A SABER:

a) *Defensa legítima.*

Dice el doctor Carlos de la Cuesta Betancur en su demanda que "el Tribunal Superior concedió valor probatorio a dichos que legalmente no lo tienen y negó todo valor a la confesión del procesado sin razón legal alguna", con lo cual incurrió en error en la apreciación de las pruebas, pues dándole mérito a las que no lo tienen, dejó de aceptar la versión de Ortiz Cortés, cuya confesión estima el demandante indivisible, y, asímismo, rechazó lo declarado por Aristizábal Giraldo.

Afirma que el testigo José Arbeláez Quiceno no merece credibilidad, porque "lo desmiente el declarante Jesús González"; que el *ad quem* no consideró lo expresado por Julio Ramírez Arias en su segunda declaración, quien dice que "Robledo se bajó de su mula, sacó su peinilla y se la dedicó a Evelio", porque, según se anota en la sentencia "eso mismo ha debido decir desde un principio y no mucho tiempo después", sin que —observa el demandante— "le importara al Tribunal que Ramírez, bajo juramento, afirme que fue coaccionado para que declarara gravemente contra Ortiz y Aristizábal y que como no lo hizo tal como lo pretendían los hermanos del occiso, tuvo que abandonar a Samaná y emigrar a Marquetalia, hasta que la familia Robledo se ausentó del Municipio primeramente citado"; que en la sentencia se desconoce lo que asevera el menor Jorge Ramírez Muñoz, en su segunda declaración, porque, según se lee en el fallo, "incurrió en palmarias contradicciones y sólo debe estimarse en relación con lo que aseveró primeramente"; que también se le niega valor probatorio a lo dicho por Aristizábal Giraldo, sin embargo de que su declaración tiene respaldo en los datos que ofrece la diligencia de levantamiento del cadáver de Robledo, y, por último, que el *ad quem*, en cambio, le da crédito al testigo Héctor Vélez, de quien dice el juzgador de primera instancia que es "mendaz e ilógico".

La versión que da el procesado Ortiz Cortés es la siguiente: "Pues Eduardo Robledo, cuando nos alcanzó, iba con una peinilla en la mano y (sic) iba hijueputiándome a mí y dándole plan al rastrojo y se me pasó adelante; más adelante estaba en una partida el señor Robledo, pues ya se había bajado de la mula; cuando yo iba llegando me dijo: es que tenemos que matar aquí; entonces sacó la peinilla y me tiró; entonces yo saqué mi revólver y le quemé, y en seguida de hacerle unos disparos salí y me fui para mi casa. Es todo lo que tengo que declarar". Más adelante, a una pregunta que le hizo el funcionario de instrucción, dice que "cuando el señor Eduardo Robledo nos iba alcanzando, el primero que sacó una peinilla fue Julio Ramírez, porque no sabíamos quién era, y cuando sentimos el tropel de la mula, conocimos que era Eduardo Ro-

bledo el que iba en ella; entonces yo me hice a un lado del camino; como Robledo iba hijueputiando, y me habló a mí y en seguida yo saqué el revólver y me hice a un lado del camino; entonces se puso a alegar y mentarme madres Robledo y siguió, pues yo me quedé callado". Posteriormente le pregunta el investigador si sabe "quién sería la persona que en el momento que el señor Eduardo Robledo le dijera, bien puede disparar que a mí no me da miedo de ese mugre, le aflojara unos disparos", a lo cual responde: "Pues en ese momento yo le disparé un tiro de mi revólver".

Así, pues, de la misma declaración del procesado Ortiz Cortés no se desprende una situación de legítima defensa, ni siquiera putativa, pues lo que resulta más claro es que las graves e injustas provocaciones de Robledo determinaron un estado de ira en aquél, el cual dio iniciación a un cambio de agresiones de obra, si es que se acepta que el occiso alcanzó a tirarle a Ortiz Cortés con la peinilla, riña en la que intervino luégo Aristizábal Giraldo al disparar también su revólver contra Robledo.

No es necesario, en consecuencia, afrontar una nueva crítica de la prueba, que es lo único que hace el demandante con este respecto, pues la indivisibilidad de la confesión de su patrocinado únicamente permite señalar en su favor la circunstancia aminorante de la sanción prevista en el artículo 28 del Código Penal, lo cual tuvo en cuenta el *ad quem* en la providencia impugnada.

De otra parte, el solo hecho de examinar los elementos de convicción para sugerir una mayor credibilidad a determinados testimonios o restársela a otros, a fin de llegar a conclusiones diferentes a las que deduce el juzgador en las instancias, no es demostrar que en el fallo objeto del recurso de casación se ha incurrido en error en la apreciación de las pruebas, o que a los hechos se les haya atribuído un valor demostrativo que no tienen, o se les haya negado el que sí tienen, o no se les haya tomado en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, o resulte manifiesta contradicción entre ellos.

En numerosas ocasiones, la Sala ha dicho que en el recurso de casación "la estimación de la prueba se limita a aquellos casos en que es protuberante el error porque no se ajusta en nada esa estimación a lo que el proceso narra, pues de otro modo a un criterio se podría oponer sin mayor fundamento otro distinto y así se acabaría con la libertad de apreciación de la prueba de parte de los tribunales" (Sents. de 28 de marzo de 1946, G. J., t. LX, p. 267; de 17 de junio de 1952, G. J., t. LXXII, p. 622; de 18 de julio de 1952, G. J., t. LXXII, p. 704; de 10 de febrero de 1953, G. J. t. LXXIV, p. 211; de 17 de marzo de 1953, G. J., t. LXXIV, p. 458; de 16 de junio de 1953, G. J., t. LXXV, p. 445; de 11 de agosto de 1953, G. J., t. LXXVI, p. 133; de 16 de octubre de 1953, G. J., t. LXXVI, p. 680; de 18 de junio de 1954, G. J., t. LXXVII, p. 911; de 21 de abril de 1955, G. J., t. LXXX, p. 139; de 25 de noviembre de 1955, G. J., t. LXXXI, p. 845, y de 21 de mayo de 1956, G. J., t. LXXXII, p. 650). Esta doctrina ha sido reiterada en fallos más recientes; y en uno todavía inédito, por demoras en la publicación de la *Gaceta Judicial,* no debidas a la Corte (sentencia de casación de 11 de febrero de 1961, proferida en proceso seguido contra Fabio López Hoyos, por homicidio) se expresa lo que pasa a transcribirse:

"Las pruebas, en su conjunto, son suficientes, de acuerdo con la ley, para proferir un fallo condenatorio. Constituyen elementos de convicción aptos para que un Juez, dentro del arbitrio que rige en materia penal, admita no sólo la simple imputación del cargo sino para que deduzca, con todas sus específicas circunstancias, la responsabilidad penal. No es dado oponer al juicio del fallador, que no se ha excedido en la apreciación de las pruebas, ni en forma notoria o protuberante ha errado en su calificación, un simple criterio de oposición al valor de esa misma prueba, fundado en conjeturas o tachas no demostradas, porque eso llevaría a autorizar la casación de todos los fallos y a dejar sin bases la prudente y necesaria autonomía de los Jueces en su función sentenciadora. La Corte ha sido enfática y bastante explícita en esta materia: el error de hecho consagrado como causal de casación tiene sus precisos alcances y da lugar a que el recurso prospere en cuanto se llegue a demostrar por el demandante que la sentencia fue edificada sobre una prueba sin contenido incriminatorio, ausente de credibilidad, contradictoria en su contenido o procesalmente incapaz de mantener el cargo o alguna de sus específicas circunstancias. Pero porque racionalmente el fallador analice la prueba y valore los indicios, como en el caso de autos, no puede invocarse la causal segunda, alegando el recurrente que deben aceptarse otros medios de convicción que son falsos o sospechosos".

Cabe anotar, por último, que el procesado Ortiz Cortés no alude, en su declaración de inquirir, a una situación de miedo frente a la actitud asumida por Robledo. Recalca, en cambio, sobre las ofensas de que lo hacía víctima. Igualmente, el procesado Aristizábal Giraldo niega su inter-

vención en los hechos, sin embargo de que resulta suficientemente comprobado que disparó sobre la víctima.

Recuérdese, además, que "la defensa, para que sea legítima, debe ser tan clara, objetiva y subjetivamente, que cualquier matiz que la perturbe o la haga borrosa no sirve como elemento de duda para darle apariencia favorable a quien la alega, sino para demostrar que esa actitud justificable no existió. De otra manera, toda riña imprevista, todo acto de ira injustamente provocado, se convertiría en acción excusable" (Sents. de la Sala, de 25 de junio de 1948, G. J., t. LXIV, p. 526; de 28 de noviembre de 1950, G. J., t. LXVIII, p. 648; de 13 de julio de 1951, G. J., t. LXX, p. 94, y de 16 de octubre de 1951, G. J., t. LXX, p. 610).

Lo anterior es suficiente para estimar que este cargo hecho a la sentencia recurrida no resulta demostrado.

b) *Delito de daño en bienes ajenos.*

Ciertamente, como lo alegan los demandantes, el *ad quem* incurrió en error en la apreciación de las pruebas al estimar como existente el delito de daño en bienes ajenos y deducir, consiguientemente, las consecuencias jurídico penales del concurso material de delitos, al señalar la pena en el caso *sub judice,* porque no aparece elemento de convicción alguno del cual pueda deducirse que Ortiz Cortés fue el autor del disparo que ocasionó la muerte del semoviente de propiedad de Eduardo Robledo, ni tampoco que lo sea el procesado Aristizábal Giraldo. Para este delito, bien se sabe, no es pertinente la complicidad correlativa de que trata el artículo 385 del Código Penal. Pero, por sobre todo, porque este evento delictivo únicamente se da por un acto intencional del sujeto activo y no por simple culpa, como es indubitable que ocurrió con la muerte de la mula que cabalgaba Eduardo Robledo, el día de los hechos.

Expresa Giuseppe Maggiore (*Derecho Penal,* Edit. "Temis", Bogotá, 1956, t. V), que "el delito de daños difiere, pues, de los otros delitos contra el patrimonio, en cuanto falta en él el elemento del lucro (*lucri faciendi causa*). Y difiere objetivamente del daño puramente civil, en cuanto no es acriminado cualquier daño contra el patrimonio, sino únicamente el que tiene por efecto la destrucción total de la cosa o una deterioración de ella, que le quite o disminuya su valor, sea como valor de cambio, sea como valor de uso; pero no difiere subjetivamente, pues siempre supone el dolo o la voluntad de realizar sobre cosas ajenas una actividad a la que no se tiene derecho" (Pp. 113 a 114).

También el tratadista Gustavo Rendón Gaviria (*Derecho penal colombiano,* edición auspiciada por la Universidad de Medellín, 1953), dice que el delito de daño, "aunque en su ejecución asuma los medios operativos de los delitos comunes contra la propiedad, tiene como elemento que lo caracteriza la intención del agente, que de manera inmediata no procede con el ánimo de lucro o beneficio sino determinado por motivos de orden diferente, como la venganza, el odio, etc." (p. 165).

Lo anotado es más que suficiente para estimar como probado este cargo hecho a la sentencia impugnada, tanto por el personero de Ortiz Cortés, como por el de Aristizábal Giraldo. Habrá, pues, de invalidarse el fallo recurrido para dictar el que corresponda, al prescindir, como corresponde hacerlo, del supuesto concurso de los delitos de homicidio y daño en bienes ajenos.

SEGUNDO: LOS QUE PRESENTA EL MANDATARIO DE ARISTIZABAL GIRALDO, A SABER:

a) *Daño en bienes ajenos.*

Del examen del mismo cargo, hecho por el mandatario de Ortiz Cortés, se desprende que este motivo de acusación presentado por el doctor López García en su demanda, con apoyo en la causal segunda de casación, resulta demostrado.

En consecuencia, la sentencia recurrida habrá de ser invalidada por la Sala para dictar la que corresponda con respecto al procesado Aristizábal Giraldo, en la cual debe prescindirse del supuesto concurso de los delitos de homicidio y daño en bienes ajenos.

b) *Riña imprevista.*

Establecido claramente en el proceso, como lo anota el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal en su concepto, que el provocador "del insuceso fue Eduardo Robledo, quien además de las amenazas verbales, se dirigió con un machete en mano hacia Jorge Evelio Ortiz", y ateniéndose la Sala a lo que expresa este último, de que le disparó cuando el occiso le dijo que "bien puede disparar, que no le tengo miedo a ese mocho", es lógico aceptar, como lo dice el apoderado de Aristizábal Giraldo, que los hechos ocurrieron dentro de una riña imprevista para su mandante, quien vino a intervenir en ella, disparando también contra Robledo, luégo de que Ortiz Cortés lo había hecho por varias veces, y por motivos de compañerismo con éste.

Es dable admitir, aun cuando Aristizábal Giraldo niega cualquier participación en las heridas que sufriera Robledo, que la actitud provocadora de éste lo determinó a actuar al lado de

Ortiz Cortés, con quien viajaba la noche de los acontecimientos.

Y estos hechos, como se dejó anotado, fueron imprevistos para Aristizábal Giraldo, por lo cual es evidente que el *ad quem,* al no tomar como demostradas las circunstancias atenuantes previstas en el artículo 384 del Código Penal en favor de éste, incurrió en un error en la estimación de las pruebas.

Este cargo, pues, resulta demostrado y corresponde modificar la pena impuesta a Vitalino Aristizábal Giraldo de acuerdo con el precepto contenido en el artículo últimamente citado.

El Tribunal Superior de Manizales, al regular la sanción que impuso a los procesados Jorge Evelio Ortiz Cortés y Vitalino Aristizábal Giraldo, tuvo en cuenta que sólo concurren circunstancias de menor peligrosidad en ambos. De otra parte, estimó pertinente, en favor del primeramente nombrado, el motivo específico de atenuación previsto en el artículo 28 del Código Penal.

Ahora bien:

La sanción principal para Ortiz Cortés debe ser la mínima que resulte de la aplicación de los artículos 362 y 28 del Código Penal, esto es, la de treinta y dos (32) meses de presidio.

Asímismo, la pena principal que debe imponerse a Vitalino Aristizábal Giraldo es la mínima que se desprenda de aplicar las normas contenidas en los artículos 362 y 384 del Código Penal, o sea la de cuatro (4) años de presidio.

En lo demás, rige el fallo recurrido.

—

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, INVALIDA PARCIALMENTE la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, de 22 de mayo de 1961, y en consecuencia, DISPONE: 1º condénase a Jorge Evelio Ortiz Cortés a la pena de treinta y dos (32) meses de presidio, en lugar de la de treinta y cuatro meses que le había sido impuesta, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Eduardo Robledo, hecho ocurrido el 19 de septiembre de 1959. 2º CONDENASE a Vitalino Aristizábal Giraldo a la pena de cuatro (4) años de presidio, en lugar de la de ocho años y dos meses que le había sido impuesta, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Eduardo Robledo, hecho ocurrido el 19 de septiembre de 1959. 3º CONDENASE a los mismos procesados Ortiz Cortés y Aristizábal Giraldo a la pena accesoria de interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena principal que les ha sido señalada. 4º En lo demás, RIGE la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal Superior de Manizales.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez Abad, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León, Secretario.

HOMICIDIO SIMPLEMENTE INTENCIONAL Y HOMICIDIO PROVOCADO

No hubo quebranto del artículo 26 de la Carta en el proceso que culminó con sentencia condenatoria por homicidio simplemente voluntario. Tampoco hubo incongruencia entre la sentencia y el veredicto. Este no reconoció, como se pretende, la circunstancia modificadora del artículo 28 del Código Penal.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

A la cuestión propuesta por el Juez del conocimiento a los miembros del jurado, en la que se enmarcaba en sus precisos términos un homicidio común o simplemente intencional, el veredicto fue de este tenor: "Sí, pero en estado de ira". Haber dicho que el acusado obró en estado de ira es una expresión sin alcance modificativo de la responsabilidad, porque lo esencial para que se llenen los requisitos del artículo 28 del Código Penal, es que el estado de ira haya sido causado por grave e injusta provocación.

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

(Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS:

Procede la Corte, previos los trámites de rigor, a decidir de fondo sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto por el acusado Diofanor Cuartas Muñoz, contra la sentencia de 15 de marzo de 1961, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, confirmatoria de la que con fecha 20 de septiembre de 1960 dictó en primera instancia el Juzgado Segundo Superior del mismo Distrito, cuya parte resolutiva es de este tenor:

"Condénase a Diofanor Cuartas Muñoz, por el delito de homicidio, a sufrir en el establecimiento penitenciario que el Gobierno designe la pena de ocho (8) años de presidio que empezará a cumplir con aislamiento por el lapso de dos meses; a la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal; a la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial; a la pérdida de la patria potestad si la tuviere; a la publicación especial de la sentencia; a perder en favor del Estado el arma con que cometió el delito; a pagar a quien corresponda los perjuicios civiles y las costas previo el juicio correspondiente..."

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

1. En el Corregimiento de Briceño, jurisdicción del Municipio de Yarumal (Departamento de Antioquia), en las horas de la tarde del 9 de agosto de 1959, el señor Juan de Dios Palacio fue víctima de varias lesiones corto-punzantes que le fueron causadas por el acusado y a consecuencia de las cuales falleció el mismo día. Las circunstancias y antecedentes del homicidio, aparecen historiados en la sentencia del *a quo*, en estos términos:

"María Aurora García fue novia de Diofanor, pero terminó esas relaciones e inició unas con Juan de Dios Palacio, por este motivo se creó una situación de animadversión entre ellos, y quince días antes de la tragedia, Diofanor manifestó 'que él era capaz de pelear con Juan de Dios y de matarlo o hacerse matar de él' (declaración de Pablo Antonio Espinosa, folio 19).

"Palacio estaba al corriente de lo que había manifestado Diofanor, y en ese estado de cosas

se presenta el día nueve de agosto del año de mil novecientos cincuenta y nueve, y se encontraron Diofanor y Palacio en la cantina propiedad de Alfredo Echavarría, en donde se presentó lo que se narra en seguida:

'...vi que Diofanor Cuartas le tiraba con una navaja de las grandes a Juan de Dios Palacio, pero éste viéndose atacado sacó una navaja pero ni siquiera la abrió porque yo le dije que me la entregara y él ahí mismo me la entregó y me dijo que le diera una botella, pero yo no se la di, en esas salió Diofanor para afuera; entonces le dije a Juan de Dios que en la planta se encontraban cuando Diofanor le tiró a Juan de Dios y le cortó la ruana pero no le cortó el cuerpo porque el otro tiro que le mandó yo se lo aparé en la mano mía...' (declara José Alfredo Echavarría O., folio 3 vuelto).

"En este encuentro no se causaron lesiones, solamente la ruana de Palacio resultó cortada, pero más tarde culminó la tragedia, y fue en la siguiente forma:

'...llegó Diofanor Cuartas de la parte de arriba y nos pusimos a charlar, cuando estábamos en esto pasó Juan de Dios Palacio por la calle y le dijo a Noro vení y entonces Diofanor se bajó para donde él estaba y lo siguió hacia la esquina, yo no los oí discutiendo sólo sé decir que el muchacho Juan de Dios sacó una calabosa y entonces Diofanor le accionó con las manos como conversando con él y salió de para atrás y se resguardó en la puerta; Juan de Dios cerró la calabosa y la echó al bolsillo y sacó la peinilla y se le dejó ir a Diofanor que estaba junto a la puerta de la tienda de Emilio Villa y Diofanor sacó un machetico, debe haberlo tenido dentro de los pantalones; yo cuando lo veía lo tenía en la mano, no sé de dónde lo sacaría, ya los dos armados se tiraron adentro; yo no sé qué pasó adentro; sé que Diofanor salió cortado limpiándose con la mano la sangre de la frente; luégo Diofanor empezó a tirarle con el machetico y salieron de allí y se entraron a la tienda de Joaquín Pérez y no supe qué pasó allí adentro...' (Relato de Camilo Giraldo, a folios 8 vuelto).

"Para completar todo el drama, ya que el declarante anterior no presenció su culminación, basta saber que luégo vino la lucha entre los contendores, pero Palacio perdió el arma y entonces Diofanor en vista de que aquél emprendió la retirada, lo persiguió y le causó unas lesiones de tánta gravedad que el herido falleció.

"Todo el relato anterior tiene su respaldo en las diversas declaraciones que rindieron los testigos presenciales, las que fueron estudiadas en el auto de llamamiento a juicio" (folios 67 a 82 vuelto).

2. De acuerdo con los resultados de la investigación, una vez clausurada ésta y oído el concepto del señor Fiscal colaborador, el Juzgado del conocimiento llamó a responder en juicio, con intervención del jurado, al procesado Cuartas Muñoz, por el delito de homicidio común o simplemente intencional, acogiendo en su proveído las peticiones del Ministerio Público (auto de 21 de enero de 1960, folios 71 a 83, cuaderno 1º).

3. En estas condiciones, surtido el plenario con la debida observancia de los derechos de las partes, se celebró la vista pública de la causa, durante la cual fue sometida a la consideración de los jueces de hecho la cuestión en los términos propios al cargo debatido. La respuesta del jurado fue: "Sí, pero en estado de ira" (folios 129).

4. Entendió la instancia que los términos del veredicto conformaban para el procesado una responsabilidad por homicidio simple o intencional y fue así como impuso la sanción mínima prevista en el artículo 362 del Código Penal, teniendo en cuenta la no concurrencia de circunstancias de mayor peligrosidad. El Tribunal en el fallo de segundo grado acogió lo resuelto por el inferior.

DEMANDA DE CASACION

En su condición de apoderado ante la Corte, en representación del recurrente, el doctor Jorge Moreno Ortiz formuló la demanda de casación (folios 10 a 14, cuaderno 2º), de la cual se ocupará este proveído por reunir las exigencias legales.

Dos son los cargos contra la sentencia del *ad quem:*

1º Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad, y

2º Estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del jurado.

Corresponden, en su orden, a los motivos de casación contemplados en los ordinales 4º y 3º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Para sustentar el vicio de nulidad y concluír que el acusado no tuvo en el proceso las garantías que la Constitución consagra en el artículo 26, hace el señor apoderado referencia a algunas informalidades del proceso, tanto en la etapa sumaria como en el juicio.

Las fallas a que alude la demanda están concretadas en diez ordinales, a saber:

"a) La inspección ocular que se practicó en el sumario para conocer las condiciones en que se cumplió el insuceso y deducir la credibilidad que mereciesen los deponentes al respecto, se verificó sin recibirle juramento a estos últimos, violando así la norma, de interés público que lo exige, o sea el artículo 242 del Código de Procedimiento Penal, como puede verse a folios 48 y siguientes del proceso.

"b) Al sindicado, en varios careos que solicitáronse para su defensa (folio 53), no se le practicaron con asistencia de un apoderado designado para tal efecto, como lo exige la ley. Así se hallan los practicados con Amparo Palacio Vargas, con Judith Monsalve, con María Aurora García y con José A. Echavarría, folios 100, 101, 106 y 108.

"c) El defensor solicitó se interrogase dentro de la audiencia pública a Ovidio Velásquez D., agente de policía, quien conocía de graves anomalías en la tramitación del sumario y de atropellos a los derechos del sindicado; prueba ésta que decretó el Juzgado y ordenó llamarlo telegráficamente, mas en parte alguna hay constancia del telegrama correspondiente y sólo existe la anotación de la Secretaría informando que no se presentó a la audiencia (folios 120 y f. y v.).

"d) Conviene anotar sobre los careos comentados, que quien aparece como apoderado dentro de ellos, señor Fabio Rico, sólo intervino por designación que se le hizo, para atender la mera indagatoria (folio 6), sin que hubiese recibido nombramiento para intervenir en otras actuaciones.

"e) El procesado, durante la segunda instancia del juicio, careció de apoderado que lo atendiera, faltándole esa garantía procesal, según mandato del artículo 432 del Código de Procedimiento Penal, pues el defensor es necesario en todo el juicio. Basta ver que el honorable Tribunal dictó un auto ordenando hacer saber su función de defensor al doctor Gustavo Gómez (folio 171 vuelto) y en parte alguna posterior aparece notificado ese auto, habiéndose tramitado esa segunda instancia con la sola intervención del procesado, cuyas condiciones de inferioridad e insuficiencia para su defensa saltan a la vista.

"f) La misma audiencia pública fue objeto de un proceder anómalo y contrario a su clara y debida realización, desenvolviéndose como continuación de otra extemporánea, que no fue anulada, sino dizque suspendida, cuando las normas procesales exigían de actas distintas y de que la primera fuese declarada nula, en virtud de exigencias del Código Procesal Penal, cuyo cumplimiento es de interés público...

"g) De las declaraciones que en la inspección ocular se buscó definir su mérito probatorio y de unos careos en que el procesado estuvo sin apoderado, de los cuales se pretende extraer graves cargos contra él, con falta de un testimonio trascendental sobre el adelantamiento del proceso, fue de donde el *juri* extrajo su decisión de conciencia, indudablemente sin piezas legalmente aportadas, con franca lesión de los intereses del procesado; y sobre cuyo veredicto, una sentencia condenatoria, igualmente, carece de respaldo legal.

"h) Estas fallas, vienen aún más importantes frente a las circunstancias de haber carecido el procesado de defensor en la segunda instancia como se acreditó antes.

"i) Finalmente, el cumplimiento de las normas procesales públicas sufrió anomalías de importancia para la exactitud que requieren, en asuntos tan delicados como éste, como se vio de lo sucedido en la audiencia pública".

Hechos estos enunciados, estima el impugnador que "cuando hay faltas de gravedad en cuanto a la violación de normas de procedimiento de interés público o que lesionan los derechos de defensa del sindicado, como se dijo en casación penal de 18 de diciembre de 1958, se incurre en violación del artículo 26 de la Carta y por ende ha de quedar nulo lo actuado en el proceso a partir de la primera grave falta en que se incurrió, que es lo que solicito, supeditando mi modesto criterio al de esa honorable Corte al dejar al arbitrio de la misma tomarla desde la diligencia que considere pertinente".

El *segundo cargo* contra la sentencia es el de estar en desacuerdo con el veredicto del jurado.

Arguye el demandante que si los señores jueces de conciencia respondieron a la cuestión propuesta: "Sí, pero en estado de ira" (folio 125), la agregación contenida en el veredicto permite en el caso de autos dar aplicación al artículo 28 del Código Penal, pues esa norma de interpretación surge del debido entendimiento del artículo 24 de la Ley 4ª de 1943.

No demuestra el señor apoderado que el acusado hubiera obrado en las condiciones del artículo 28, ni desentraña el verdadero alcance de la decisión del jurado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, después de un estudio de los motivos de

casación invocados por el demandante y de los hechos controvertidos en el proceso, se refiere en su respuesta a las causales y al mérito de las razones en que se apoya el recurso.

Respecto al cargo de nulidad, la Procuraduría expone:

"La simple formulación de cargos no constituye, en manera alguna, la demostración de determinada causal de casación. En efecto: cada uno de los motivos indicados por el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, requiere una comprobación plena mediante la formulación de argumentos serios, ordenados, lógicos y concordantes en cuanto a la situación que configura cada causal. Nada de lo anterior se cumple en la demanda que se responde y por tal motivo los cargos no imprimen prosperidad a la causal 4ª alegada. Veamos las razones del anterior aserto:

"a) La diligencia de inspección ocular de folios 48 y siguientes no fue tenida en cuenta, en parte alguna, por los jurados del pueblo toda vez que ni en los alegatos del Agente del Ministerio Público ni en los de la defensa se hizo el estudio y la crítica de dicha prueba. Precisamente dado el vicio de inexistencia de que adolecía, no fue considerada como elemento demostrativo de los hechos materia propia de este proceso (artículo 202 del Código de Procedimiento Penal). El acta correspondiente a la audiencia pública, visible al folio 122 y siguientes, así lo indica. Ahora bien: si dicha prueba no fue señalada al *juri* para que éste la ponderara, mal puede afirmarse que de ella extrajo su 'decisión de conciencia'. El cargo es improcedente.

"b) Los careos a que alude el recurrente fueron practicados con la asistencia del señor Pablo Rico a quien se le tuvo en dichas diligencias como apoderado del reo Diofanor Cuartas (ver folios 100, 101, 106 y 108 del cuaderno 1º). De tal hecho no puede alegarse la violación del derecho de defensa del procesado y ello ni siquiera porque al señor Fabio Rico se le hubiera designado apenas para intervenir como apoderado del reo durante la indagatoria (folio 6). En efecto: en las actas respectivas de los careos ya indicados se lee que la asistencia del señor Fabio Rico se cumplió en el carácter de 'apoderado de oficio' de Diofanor Cuartas, lo cual indica que el citado cargo le fue conferido por el funcionario de policía que intervino en la instrucción del sumario, para así proteger legalmente los intereses del procesado. Tal nombramiento no está prohibido por la ley sino, al contrario, amparado por ella. El cargo no demuestra que se hubiera lesionado en tal proceder el derecho de defensa del reo Diofanor Cuartas.

"c) La omisión en la práctica del testimonio del señor Ovidio Velásquez D. no indica que se hubiera atentado contra los derechos inherentes a la defensa del procesado. Si bien no hay constancia en autos de haberse enviado la solicitud telegráfica ordenada en auto de folio 120 vuelto, el texto de la nota secretarial visible al mismo folio indica lógicamente que la comunicación debió enviarse, pues sería absurdo informar que 'el testigo no compareció a la audiencia' si previamente no se había cumplido la citación indicada. El cargo nada prueba en cuanto a la violación del artículo 26 de la Carta.

"d) Que el procesado no estuvo asistido por el defensor designado para intervenir en la segunda instancia, es un hecho que no prueba la carencia de defensa durante el trámite de dicha instancia, porque al señor Gustavo Gómez Velásquez sí se le dio posesión legal para que cumpliera el mandato otorgado en el escrito de folio 170 (ver folio 171), además se le enteró de la apelación interpuesta contra el fallo condenatorio del Juez *a quo* y de que había sido concedido el recurso (ver folio 171).

"Por otra parte al folio 171 vuelto fue notificado en legal forma y de ello existe la prueba a folio 172. Además, las diversas actuaciones de segunda instancia se llevaron a cabo previa notificación legal a las partes (ver folios 172 vuelto, 175 vuelto y 176 vuelto).

"Lo anterior indica que durante el trámite de la segunda instancia no se lesionó el derecho de defensa del reo si bien su defensor no produjo ningún alegato a su favor. El silencio de éste no existe, o al menos no se ha demostrado tal cosa, que haya violado el derecho de defensa del reo Diofanor Cuartas. Este cargo, como los anteriores, nada prueba en cuanto a la infracción del artículo 26 de la Carta.

"e) En cuanto hace referencia a las irregularidades cometidas durante la audiencia pública, y a las cuales se refiere el impugnador, la cuestión ya fue debatida en las instancias y en la actualidad la honorable Corte está impedida para revocar el auto que negó la solicitud de declarar nulo lo actuado a partir de la celebración de la audiencia pública.

"La petición del defensor (folios 131 y siguientes) fue resuelta desfavorablemente por el Juez *a quo* (folios 134 a 136) y confirmada la decisión de éste por el Tribunal *ad quem* (folios 156 a 158). Los proveídos anteriores fueron notificados a las partes.

"Siendo lo anterior manifiesto, el cargo carece de idoneidad para servir de fundamento a la

demostración de la causal cuarta de casación, pues pretende convertir el recurso extraordinario de casación en una tercera instancia, lo cual no tiene respaldo alguno en la ley y, por el contrario, es notoriamente absurdo.

—

"De lo expuesto hasta el momento se hace ostensible que los cargos formulados por el recurrente no tienen el valor requerido para comprobar que en el caso *sub judice* se ha incurrido en la violación del artículo 26 de la Carta por inobservancia de la plenitud de las formas propias del juicio. La pretendida nulidad constitucional que invoca el demandante no halla asidero alguno en los cargos propuestos. Quiere significar lo anterior que este Despacho considera que la causal 4ª de casación no ha sido comprobada por el recurrente, y, por lo tanto, solicita a esa honorable Corte desestimarla".

En cuanto a la causal tercera, expresa:

"El cuestionario sometido a consideración del jurado y el veredicto de éste son del siguiente tenor:

'¿El acusado Diofanor Cuartas Muñoz es responsable de haber lesionado con el propósito de matar y con arma cortopunzante (cuchillo o machete) a Juan de Dios Palacio, a consecuencia de lo cual falleció éste momentos después, hecho sucedido así: el lesionamiento a eso de las tres de la tarde del domingo nueve (9) de agosto de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), entre los establecimientos de Jesús Salvador Rico y Joaquín Pérez, en la población de Briceño, Municipio de Yarumal y la muerte cuando era conducido al hospital de dicha población?'.

El jurado respondió: 'Sí, pero en estado de ira' (folio 129 del cuaderno 1º).

"Pues bien. Si en los juicios con intervención del jurado la sentencia se debe pronunciar de acuerdo con la calificación que aquél le dé a los hechos (artículo 480) y si al Juez de derecho corresponde interpretar el veredicto de los jueces del pueblo, es natural que cuando lo aseverado por el *juri* sea de claridad meridiana, la labor del Juez de derecho no requiere de serios esfuerzos dialécticos para conocer la voluntad expresada en el veredicto. Cuando lo afirmado por los jurados es lógico y en sus palabras no hay vaguedad alguna, además de que la decisión de ellos no pugna contra la evidencia de los hechos procesales, no le queda otra solución al Juez de derecho sino dictar sentencia de conformidad con la calificación dada al insuceso por los jueces de conciencia. No obstante lo anterior, es preciso que las expresiones del *juri* tengan un significado preciso, si bien el lenguaje de ellos no requiere fórmulas especiales, que se acomoden a las diversas modalidades que modifican la responsabilidad penal del reo. Por ello la labor de quienes intervienen en la audiencia pública debe comprender la advertencia a los jurados que para agravar o atenuar la responsabilidad del procesado o para eximirle de ella, deben producir su decisión en determinados términos que sean de fácil interpretación, que revelen completamente el pensamiento del *juri,* que no sean portadores de contradicción alguna.

"En el caso *sub judice* ni el Ministerio Público ni la defensa alegaron por parte alguna, como prueban las actas de las audiencias públicas (folios 122 y siguientes) que el reo Diofanor Cuartas hubiera cometido el hecho en estado de ira causado por grave e injusta provocación. Lo que sí se hizo manifiesto en dicho debate fue el estado anímico de ira bajo el cual obró el reo. Por eso el jurado al aseverar que Diofanor Cuartas era responsable del delito de homicidio por el cual se le enjuició, agregó que tal hecho lo había cometido en "estado de ira", sin indicar cuál era la causa determinante de tal situación. La afirmación del jurado no revela que se hubiera querido atenuar la responsabilidad penal del procesado porque entonces se habría manifestado que el estado de ira había sido causado por 'grave e injusta provocación', toda vez que acerca de la gravedad e injusticia de la provocación se habló en la audiencia pública por el defensor quien pretendió lograr que el jurado reconociera a favor de Diofanor Cuartas la causa justificativa del hecho que se denomina legítima defensa.

"La doctrina de la honorable Corte ha sido reiterada en el sentido de que no es cualquier clase de ira la que configura la modalidad atenuante descrita en el artículo 28 del Código Penal, sino aquélla causada por grave e injusta provocación. Por ello solamente la ira cuya causa ha sido determinada por una grave e injusta provocación y bajo cuyo estado se comete el hecho es la que configura la atenuante descrita. Y si el *juri* desea atenuar la responsabilidad penal del reo, debe indicar claramente su pensamiento, agregando a la manifestación de que el hecho fue cometido en estado de ira, la de que tal estado fue causado por una provocación grave e injusta. No importa qué término se empleó; lo que inte-

resa es que sus expresiones informales sean la indicación clara y completa de dicho *status*.

"Como en el caso presente el veredicto de los jueces del pueblo no es revelador de que se haya querido conceder la atenuante descrita por el artículo 28 del Código Penal sino apenas expresa que el hecho fue cometido en estado de ira, sin indicar la causa de tal estado, es obvio que el Juez de derecho produjo su decisión de acuerdo al veredicto del *juri*. Se repite que no es el hecho de haber cometido el delito en estado de ira lo que constituye la modalidad atenuante de que trata el artículo 28 del Código Penal, sino el haberlo realizado en estado de ira 'causado por grave e injusta provocación'.

Si esta situación no fue reconocida por los jueces del pueblo, mal puede el Juez de derecho suplir la voluntad de aquéllos, porque con ello se estaría abrogando una función que no le corresponde: calificar los hechos del proceso.

"Todo lo expuesto permite afirmar que la causal 3ª de casación tampoco ha sido demostrada por el recurrente y por lo tanto este Despacho solicita comedidamente a esa honorable Corte que la declare no comprobada".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1ª Los cargos fundados en la causal cuarta de casación, enderezados a demostrar que por las informalidades cometidas en la actuación procesal, es inválida la sentencia del *ad quem*, están debidamente desvirtuados en la respuesta del señor representante del Ministerio Público, quien demuestra que las garantías constitucionales consagradas por el artículo 26 de la Carta no fueron conculcadas en momento alguno con perjuicio del acusado.

Los vicios señalados a la diligencia de inspección ocular, no ameritada para el fallo podrán hacer nula esa pieza del proceso, pero no el juicio en su sentido jurídico propio. En cuanto a los careos, no es cierto que el sindicado hubiese carecido de apoderado, pues lo asistió quien venía actuando en la etapa del sumario. Tampoco puede edificarse la nulidad constitucional en el hecho de no haber sido examinado un testigo en el curso de la vista pública de la causa, como que la prueba fue decretada y si no se recibió la declaración fue porque el deponente no compareció a la audiencia, no obstante habérsele citado en debida forma y por conducto de las autoridades de su residencia.

2ª La defensa del procesado fue normal, principalmente en la primera instancia y ante los jueces de conciencia. Si en la segunda el defensor nombrado no presentó alegato de conclusión en favor de su cliente, esta omisión no entraña nulidad, pues tratándose de un proceso con intervención del jurado, la efectividad del derecho de defensa descansa fundamentalmente en el plenario de la causa y en la vista pública, destinada como es obvio a debatir ante los jurados, con todos los elementos de juicio, la responsabilidad por el hecho que es materia de cargo.

3ª Carece de importancia el cargo formulado por el demandante en cuanto a que la decisión del jurado no tuvo apoyo en "piezas legalmente aportadas". El jurado, como la ley lo previene, dicta su veredicto de acuerdo con su personal conciencia e íntima convicción, no sujeto a rígidos presupuestos probatorios. Son las partes, en el curso de la audiencia, las llamadas a ilustrar el criterio de los jurados, y en esa misma oportunidad, más que en ninguna otra, la defensa se ejerce con toda libertad y con el lleno de las formas propias del juicio.

4ª El reparo al nuevo señalamiento de fecha para la audiencia, al no haberse podido celebrar en la hora que un auto anterior había fijado, no da lugar a nulidad. Las partes fueron notificadas en debida forma y el acto se celebró normalmente con la asistencia de los interesados.

En resumen: todos los motivos de impugnación que la demanda desarrolla a través de la causal cuarta de casación carecen de consistencia o de mérito para alegar la nulidad supralegal. El juicio contra Cuartas Muñoz se ciñó a las formas de rigor, sin quebranto del artículo 26 de la Constitución.

5ª La causal tercera, fundada en que la sentencia está en desacuerdo con el veredicto del jurado, no tiene asidero en el proceso.

A la cuestión propuesta por el Juez del conocimiento a los miembros del jurado, en la que se enmarcaba en sus precisos términos el hecho de un homicidio común o simplemente intencional, el veredicto fue de este tenor: "Sí, pero en estado de ira".

A la afirmación concreta de responsabilidad por el delito juzgado se le agregó la frase atrás copiada, cuyo contenido, en sentir del demandante, sitúa el hecho en las circunstancias del artículo 28 del Código Penal.

Esta disposición, que consagra una aminorante de la responsabilidad, exige para su reconocimiento que el agente obre "en estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injusta provocación". Así se admita que el Juez de derecho tiene arbitrio para interpretar los términos de

un veredicto y que no es necesario que el jurado emplee en sus respuestas palabras sacramentales, que recojan el texto mismo de la disposición, en el caso de autos no resulta posible presumir que hubo el reconocimiento de la atenuante.

Haber dicho que el acusado obró en estado de ira es una expresión sin alcance modificativo de la responsabilidad, porque lo esencial para que se llenen los requisitos del artículo 28 citado es que el estado de ira haya sido causado por grave e injusta provocación. Si la ira, como estado psicológico de irritación, no cabe atribuírlo a la conducta injusta de un provocador, es una situación personal sin consecuencias ante la ley penal. En muchos casos de homicidio el agresor obra bajo el impulso de la ira, pero si la víctima es ajena a los motivos de cólera y no causó la provocación, no es atinente ni jurídico invocar la atenuación.

No puede discutirse que el procesado en el caso *sub judice* actuó encolerizado. Lo que ocurre simplemente es que el jurado no expresó que hubiera habido provocación del occiso, grave o leve, calificable de injusta.

En tales condiciones la causal tercera y los planteamientos del demandante para demostrarla están fuera de lugar. La Corte no podría darle al veredicto un sentido que no tiene, por su misma simplicidad, ni podría forzar el texto del artículo 28 para situar dentro de su presupuesto la conducta del acusado.

No prospera, por tanto, la causal tercera de casación.

DECISION

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con la opinión del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso extraordinario de casación a que se ha hecho mérito, y ORDENA DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y publíquese.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León, Secretario.

FALTAS CONTRA LA ETICA DEL ABOGADO

Prescripción de la acción disciplinaria. Acción propiamente penal si aparece que se ha podido cometer un delito.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Es doctrina de la Corte que las faltas contra la ética profesional en el ejercicio de la abogacía, contempladas y sancionadas por las Leyes 21 de 1931 y 69 de 1945, deben considerarse, de acuerdo con la clasificación establecida por el artículo 2º del Código Penal, como simples contravenciones, cuya prescripción está regida por el artículo 115 del mismo Código, o sea, que se cumple en un año.

2. El prestar la firma a una persona que no reúna los requisitos exigidos por la ley para ejercer la profesión de abogado, constituye un procedimiento censurable y merecedor de sanciones disciplinarias.

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

(Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS:

Consulta el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali su providencia del nueve de febrero del presente año, por la que declaró prescrita la acción penal disciplinaria que se adelantó contra el abogado José Luis Echeverri, ordenando, en consecuencia, cesar todo procedimiento contra este profesional, y disponiendo se saque copia de lo conducente para que por el Juzgado Municipal (repartimiento) se inicie la correspondiente investigación penal por el hecho que originó la queja, pues estima el Tribunal que este hecho puede ser constitutivo de delito.

Se originó el presente juicio sumario contra el abogado Echeverri, en virtud de querella formulada ante el Tribunal Superior de Cali por el señor Gerardo Gaviria Silva, quien fundamentó su queja en los siguientes hechos:

"Para continuar un juicio ejecutivo que ante el Juzgado Quinto Civil Municipal adelantaba el suscrito por medio de apoderado contra el señor Florentino García Padilla, conferí poder al señor doctor José Luis Echeverri.

"2º Liquidado el juicio, el mencionado abogado retiró los dineros valor de dicho juicio disponiendo de ellos sin mi autorización.

"Enterado de que el juicio terminó con pago total de la deuda, me presenté al abogado mencionado a reclamar lo mío, a lo cual se negó no sólo con mentiras y frases descomedidas sino también con insultos y desafíos.

"4º Por medio de memorial comedido y respetuoso me dirigí al señor Juez 5º Civil Municipal en solicitud de que se requiera al nombrado doctor José Luis Echeverri a fin de que procediera a entregarme los dineros de mi pertenencia, pero el nombrado Juez 5º, no solamente me negó lo pedido sino que se negó también a devolverme el memorial del requerimiento, y

"5º Ante este fracaso resolví presentarme ante el señor Echeverri, obteniendo los mismos insultos y negativas.

"Por lo expuesto con todo comedimiento pido al honorable Tribunal Superior que, previa la tramitación correspondiente, se sirva imponer las sanciones disciplinarias del caso y entregarme el dinero que es la cantidad de trescientos ochenta y siete pesos con ochenta centavos moneda corriente ($ 387.80)".

El querellante acompañó copia de la matrícula de abogado aceptado del señor José Luis Echeverri y una certificación expedida por el Juzgado 4º Civil Municipal de Cali en el que consta que el acusado recibió en distintas partidas y épocas, la suma de $ 737.80, representadas en títulos del Banco de la República, pertenecientes al juicio ejecutivo que adelantó el señor Gerardo Gaviria contra el señor Florentino García. De acuerdo con dicha certificación, la última partida le fue entregada al señor Echeverri el 19 de diciembre de 1958.

El querellado, al contestar el traslado, en escrito del 30 de septiembre de 1960, dio las explicaciones siguientes:

"1º El señor Aldemar Adarve es un ciudadano que, sin ser abogado, ejerce el oficio de tinterillo en esta ciudad de Cali.

"2º En alguna época, y cometiendo seguramente un error profesional, presté mi firma al señor Adarve para que éste pudiera gestionar, mediante escritos hechos por él, algunos negocios judiciales que no conozco.

"3º Recuerdo, asímismo, que varias veces el señor Adarve me pidió el servicio de que fuera al Banco de la República a reclamar, con oficios librados por los respectivos Juzgados, algunos depósitos de dineros ordenados entregar en negocios suyos pero en los cuales figuraba yo como apoderado.

"4º Efectivamente así lo hice, y varias veces y en distintos negocios percibí en la ventanilla de pago del Banco de la República, acompañado siempre del señor Adarve, dineros referentes a juicios de los cuales jamás me enteré, dineros éstos que a su turno entregué siempre e inmediatamente al expresado Adarve.

"5º Alguna vez se presentó a mi oficina un señor dizque a reclamarme algún dinero que yo había recibido en un juicio de su propiedad, adelantado en uno de los Juzgados Municipales de Cali. Como le preguntara yo si él me había encomendado alguna gestión profesional, me respondió que no, que era un negocio que le llevaba el señor Aldemar Adarve, pero que allí figuraba yo como apoderado y que en ese concepto había percibido el dinero resultante del juicio, según constancia que en éste existía. Le respondí que nada tenía yo que hacer al respecto, pues que si había contratado él servicios profesionales con el señor Adarve, en poder de éste debía estar el dinero y que fuera a reclamarle a él. Agrego, para completar la información, que es posible que el ciudadano a quien aquí estoy refiriéndome sea el señor Gaviria, pues no recuerdo de otro reclamo semejante.

"6º Como consecuencia de lo anterior manifiesto que no tengo vinculación o relación profesional directa alguna con el señor Gerardo Gaviria Silva, y que si acaso figuré como su apoderado y aparezco recibiendo por su cuenta algún dinero producto de cualquier negocio civil, es esto la consecuencia de gestiones encomendadas por el mismo Silva a Aldemar Adarve y realizadas por éste, sin otra intervención de mi parte que la firma al pie de los memoriales y demás actuaciones en que ella se hiciera necesaria.

"Finalmente debo, eso sí, confesar el error en que incurrí al prestar mi firma para estas actuaciones judiciales sin tener el cuidado de que por el individuo que la utilizaba se hiciera correcto uso de ella. Hace ya tiempo que no pongo mi firma en ningún negocio del señor Adarve".

El Tribunal se abstuvo de estudiar en el fondo la querella, pues estimó acertadamente, que dado el tiempo transcurrido desde la consumación de los hechos atribuídos al abogado querellado la acción disciplinaria para imponer las sanciones previstas en la Ley 69 de 1945, por faltas contra la ética profesional, está prescrita aun desde la fecha de la presentación de la querella el 22 de agosto de 1960. Para esto el Tribunal se acogió a la jurisprudencia sentada por la Corte, desde el fallo del 27 de septiembre de 1960, según la cual las faltas contra la moral profesional, en el ejercicio de la abogacía, contempladas y sancionadas por las Leyes 21 de 1931 y 69 de 1945 deben considerarse de acuerdo con la clasificación establecida por el artículo 2º del Código Penal, como simples contravenciones, cuya prescripción está regida por el artículo 115 ibídem, o sea que se cumple en un año.

De acuerdo con esta doctrina y con las pruebas acompañadas por el querellante aparece, de un modo claro, que cuando el señor Gerardo Gaviria Silva presentó su queja ante el Tribunal Superior de Cali, la acción disciplinaria para sancionar al señor José Luis Echeverri por las faltas que le atribuyen, estaba ya prescrita, pues el término de un año previsto por el artículo 115 del Código Penal había vencido.

El Tribunal anota juiciosamente también, que aúnque la confesión hecha por el abogado querellado de haber prestado su firma a una persona que no reúne los requisitos exigidos por la ley para ejercer la profesión de abogado, constituye un procedimiento censurable y merecedor de sanciones disciplinarias, en este caso tampoco se pueden aplicar éstas por estar también prescrita la acción correspondiente.

Como los hechos atribuídos por el querellante Gaviria sí pueden constituír un hecho delictuoso, el Tribunal al disponer sacar las copias para iniciar la acción penal correspondiente, no hizo sino darle cumplimiento a lo previsto en el artículo 11 de la Ley 69 de 1945.

—

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia consultada, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en la querella propuesta contra el abogado José Luis Echeverri por el señor Gerardo Gaviria.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Humberto Barrera Domínguez, Simón Montero Torres, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez A., Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

SALA DE CASACION LABORAL

SALARIO MINIMO Y TRABAJO A DOMICILIO

La reclamante confeccionaba ropa de hombre para un taller de sastrería. Recuento de la legislación nacional sobre salario mínimo en relación con duración de la jornada de trabajo, forma de pago del salario y trabajo a domicilio. Jurisprudencia al respecto. Equivocada y defectuosa impugnación a la sentencia recurrida.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. La violación de la ley por el concepto de la errónea interpretación, exige que la sentencia aplique la norma, pero dándole una inteligencia en desacuerdo con su texto o con su recto sentido. Se presenta la aplicación indebida cuando entendida rectamente la norma, y sin que medien errores de hecho o de derecho, se la aplica a hecho probado pero que ella no regula o se la aplica al hecho probado llegando a consecuencias jurídicas distintas de las queridas por el legislador.

2. No se puede sostener que el trabajador a domicilio quedó excluído de la jornada máxima legal, de 8 horas al día y de 48 a la semana.

3. Bajo el imperio del Código Sustantivo del Trabajo, como de la legislación anterior y posterior al estatuto, no ha sido exceptuado del derecho al salario mínimo el trabajador a domicilio.

4. Si en el contrato con el trabajador a domicilio no se ha estipulado sobre jornada de trabajo, el punto queda regulado por la ley y, en consecuencia, es preciso entender que queda sometido a la máxima legal, sin que el asalariado tenga que demostrar que laboró durante las horas que la integran. Corresponde al patrono la prueba de que la jornada fue inferior a la máxima, sin que ello implique para el empleado la pérdida del derecho, pues en tal caso se le debe pagar el salario mínimo en proporción al número de horas trabajadas.

5. Es bien sabido que para la viabilidad de un cargo en casación se requiere que el precepto violado incida en la parte resolutiva de la decisión acusada.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE CASACION LABORAL.—Bogotá, D. E., cinco de marzo de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez).

Custodia Gutiérrez Otero, asistida por mandatario judicial, promovió juicio ordinario contra Manuel A. Munar, dueño de la sastrería-taller denominada "La tijera moderna", ante el Juez del Trabajo de Bogotá, para que por sentencia se lo condenara al pago del auxilio de cesantía, vacaciones, primas de servicio, preaviso, remuneración por trabajo en dominicales y festivos, e indemnización moratoria, con base salarial de $ 5.33 al día. Pidió, en subsidio, para el caso de que en el juicio no se establezca la remuneración indicada, que las condenas se hicieran tomando el salario mínimo y, en tal caso, que aquéllas

se extiendan también al pago de seis pares de calzado e igual número de delantales.

Refiere la demanda que Custodia Gutiérrez le prestó servicios personales a Manuel Munar como trabajadora a domicilio, de manera exclusiva, mediante contrato de trabajo celebrado verbalmente, durante el tiempo comprendido entre el 27 de febrero de 1954 y el 30 de junio de 1957, que su labor consistió en confeccionar para la sastrería pantalones y chalecos que de ella recibía, siendo de cargo de la empleada el suministro del hilo; que la remuneración convenida por el servicio fue la suma de $ 4.00 por cada pieza, la cual ascendió a un promedio de $ 160.00 mensuales; que los comprobantes bajo la firma de la actora, según las cuales recibió del patrono el valor de los dominicales, son inexactos en su contenido; que fue afiliada por el empleador al Seguro Social; que Munar no le pagó el preaviso de que habla la nota del 30 de junio de 1957 y no le ha cubierto las prestaciones sociales reclamadas.

Las súplicas se apoyan en los artículos 22, 23 y demás normas pertinentes del Código Sustantivo del Trabajo.

La respuesta a la demanda se opone a que se hagan las peticiones que formula, agregando que Munar está dispuesto a pagar las obligaciones establecidas por la ley que en el juicio se demuestren. En cuanto a los hechos, respecto de unos exige su prueba, otros los niega o los califica de falsos. Propuso las excepciones de prescripción, pago, inexistencia del contrato, falta de derecho y de causa.

Agotado el trámite de la primera instancia, el litigio fue decidido por sentencia de fecha 10 de marzo de 1959. Su parte dispositiva declara probada, en su numeral primero, la excepción de prescripción. Por el segundo condena a Manuel Munar a pagar a Custodia Gutiérrez lo siguiente: a) $ 194.09 por auxilio de cesantía; b) $ 87.12 por vacaciones; c) $ 139.76 por primas de servicio; d) $ 89.68 por lucro cesante; e) $ 135.52 por descanso en domingos y días festivos; y f) $ 613.60 a título de indemnización moratoria. Por el numeral tercero condena a Munar a pagar a la actora cinco pares de zapatos y cinco delantales; por el cuarto lo absuelve de los demás cargos, y por el quinto lo condena en costas.

Apelaron ambas partes. La sentencia decisoria del recurso de alzada revoca el numeral primero de la sentencia apelada y, en su lugar, declaró no probada la excepción de prescripción (numeral 1º); revoca el literal a), numeral segundo de la misma sentencia y, en su reemplazo, absuelve al demandado de la condena por auxilio de cesantía (numeral 2º); confirma el literal b), numeral segundo del fallo del Juzgado *a quo* (numeral 3º); modifica el literal c) de la mentada providencia y, en su lugar, condena a Munar a pagar a la demandante la suma de $ 58.08 por primas de servicio (numeral 4º); confirma el literal d), numeral segundo del fallo apelado (numeral 5º); modifica el literal e), numeral segundo de la misma decisión, en el sentido de condenar al demandado a pagar a la actora la cantidad de $ 63.27 por dominicales y festivos (numeral 6º); revoca el literal f), numeral segundo de la referida sentencia y, en su lugar, absuelve al demandado de la condena por salarios caídos (numeral 7º); modifica el numeral tercero de la sentencia en mención y, en su lugar, condena al demandado a pagar a la actora dos pares de zapatos y dos delantales (numeral 8º); confirma el numeral cuarto del fallo apelado (numeral 9º) y dispone (parágrafo) que de las condenas anteriores se descuente la suma de $ 285.00 consignados en favor de la demandante; modifica el numeral quinto de la sentencia del inferior en el sentido de condenar al demandado a pagar el 50% de las costas causadas en primera instancia (numeral 10), y lo absuelve de las costas en la segunda (numeral 11).

Contra la sentencia del Tribunal *ad quem* interpuso la parte demandante el recurso de casación, que le fue concedido. Elevados los autos a esta superioridad, admitido aquí el recurso y debidamente preparado, ha llegado la oportunidad de decidirlo.

LA DEMANDA DE CASACION

Solicita el *petitum* la casación parcial del fallo recurrido, a fin de que la Corte, en instancia, acoja las peticiones del libelo promotor del pleito.

Invoca la primera causal de casación. Con fundamento en ella formula cinco cargos, diciendo que los tres primeros se refieren al salario mínimo.

PRIMER CARGO

Lo presenta el acusador en estos términos: al negar la sentencia la aplicación del salario mínimo, aduciendo como razón el hecho de no haber probado la demandante que trabajaba ocho horas diarias, quebrantó, por falta de aplicación, el artículo 1º del Decreto 70 de 1950, el 71 de 1950, artículos 2º, parte cuarta, y 3º, ordinal a), los cuales reconocen salario mínimo para quienes laboren menos de ocho horas diarias.

Expone también el recurrente: violó la sentencia, por errónea interpretación, el artículo 3º del

Decreto 2214 de 1956, pero en el supuesto de que la infracción no se produzca por tal concepto; lo aplicó indebidamente, porque la norma no es aplicable a trabajadores por unidad de obra, como lo era la demandante. Esta infracción de medio llevó al Tribunal a violar los artículos 145 y 249 del Código Sustantivo del Trabajo, por falta de aplicación, porque no les hizo producir efectos durante todo el tiempo del contrato; los artículos 172, 177, 186, 306, 230 y 65 del mismo Código, y el artículo 1º del Decreto 2214 de 1956.

El apoderado de la parte opositora rebate el cargo diciendo que el artículo 1º del Decreto número 70 de 1950 se refiere al aumento de salarios pero no establece el mínimo ni comprende a los trabajadores por unidad de obra, y que lo propio cabe decir del Decreto 71 de 1950. Anota que el cargo no está bien formulado porque entre los conceptos de violación de la ley habla al mismo tiempo de falta de aplicación y de interpretación errónea.

SE CONSIDERA:

Sobre el extremo de la litis a que el cargo se refiere, dice el Tribunal *ad quem:*

"En el caso *sub judice* no es posible aplicar las disposiciones sobre salario mínimo en atención a que tal derecho se estableció para los trabajadores obligados a desempeñar la jornada máxima legal de ocho horas al día, y en el caso en estudio la trabajadora desarrollaba su labor a domicilio y por lo tanto no estaba sujeta a horario especial".

Como se ve, el concepto de la sentencia no es el de que no tiene la demandante derecho al pago del salario mínimo por no haber acreditado que se obligó a cumplir una jornada de ocho horas al día, sino el de que, en vista de la índole de su labor (trabajo a domicilio) no quedó sometida a horario especial. Para el caso no juega la cuestión de hecho que plantea el recurrente —prueba sobre jornada de ocho horas diarias— sino el de exclusión de la demostración de tal presupuesto, pues si el trabajador a domicilio no está sometido a horario, carece de objeto el intento de acreditar que se obligó a prestar servicios por el tiempo que la ley señala a la jornada máxima. Si el concepto del fallador es equivocado, su enjuiciamiento no era pertinente a través de la situación de hecho en que el cargo lo sitúa, sino como cuestión jurídica. Colocado en ese campo, la censura no cabe dentro de la modalidad de infracción de la ley que acusa el recurrente, sino por un motivo de casación distinto.

En cuanto a la violación del artículo 3º del Decreto 2214 de 1956, la cual condujo, según el cargo, a la de las otras normas en él relacionadas, observa la Sala:

El acusador señala dos conceptos de violación de la norma, a saber: la errónea interpretación y, en su defecto, la aplicación indebida. Enunciado así el cargo es ostensible su ineficacia. El primer motivo de casación exige que la sentencia aplique la norma pero dándole una inteligencia en desacuerdo con su texto o con su recto sentido, y ocurre, como antes se anotó, que el Tribunal estimó inaplicable al caso litigioso la legislación reguladora del salario mínimo. Se presenta el segundo motivo cuando entendida rectamente la norma y sin que medien errores de hecho o de derecho, se la aplica a hecho probado pero que ella no regula o se la aplica al hecho probado llegando a consecuencias jurídicas distintas de las queridas por el legislador. Ahora bien: para que el error de juicio del Tribunal encaje en la modalidad relacionada con la aplicación indebida de la norma, habría sido necesario que habiéndola entendido en su significación exacta, al hecho probado hubiera aplicado una norma extraña a la hipótesis contemplada por ella. No es ese el criterio del fallador, sino el de que no inciden en el asunto debatido las leyes sobre salario mínimo, de manera que si la apreciación es desacertada, trataríase de falso entendimiento de esas leyes. Es verdad que el cargo alega violación de la norma legal antes citada por errónea interpretación, que sería la causal pertinente; pero, de un lado, aduce simultáneamente la otra causal mencionada, lo cual no es procedente dentro de un mismo cargo, y, de otro, la razón que expone como fundamento de la causal es la de que el precepto es inaplicable a trabajadores por unidad de obra, como lo fue la demandante. Para la Sala el artículo 3º del Decreto 2214 de 1956 no tiene el sentido que el impugnador le asigna, pues no subordina el salario mínimo a la forma de remuneración pactada, ni por consiguiente, la relativa a destajo o por unidad de obra. Además, la apreciación del recurrente es contraria a la tesis central que presenta en todos los cargos, o sea, que el trabajador a domicilio está amparado por las disposiciones legales que gobiernan el salario mínimo.

Por lo expuesto, no se recibe el cargo.

Si la acusación, por los defectos anotados, es inatendible, debe la Corte, por vía de doctrina, rectificar la tesis del Tribunal, en su concepto equivocada.

EL SALARIO MINIMO

Lo estableció el Decreto extraordinario 3871 de 1949 (artículo 1º), cuya vigencia se inició el 1º de enero de 1950, fijando su cuantía en la suma de $ 2.00 diarios.

El parágrafo 2º de la disposición ordena que el salario mínimo sólo es aplicable a los trabajadores que reciban la totalidad de la remuneración en dinero efectivo.

La norma del parágrafo fue modificada por el Decreto legislativo 70 de 1950 (artículo 1º), expedido el 12 de enero de ese año, no en cuanto al salario mínimo sino en relación con los aumentos decretados por el artículo 1º del 3871 citado, en el sentido de que éstos comprendían a todos los trabajadores en la parte de los salarios que recibieran en dinero efectivo.

Posteriormente, el Decreto 71 de 1950, expedido también el 12 de enero, reglamentario de los Decretos 3871 y 70 de 1950, acogió la misma norma del Decreto 3871 sobre salario mínimo (artículo 1º), desarrollando lo concerniente a él y a los aumentos de la retribución en varios incisos. El segundo dispuso que si producido el aumento que trae la escala del inciso precedente, el salario resultaba inferior a $ 2.00 diarios, debería elevarse hasta ese valor, "que constituye el salario mínimo que debe pagarse en todo el territorio de la República, a partir del 1º de enero de 1950". El inciso tercero expresa que la garantía del salario mínimo se entiende establecida para los trabajadores mayores de 16 años, obligados a trabajar jornadas completas de ocho horas en adelante, según lo autorice la ley. El inciso quinto, refiriéndose a los mismos trabajadores y a igual jornada de trabajo, establece que al salario mínimo tienen derecho los empleados que reciban la totalidad de su remuneración en dinero efectivo. Dice el ordenamiento del inciso cuarto que a los trabajadores a quienes por motivo del servicio que presten o por disposiciones legales se les exija determinado número de horas inferior al de la jornada legal del trabajo se les computará el salario mínimo con referencia a las horas que laboran, a razón de $ 0.25 la hora-servicio, de manera que si el asignado es inferior al salario hora, debe completársele hasta dicho valor.

El Decreto 2214 de 1956, dictado en desarrollo de lo previsto en el artículo 147 del Código Sustantivo del Trabajo, señala un salario mínimo distinto, según la agrupación que hace de los Departamentos del país (artículo 1º). El artículo 2º conserva de la legislación anterior la regla de que el salario mínimo, en cuanto a los trabajadores particulares, se aplica a los que reciban la asignación en dinero efectivo, excluyendo la modalidad del salario mixto, y el 3º modifica lo estatuído en el Decreto 71 de 1950, artículo 2º, incisos tercero y quinto, en cuanto a la edad del trabajador, pues sustituye la de 16 años por la de 18, y respecto a la jornada. En relación con ésta, desaparece la exigencia de que ella sería la de "ocho horas en adelante", pues habla de la jornada que convengan las partes, o, en su defecto, la máxima legal, con la salvedad relativa a las labores agrícolas, ganaderas y forestales.

El Decreto legislativo 118 de 1957 (artículo 5º) modificó entre otras normas del Decreto 2214 de 1956, el artículo 3º, en cuanto a la edad del trabajador, volviendo a la de 16 años, y respecto a la jornada, pues exige la máxima legal. Pero el precepto ordena que rija el salario mínimo en jornadas inferiores a la expresada, en proporción al número de horas laboradas.

Conocida la legislación sobre salario mínimo, pueden sentarse estas conclusiones:

a) El artículo 1º del Decreto 3871 de 1949, de derecho material, comprende a todos los empleados, sin subordinar la garantía del salario mínimo al tiempo de duración de la jornada de trabajo. La única restricción es la de que reciban la totalidad de la asignación en dinero efectivo. Al respecto ningún cambio introdujo el artículo 1º del Decreto legislativo 70 de 1950.

b) El Decreto 71 de 1950 es simplemente reglamentario de los dos anteriores. Por tanto, en el supuesto de que para adquirir el derecho al salario mínimo, el trabajador debe rendir jornadas de ocho horas en adelante, como lo dispone el inciso 3º de su artículo 2º, debe prevalecer la norma citada del Decreto 3871, de superior jerarquía.

c) La jornada máxima legal, que no excluye al trabajador a domicilio, según las normas anteriores al Decreto 71 de 1950, era de ocho horas al día y de 48 a la semana, conforme a lo estatuído en la Resolución número 1 de la extinguida Oficina General del Trabajo, acogida, en términos generales, por la Ley 6ª de 1945.

d) El Decreto 2214 de 1956 suprimió, en cuanto a la jornada, lo dispuesto en el 71 de 1950, atemperándose a lo que sobre el punto dispone el Código del Trabajo en sus artículos 158 y 161, es decir, que aquélla es de ocho horas al día y de 48 a la semana, salvo las excepciones de que habla el 161, las cuales no incluyen el trabajador a domicilio. Si bien el Decreto 118 de 1957 (artículo 5º) exige para el salario mí-

nimo la jornada máxima legal, del beneficio no excluyó al trabajador a domicilio.

e) Bajo el imperio del Código del ramo como de la legislación anterior y posterior al estatuto, no ha sido exceptuado del derecho en referencia el trabajador mencionado.

f) Si en el contrato con el trabajador de que se trata nada se ha estipulado sobre jornada de trabajo, el punto queda regulado por la ley y, en consecuencia, es preciso entender que queda sometido a la máxima legal, sin que el asalariado tenga que demostrar que laboró durante las horas que la integran. Corresponde al patrono la prueba de que la jornada fue inferior a la máxima, sin que ello implique para el empleado la pérdida del derecho, pues en tal caso se le debe pagar el salario mínimo en proporción al número de horas trabajadas.

Como conclusión de lo que se deja expuesto, no se puede sostener, como lo hace el Tribunal, que el trabajador a domicilio quedó excluído de la jornada máxima legal. De la falta de horario respecto de ese tipo de servidores parece deducir el sentenciador que no quedó sujeto a la jornada mencionada. Sobre la base de tal supuesto habría que decir que tal circunstancia incide sobre un aspecto distinto, o sea, el relativo a la subordinación. Este elemento de la relación de trabajo se presenta desdibujado en la labor a domicilio, pero no tiene la virtud de eliminarlo, conforme a la interpretación jurisprudencial que de él ha hecho la casación del trabajo, según la cual "no obstante la aparente autonomía del trabajador a domicilio, los grandes factores que forman la relación subordinada se hallan presentes, aun cuando atenuados por la misma forma como se desarrolla la actividad".

El salario mínimo, como lo define el Código del ramo (artículo 145) es el que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a sus necesidades normales y a las de su familia, en el orden material, moral y cultural.

Los fines que debe llenar el salario mínimo, según el canon legal, se ajustan más al salario suficiente que al mínimo, ya que no sólo comprende la subsistencia física del trabajador sino la del grupo familiar, y aun la satisfacción de necesidades de orden moral y cultural. Analizado el punto, no a través de la elevada aspiración querida por el legislador, sino frente a la realidad imperante en el país, se advierte, sin mayores esfuerzos de dialéctica, que el salario mínimo vigente escasamente sirve para la atención de la subsistencia física del trabajador y su familia. Habría bastado esta sola consideración para aplicar al caso de la litis las normas sobre salario mínimo. En ninguna otra situación como la que se contempla reclamaban su imperio, ya que realizan un mínimo de justicia social, a la cual tiene derecho el ser humano de la más humilde condición.

Si es cierto que del beneficio en mención quedó excluído el servicio doméstico (artículo 2º del Decreto 2214 de 1956), la excepción se explica sólo por razones de política legislativa.

Por último, la aplicación de la ley sobre salario mínimo a los trabajadores a domicilio, es cuestión decidida por esta Sala de la Corte. En efecto, en sentencia de fecha 10 de junio de 1959 (juicio de Eulalia Salcedo contra Bonifacia de Uribe) dijo lo que se transcribe a continuación:

"El salario mínimo, cuya finalidad es la de subvenir a las necesidades normales del trabajador y de su familia en el orden material, moral y cultural, se ha establecido en favor de todo el que reciba su salario en dinero, total o parcialmente, sea que la medida 'se refiera a unidades de tiempo, a unidades de obra, tarea o actividad, o se tase por porcentajes, cualesquiera que sean los períodos de liquidación y pago', como lo preceptúa claramente el artículo 1º del Decreto número 71 de 1950.

"El trabajo a domicilio, que como es sabido se remunera por unidad de obra o a destajo, no está, pues, excluído por este solo aspecto de las normas sobre salario mínimo, tanto menos cuanto que si el patrono no cumple con la obligación legal de llevar las anotaciones acerca de los nombres y domicilios de quienes ejecutan el trabajo; cantidad y características de la labor; forma y monto de la retribución, etc., y la de entregar gratuitamente al trabajador a domicilio la 'libreta de salario', resulta en extremo difícil determinar con exactitud la remuneración recibida por el operario. Y no hay razón para sostener que la jornada de trabajo del que presta sus servicios a domicilio, nunca llega a las ocho horas diarias. Al contrario, se ha admitido generalmente por la doctrina, fundada en la experiencia del llamado *sweating system* (régimen del sudor) que el trabajador a domicilio tiene que realizar, por lo menos, tanta actividad como la que corresponde a una jornada normal y que aun alcanza niveles agotadores".

SEGUNDO CARGO

Violación de estas normas legales: artículo 1º del Decreto 70 de 1950, artículo 2º, inciso o parte cuarta, y 3º del Decreto 71 de 1950, artícu-

los 1º, 3º y 9º del Decreto 2214 de 1956 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a causa de error manifiesto al negar la sentencia valor probatorio a la liquidación de las prestaciones sociales de la trabajadora (f. 1º). El cargo, en su último párrafo, dice que si no hubiera sido por el desconocimiento de la liquidación, el fallo habría aceptado que la trabajadora a domicilio devengaba un salario inferior al mínimo, por lo cual violó, por falta de aplicación, los artículos 145 y 249 del Código Sustantivo del Trabajo, y, por el mismo motivo, los artículos 172, 177, 186, 306, 230 y 65 ibídem, y el 1º del Decreto 2214 de 1956, en cuanto al aplicarlos no se tuvo en cuenta todo el tiempo trabajado por la demandante.

Al sustentar el cargo, dice el acusador que la liquidación no fue tachada de falsa y, además, que corrobora su veracidad tanto la declaración de la Secretaria de Munar, como la consignación hecha por el patrono (fs. 53 y 54), cuyo valor es casi igual al que contiene la liquidación. Agrega que, en pro de su exactitud, media la circunstancia de que el tipo de la máquina en que fue escrita es igual al de la nota del folio 3, suscrita por el demandado. Por tales razones estima que no ha debido ser desechada por la sentencia *ad quem*.

Sostiene el opositor que el cargo no es de recibo porque no dice en qué consistió el error, que de haber existido éste, no sería manifiesto y protuberante, aparte de que el fallador es soberano en la estimación de las pruebas.

SE CONSIDERA:

En su actividad probatoria puede incurrir el fallador en error de hecho manifiesto, o en error de derecho, conforme a la ley. Habla el acusador de error manifiesto sin indicar su clase, omisión que la Corte no puede suplir. Aun dejando de lado el reparo, la Sala observa: refiriéndose a la liquidación del folio 1º dijo el Tribunal que no aparece firmada por los contendientes, y agrega: "Además, no fue reconocida por el demandado al absolver posiciones, pues al exhibírsele dicha documental dijo que desconocía por completo su contenido y que era la primera vez que veía tal documento. Y si bien es verdad que la deponente Cecilia Nieto de González declaró que por ser secretaria del demandado, ella fue quien elaboró el contenido de la referida documental por autorización de aquél, no es menos cierto que tal aserto no le da mérito probatorio alguno, puesto que, como ya se dijo, el demandado manifestó que ni siquiera conocía la liquidación en referencia".

Como se ve, funda el Tribunal su concepto en la confesión provocada del actor y en la declaración de Cecilia Nieto de González. Lo pertinente habría sido, pues, acusar error de hecho por equivocada estimación de la declaración jurada del demandado en la absolución de posiciones y del testimonio de la señora Nieto de González. En relación con la primera el cargo guarda silencio y respecto de la segunda se limita a presentar una alegación de instancia, diciendo que corrobora el contenido de la liquidación lo que acerca de ella dice la secretaria de Manuel Munar.

Se sigue de lo expuesto que no resulta demostrado el error alegado, aun aceptando que el impugnante quiso referirse a un yerro de hecho en la apreciación de la prueba antes citada.

TERCER CARGO

Violación del artículo 145 (no indica la ley a que pertenece) de modo indirecto, en el caso de que se le considere como norma adjetiva, a causa de errores de hecho y de derecho, por haberle desconocido la sentencia valor probatorio a la liquidación del folio 1º "que debía firmar la demandante reforzada con el testimonio del folio 41" y la consignación de folios 53 y 54, "con el comentario que sobre ella hizo la sentencia al folio 75..." Esta violación de medio condujo a violar el artículo 249 y el 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por falta de aplicación, y "los que regulan las demás prestaciones que fueron aplicados en forma incompleta, a saber: artículos 172, 177, 186, 230, 306 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y por falta de aplicación, el artículo 1º del Decreto 2214 de 1956".

El opositor, al contestar el cargo, dice que no demuestra los errores que enuncia, de un lado, y además, que el Tribunal goza de libertad en la valoración de las pruebas, por lo cual pide su rechazo.

SE CONSIDERA:

De la violación del artículo 145 del Código del Trabajo, al cual parece referirse el recurrente, que denomina de medio, hace derivar el quebranto de las demás disposiciones legales que el cargo cita. La Sala observa: el artículo 145 define el salario mínimo. No tiene, pues, por objeto crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, esto es, no es de derecho material, y es bien sabi-

do que para la viabilidad de un cargo en casación se requiere que el precepto violado incida en la parte resolutiva de la decisión acusada. De otro lado, según el impugnante, la infracción del artículo 145 se produjo a causa de errores de hecho y de derecho, al negarle la sentencia valor probatorio al documento del folio 1º. Ahora bien: en cuanto al error de hecho, la Sala se remite a lo que sobre el punto expuso en el examen del cargo anterior. Con relación al error de derecho, no se da razón alguna para demostrarlo, aparte de que, conforme a la ley (art. 87 del C. P. L.) se presenta ese error cuando el fallo da por establecido un hecho con medio probatorio no autorizado por ella, por haber exigido determinada formalidad para la validez del acto, caso en que no se puede admitir su prueba por otro medio, o cuando deja de apreciarse una prueba de tal naturaleza siendo el caso de hacerlo. No exige el legislador prueba solemne para acreditar el salario, por lo cual en la estimación del documento corriente al folio 1º, no ha podido incurrir el Tribunal en error de la clase expresada.

Por lo expuesto, la Corte no recibe el cargo.

CUARTO CARGO

Violación del artículo 9º del Decreto 2214 de 1956 por ostensible error de hecho, al "tener como probado en autos sin que en realidad exista, el certificado exonerativo que debe presentar el demandado para quedar eximido del pago de salarios mínimos", violación de medio que llevó a la sentencia a infringir el artículo 145 sobre salario mínimo por falta de aplicación. Violó también la sentencia por el mismo concepto los artículos 249 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo y el 1º del Decreto 2214 de 1956. "Y por haberlos aplicado incompletamente a toda la extensión del contrato de trabajo, los artículos 172, 177, 186, 230 y 306 del mismo Código, y el 1º del Decreto 2214 de 1956".

Confuta el opositor el cargo afirmando que no dice en qué consistió el error de que habla y que las disposiciones legales que cita nada tienen que ver con las pretensiones del recurrente. Estima que, por tales razones, no debe prosperar.

SE CONSIDERA:

Ataca el recurrente una base que no contiene la decisión impugnada. Lo que ésta sostiene es lo siguiente: la legislación relativa al salario mínimo se aplica a los trabajadores obligados a la jornada máxima (ocho horas al día); los empleados a domicilio no están sujetos a horarios. En consecuencia, no quedaron ellos bajo el imperio de esa legislación. Trátase, como se ve, de un concepto jurídico sobre el alcance de la ley reguladora del salario mínimo en relación con el trabajador a domicilio, rectificado en pasaje anterior de este fallo. Si el concepto es equivocado, el ataque no es pertinente a través del examen de la prueba relativa a la autorización al patrono para el pago de un salario inferior al mínimo legal, que es la materia regulada en la disposición a que se refiere el impugnador.

QUINTO CARGO

(Lo distingue la demanda con el número IV).

Violación de los artículos 1º, 9º, 21, 49, 61 y 145 del Código Procesal del Trabajo, 665, 669, 637, 645 y 649 del Código Judicial, "por manifiestos y ostensibles errores de hecho y de derecho", infracción que condujo a la sentencia a quebrantar, por vía indirecta, a través de las pruebas mal analizadas, o mejor, no analizadas, los artículos 65 y 249, por falta de aplicación, y por no haberlos aplicado a todo el tiempo del contrato, esto es, "por aplicación indebida", los artículos 172, 177, 186, 230 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, y por no haberlo aplicado, el 1º del Decreto 2214 de 1956.

"Las pruebas mal analizadas o no analizadas —dice el cargo— fueron el documento que contiene la liquidación del folio 1º, en la misma clase de papel que el de la carta de despido, complementada, dicha liquidación, con la declaración de la secretaria del demandado (f. 41), con la consignación hecha por éste (fs. 53 y 54) y con el pasaje de la sentencia al folio 75 que se refiere a dicha consignación".

Sin el desconocimiento de esta prueba, afirma el acusador, el fallo del *ad quem* no habría desmejorado el de primer grado "con las modificaciones solicitadas en cuanto al errado cómputo de días dominicales y festivos y en general se habrían acogido las peticiones de la demanda".

Sostiene el opositor que no son manifiestos los errores de hecho que el cargo alega y que, en cuanto a los de derecho, no se reúnen los requisitos que la ley exige, todo lo cual demuestra que la acusación es infundada.

SE CONSIDERA:

La violación de las normas que el cargo enumera tuvo por causa errores de hecho y de de-

recho, en los cuales incurrió la sentencia porque analizó mal o no analizó la liquidación del folio 1º.

El error de hecho que el cargo acusa es el mismo que plantea en el segundo. Al examinar éste se dijo que el impugnador no ataca la prueba que sirve de apoyo a la sentencia en el análisis que hace de la liquidación del folio 1º (la confesión provocada del actor) y la declaración de la secretaria del demandado, señora Cecilia Nieto de González (f. 41). Es verdad que la acusación cita entre las pruebas mal apreciadas la declaración en referencia, salvando así la omisión en que incurrió en el segundo cargo. Pero, como el principal soporte de la sentencia es la confesión del demandado, basta ella para mantenerla. Sin desquiciar todos los fundamentos esenciales del fallo, no es el caso de infirmarlo, de acuerdo con doctrinas recibidas por la jurisprudencia.

De otro lado, el error de hecho no se funda en la consideración de que la sentencia analice con desacierto una prueba o deje de examinarla, sino en la circunstancia de que acepte la existencia de un hecho que la prueba no acredite, o viceversa, o en que se abstenga de apreciar un elemento probatorio del cual aparezca la demostración de un hecho de influencia en la decisión. Los dos motivos determinantes del indicado error tienen distinto significado y diverso origen. Por tanto, si el Tribunal examina una prueba, no puede sostenerse que la analizó con desacierto y al mismo tiempo que dejó de analizarla, pues en el primer caso se trata de una actividad positiva y de inacción en el segundo. Además, se ha visto que el sentenciador apreció la liquidación del folio 1º, luego el reparo de que dejó de estimarla es de notoria inconducencia.

En cuanto al error de derecho, observa la Sala que ninguna razón expone el recurrente para demostrarlo. No basta en casación afirmar que la sentencia incurrió en un error, sea de hecho o de derecho, sino que al enunciarlo se expresen los argumentos adecuados para acreditarlo, como lo exige la ley.

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 la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto De Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TECNICA DE LA IMPUGNACION POR ERROR DE HECHO. — INDEMNIZACION MORATORIA

Ineficacia de la acusación formulada contra la sentencia que condenó a la empresa demandada a pagarle al demandante ciertas prestaciones e indemnizaciones. Inútilmente alegaron siempre los demandados que no estaban ligados al demandante por contrato de trabajo sino de sociedad.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. En cuanto al error de hecho en la apreciación de las pruebas, es de observar que cuando la sentencia materia del recurso de casación se apoya en un conjunto de medios de prueba que concurrieron todos a formar la convicción del fallador, no basta para infirmarla que se ataquen algunos de tales medios, suponiendo eficaz el ataque, si los que restan son suficientes para apoyar la solución a que llegó aquél, ni tampoco que se hayan dejado de estimar algunas pruebas, si la sentencia se funda en otras que no han sido atacadas.

2. No es aceptable la afirmación de que en este proceso el fallador haya desconocido la interpretación jurisprudencial del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, conforme a la cual al patrono se le exonera de la indemnización moratoria cuando su renuencia al pago de lo que adeuda al trabajador es justificada, puesto que precisamente echó de menos la justificación de esa renuencia, ya que sin perder de vista que los demandados sostuvieron a lo largo del juicio que entre ellos y el demandante no había existido contrato de trabajo sino de sociedad de hecho, el fallador estimó que esta actitud procesal no obedeció a una convicción firme, según las pruebas allegadas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE CASACION LABORAL.—Bogotá, D. E., siete de marzo de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Luis Alberto Bravo).

Víctor Enrique Vargas Gutiérrez, por conducto de apoderado, demandó a Joselyn Alba Morales y Fidel Salazar Díaz, para que, como personas naturales o socios de una presunta sociedad de hecho, fueran condenados a pagarle auxilio de cesantía, prima de servicios, salarios correspondientes al tiempo faltante para cumplirse el plazo de duración del contrato, indemnización moratoria, el valor de un pasaje de Pereira a Bogotá y las costas del juicio.

Relata en la demanda que como Almacenista-Contador-Pagador de la obra del trazado de la carretera Pueblo Rico-Tadó prestó sus servicios a la sociedad demandada, que no era de responsabilidad limitada, desde el 26 de enero de 1955 hasta el 20 de julio del mismo año, fecha en que hizo entrega del cargo por despido injusto, el cual le fue anunciado por escrito tres días antes, aunque ya desde el 11 de julio los empresarios habían dirigido a todo el personal una llamada "carta de pre-aviso", alegando apremiante situación económica de la compañía; que recibió una remuneración mensual de $ 600.00; que habiéndose celebrado el contrato en Bogotá para que su ejecución se llevara a cabo en Pueblo Rico (Caldas), los contratistas le pagaron el valor del pasaje de ida, pero no el de regreso; que en la fecha en que se le anunció el despido, le hicieron conocer un proyecto de cuenta de pago en el que se incluían el auxilio de cesantía y el pasaje

de regreso a Bogotá, pero no las otras prestaciones e indemnizaciones a que tenía derecho, por lo cual rechazó tal liquidación.

En derecho invocó el demandante los artículos 46, 47, 48 (reformado por el artículo 1º del Decreto 616 de 1954), 57, numeral 8º, 64, 65, 249 y siguientes y 306 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo y los pertinentes del Código Procesal del Trabajo.

Los demandados, en la contestación de la demanda, negaron la mayor parte de los hechos afirmados por el actor y se opusieron a sus pretensiones, a las que calificaron de manifiestamente temerarias, por considerar que el demandante no fue trabajador sino socio de la sociedad demandada. Propusieron las excepciones de inexistencia de la obligación, inepta demanda y las perentorias que se dedujeran de las pruebas que se allegaren al juicio.

El Juzgado del conocimiento, que lo fue el Quinto del Trabajo del Círculo Judicial de Bogotá, decidió la controversia así:

"*Primero.* Declárense no probadas las excepciones perentorias de inexistencia de la obligación e inepta demanda, propuestas y alegadas oportunamente por el apoderado de los demandados.

"*Segundo.* Condénase a los señores Joselyn Alba Morales, identificado con la cédula de ciudadanía número 359311 de Bogotá y al señor Fidel Salazar D., identificado con la cédula de ciudadanía número 4048403 de Bogotá, en su calidad de copropietarios de la empresa denominada "La Vialidad Ltda.", a pagar a favor del señor Víctor Enrique Vargas Gutiérrez, lo siguiente:

"a) La cantidad de doscientos noventa pesos ($ 290.00) M/cte., por concepto de auxilio de cesantía;

"b) La cantidad de doscientos cincuenta y seis pesos con ochenta y cuatro centavos ($ 256.84) M/cte., por concepto de prima de servicios;

"c) La cantidad de ciento veinte pesos ($ 120.00) M/cte., a título de indemnización por el tiempo faltante para cumplirse el plazo presuntivo del contrato de trabajo;

"d) La cantidad de treinta y nueve pesos ($ 39.00) M/cte., por concepto del valor del pasaje de regreso a esta ciudad;

"e) La cantidad de veinte pesos ($ 20.00) diarios, contados a partir del veintiuno (21) de julio de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), hasta el día en que se compruebe el pago de las condenas a que se contrae el presente fallo, a título de indemnización, por el no pago oportuno de las prestaciones sociales.

"*Tercero.* Autorízase a los señores Joselyn Alba Morales y Fidel Salazar, para descontar la cantidad de doscientos noventa y un pesos con sesenta y siete centavos ($ 291.67) M/cte., de las sumas a que asciende el monto de las anteriores condenas, conforme a la parte motiva del presente fallo.

"*Cuarto.* De conformidad con lo prescrito en el artículo 2º del Decreto 0243 de 1951, condénase en costas a la parte demandada".

En virtud de apelación interpuesta por los apoderados de ambas partes para ante el Superior respectivo, éste, en su fallo, desató la alzada en los términos que se transcriben a continuación:

"*Primero.* Confírmanse los numerales primero y cuarto del fallo de primera instancia de fecha tres de agosto del presente año, proferido por el Juzgado Quinto del Trabajo de Bogotá, en el juicio de Víctor E. Vargas Gutiérrez contra Joselyn Alba Morales y Fidel Salazar Díaz.

"*Segundo.* Revócase el literal a) del punto segundo de la misma sentencia y, en su lugar, admítese la excepción de pago por concepto de cesantía.

"*Tercero.* Confírmanse los literales b) y c) del punto segundo de la misma sentencia.

"*Cuarto.* Revócase el litoral d) del punto segundo de la sentencia en cuestión y, en su lugar, se absuelve por concepto del valor del pasaje de regreso del trabajador.

"*Quinto.* Como consecuencia del punto segundo de esta parte resolutiva, se revoca el punto tercero de la sentencia apelada.

"*Sexto.* Modifícase el literal e) del punto segundo de la sentencia apelada, en el sentido de que la cantidad de veinte pesos ($ 20.00) diarios, contados a partir del veintiuno (21) de julio de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), debe ser hasta el día en que se comprueba el pago por concepto de prima de servicios, según el literal b) del punto segundo de la sentencia apelada.

"*Séptimo.* Costas de segunda instancia a cargo del actor".

Recurrió en casación el apoderado de la parte demandada. Concedido el recurso, admitido y tramitado en legal forma, va a decidirse, previo

el estudio de la demanda que lo sustenta y del escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

El recurrente no la declara, como es de rigor. Se limita a pedir, al terminar el primer cargo, que se invalide la sentencia acusada, y al finalizar el segundo, que si no prospera aquél "se case la sentencia y en su lugar se absuelva a mis representados del pago de salarios caídos".

Sin indicar la causal de casación, formula dos cargos.

PRIMER CARGO

Está enunciado así: "La sentencia acusada violó, por aplicación indebida los artículos 22, 47, 65, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo como consecuencia de error de hecho motivado por apreciación errónea de la prueba documental que obra a los folios 27 y 28 del expediente".

En desarrollo del cargo dice que los demandados de buena fe y consecuentes con la realidad jurídica, negaron la existencia del contrato de trabajo, en atención a que el actor suscribió, con fecha 27 de enero de 1955, un documento en el que aceptó ingresar en la sociedad de hecho constituída por aquéllos, entregando al efecto $ 2.000.00 a buena cuenta de la suma de $ 5.000.00 que aportaría como accionista, con derecho a participar en el 10% de las utilidades o acciones provenientes de los contratos de construcción celebrados con el Gobierno. Añade que si bien al señor Vargas Gutiérrez se le devolvieron los $ 2.000.00 que entregó, no puede desconocerse que la intención que tuvieron demandados y demandante fue la de asociarse para explotar un determinado negocio, y que, además, esa devolución no puede incidir sobre las relaciones que tuvieron, puesto que se verificó un mes después de que el señor Vargas solicitó su retiro de la sociedad.

El opositor, luégo de hacer consideraciones sobre las características generales de las sociedades, anota que el documento de folio 28, a que se refiere el recurrente, es un simple recibo, que a lo sumo implicaría un principio de prueba de que se proyectaba constituír con el señor Vargas Gutiérrez una asociación, aunque no se sabe de qué clase ni cuándo debía constituírse, y que, por otra parte, no hay constancia de que él hubiese entregado los $ 3.000.00 faltantes para completar el aporte de $ 5.000.00, en los términos que aparecen consignados en el recibo, ni hay prueba de participación en las utilidades ni en las pérdidas, no obstante haber ocurrido éstas, de todo lo cual concluye que la sociedad de hecho sólo existió entre los señores Fidel Salazar Díaz y Joselyn Alba Morales.

Señala, en cambio, las pruebas que demuestran, en su opinión, la existencia del contrato de trabajo que vinculó a las partes y en las que el Tribunal fallador apoyó su decisión, o sea los documentos de folios 14, 15, 16, 18, 19, 29 y 30, la inspección ocular (folios 76 a 81), el dictamen pericial (folios 100 a 104) y las copias de las diligencias de consignación hechas por los demandados (folios 100 a 104).

SE CONSIDERA:

Sobre la cuestión que plantea este cargo, el Tribunal fallador expone lo siguiente:

"*Contrato de trabajo y sociedad de hecho.* Las peticiones del actor se fundamentan sobre el hecho por él sostenido de que entre él y los demandados existió un contrato de trabajo con todos los elementos que lo caracterizan como tal. Esta circunstancia aparece respaldada por el reconocimiento que los mismos demandados hacen de ella en la contestación de la demanda y en las posiciones, cuando reconocen que el actor desempeñaba el cargo de Contador-Pagador-Almacenista, percibiendo por tal motivo un salario de $ 600.00 mensuales, que recibía Vargas como anticipo de sus futuras ganancias en la compañía, según lo aseguran los demandados, pero cuya calificación no importa para el presente caso.

"El *a quo* tiene al respecto en el fallo apelado razones fundadas para dar por existente el contrato de trabajo, razones que acoge el Tribunal lo mismo que las consecuencias jurídicas que de ellas se desprenden, con las salvedades que más adelante se expresarán en orden a las condenas producidas.

"Frente a la anterior tesis los demandados sostienen que las relaciones con el actor fueron siempre relaciones de carácter comercial, con base en una sociedad de hecho. En verdad, y como lo deduce el *a quo,* no se puede establecer la existencia de esta sociedad de hecho de las pruebas aportadas al juicio, pues a lo sumo, lo único que aparece es que Vargas entregó a la sociedad formada por los demandados la suma de $ 2.000.00 a buena cuenta de acciones, los que luégo le fueron devueltos; y no aparece en este acto configurado el fenómeno de la coordinación de hechos en orden a una explotación común, para la consecuencia de beneficios también comunes, ni la igualdad de los socios frente al control y supervigilancia de la empresa. Las consideraciones del

a quo también las acoge el Tribunal para concluír que no es jurídico aceptar la existencia de la sociedad de hecho".

Y el *a quo,* cuyas razones dice acoger el Tribunal, se expresa así:

"Como pruebas tendientes a demostrar la existencia de la sociedad de hecho habida entre los demandados y demandante, se presentan los documentos de los folios 27 y 28. En el primero de éstos aparece Vargas recibiendo de "La Vialidad Ltda.", la suma de $ 2.000.00, "valor del importe que como accionista de la compañía había dado...", y en el segundo, se hace constar que se recibió la suma de $ 2.000.00 "a buena cuenta de acciones en la sociedad privada suscrita entre los doctores Fidel Salazar Díaz y Joselyn Morales, según consta en documento privado firmado entre los dos últimos..."

"Los documentos citados no contribuyen a demostrar hechos asociantes entre Salazar Díaz, Joselyn Alba Morales y Víctor Vargas. Ellos prueban que Vargas entregó a la sociedad formada por los dos primeros, $ 2.000.00 a buena cuenta de acciones, los que luégo le fueron devueltos, pero no dicen que se tratara de una serie coordinada de hechos de explotación común, tendientes a la consecución de beneficios, ni menos se habla de la igualdad de los socios en el control y supervigilancia de la empresa.

"¿En dónde está demostrado, pudiéndose hacer por todos los medios probatorios, la clase de aportes hechos a la sociedad por los socios y la participación en las ganancias y en las pérdidas?

"El documento del folio 28 dice que, al dar el señor Vargas los $ 5.000.00, tendrá derecho al 10% de las utilidades de los contratos.

"..... .....

"El *animus contrahendi societatis* no aparece determinado. El documento del folio 28, sólo acredita la compra de unas acciones; y quizá puede ser tenido en cuenta como un indicio de una sociedad que no se realizó, por cuanto el señor Vargas no cumplió, como se dice en la contestación de la demanda, con la obligación de entregar los $ 3.000.00 restantes, pero nada más; pues, como ya se dijo, no se demostró que entre las partes se hubiera ejercido una acción paralela y simultánea tendiente a la obtención de beneficios en un mismo pie de igualdad.

"Así que no conociéndose los aportes consistentes en bienes o en industria, ni la participación en las ganancias ni en las pérdidas, no puede de ninguna manera aceptarse que hubiera existido sociedad de hecho entre los demandados y el demandante, ni menos admitir que con los documentos tantas veces citados, se haya probado suficientemente la constitución de la sociedad, pues, como se ha dejado sentado, estos documentos no demuestran ni remotamente la existencia de los elementos propios de la sociedad de hecho.

"..... .....

"El reconocimiento que hacen los demandados, contestación de la demanda, y posiciones, referente al cargo que desempeñó Víctor E. Vargas, por sí solo es suficiente para admitir la naturaleza de la relación jurídica que ató a las partes, toda vez que de acuerdo con el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

"Los demandados aceptan que Vargas ejerció las funciones de Contador-Pagador-Almacenista, luego la actividad personal del trabajador y la continuada subordinación o dependencia de éste respecto a los patronos, surgen del mismo cargo ejecutado, comoquiera que la pluralidad de funciones desempeñadas por Vargas implicaban una permanente subordinación y, el salario como retribución, se origina del principio general de que todo trabajo debe ser remunerado, sin que importe, para el caso, la imputación que los demandados le dan a los $ 600.00 que recibía Vargas.

"Aun sin tener en cuenta el expreso reconocimiento de que se da cuenta, los documentos de los folios 14 y 15, 18 y 19, así como el dictamen del perito, establecen y confirman el contrato de trabajo habido entre las partes en litigio.

"En el primero de los documentos se preavisa al trabajador y en el segundo se le ordena entregar el cargo. En los documentos de los folios 18 y 19, se le hace la liquidación de la cesantía y se le reconocen unos pasajes. Si Vargas no hubiera sido trabajador de los demandados, parece que éstos no habían tenido necesidad de consignar lo dicho en los referidos documentos, como tampoco de hacerlo figurar en nómina para el pago de sus sueldos devengados, como se afirma en el dictamen".

Del texto de los documentos que cita el recurrente no se deduce, en verdad, que el demandante señor Vargas Gutiérrez hubiera constituído una sociedad con los demandados señores Alba Morales y Salazar Díaz, no obstante que el primero de los nombrados debía entregar a la "sociedad privada" formada por los segundos la suma de $ 5.000.00, cuyo aporte total le daría derecho al 10% de las utilidades de los contratos

que llegaren a celebrarse con el Ministerio de Obras Públicas y el Departamento de Cundinamarca, dentro del término de 30 días, contados desde el 27 de enero de 1955, sólo entregó a buena cuenta $ 2.000.00. Luego no se cumplió la condición estipulada para que el actor participase de las utilidades previstas. Además, el recurrente no señala prueba alguna destinada a demostrar que Vargas Gutiérrez hubiera tenido efectivamente la condición de socio de los demandados. Y el comprobante del folio 27, en el que consta que le fue devuelta la suma de $ 2.000.00, indica, como lo estiman los falladores de instancia, que en la práctica no operó la sociedad proyectada.

De tal suerte que la afirmación que hace el recurrente en el sentido de que el fallo acusado incurrió en error de hecho en la apreciación de los documentos de folios 27 y 28, carece de fundamento.

Por otra parte, estando apoyada la conclusión del sentenciador acerca de la existencia del contrato de trabajo en otras pruebas que el recurrente no ataca, el cargo resulta insuficiente para los fines que persigue, y lo sería aun en el supuesto de haberse demostrado el error de hecho en la apreciación de la prueba documental singularizada.

En efecto, el fallo de primera instancia, acogido en lo pertinente por la sentencia impugnada, una vez que descarta la posibilidad de una relación de sociedad entre el demandante y los demandados, invoca, para sustentar su conclusión de que hubo en realidad un contrato de trabajo, las siguientes pruebas: Contestación de la demanda y posiciones, en que los demandados aceptan el hecho de que Vargas ejerció las funciones de Contador-Pagador-Almacenista; la nota en que los demandados comunican a algunos de sus trabajadores, entre ellos el señor Vargas, que les dan pre-aviso "para poder hacer la reorganización de la obra" (folio 14); la carta dirigida a Vargas Gutiérrez, en que le ordenan hacer entrega del cargo a quien "ha sido nombrado para reemplazarlo" (folio 15); la liquidación del auxilio de cesantía hecha a Vargas por los demandados (folio 18); la orden de pagarle los pasajes de regreso (folio 19), y, por último, el dictamen pericial, en el que se hace constar que en los libros auxiliares correspondientes a los meses de febrero a julio de 1955 de la obra de trazado de la carretera Pueblo Rico-Tadó, "aparecen pagos hechos a Víctor Vargas en razón del cargo de Almacenista-Contador de la obra 101, por diferentes cantidades y distintos períodos de pago", con un salario promedio de $ 20.00 diarios.

A ninguna de estas pruebas se refiere el recurrente, por lo cual, como ya se dijo, la acusación es ineficaz. A este propósito ha sido constante la jurisprudencia de casación. Así, por ejemplo, en sentencia del 9 de abril de 1951, dijo el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo:

"En cuanto al error de hecho en la apreciación de las pruebas, es de observar que según reiterada jurisprudencia de esta corporación y de la Corte Suprema de Justicia, cuando la sentencia materia del recurso de casación se apoya en un conjunto de medios de prueba que concurrieron todos a formar la convicción del fallador, no basta para infirmarla que se ataquen algunos de tales medios, suponiendo eficaz el ataque, si los que restan son suficientes para apoyar la solución a que llegó aquél, ni tampoco que se hayan dejado de estimar algunas pruebas, si la sentencia se funda en otras que no han sido atacadas" (G. del T., t. VI, núms. 53-58, pág. 191).

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

SEGUNDO CARGO

Acusa por interpretación errónea del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Afirma el recurrente que la sentencia del Tribunal entraña clara violación del artículo 65 citado, al condenar a los demandados "al pago de salarios caídos, equiparándolos a quienes en forma maliciosa y aun de mala fe niegan el pago de prestaciones sociales"; que en ningún momento ellos pudieron creer que habiendo recibido dinero del actor como parte de su aporte en una sociedad de hecho y habiéndose ejecutado el contrato social, pudiera el señor Vargas considerarse como empleado subalterno; y que, acorde con la certidumbre de la existencia de tal contrato, la posición asumida a lo largo del proceso por los demandados fue la de negar la relación de trabajo.

El opositor defiende las conclusiones del fallo acusado y sostiene que la actitud de los demandados es ambigua, ya que al principio, antes de que se presentara la demanda, consignaron el valor del auxilio de cesantía y demás prestaciones sociales, a favor del demandante, y que aun antes ya habían hecho un proyecto de liquidación del auxilio de cesantía e impartido orden de pago de pasajes, para luégo, dentro del juicio, sostener con obstinación la tesis de que el demandante fue un socio suyo, en lo cual el opositor encuentra un comportamiento de mala

fe. Y anota que el fallo, consultando el verdadero sentido del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, lo aplica simplemente a hechos que halló establecidos en los autos: falta de pago oportuno de una prestación y mala fe de los demandados; y que si el recurrente considera que esos hechos no están demostrados, ha debido acusar por quebranto indirecto de la mencionada disposición.

SE CONSIDERA:

El Tribunal motiva la condena al pago de indemnización moratoria, en los términos siguientes:

"*Salarios caídos.* El Tribunal se ve forzado a confirmar la condena por salarios caídos, ante el hecho evidente de que al través del proceso, y no obstante haber sostenido los demandados la existencia de una sociedad de hecho con el demandante, aparece que simultánea a esta idea, tenían también la de que existía un contrato de trabajo, pues antes de que se presentara la demanda motivo de este juicio, 27 de septiembre de 1955, ya habían consignado por cesantía y demás prestaciones a favor del demandante, septiembre 22 de 1955, folio 100. Además de la inspección ocular se desprende que aparecen algunas imputaciones a favor del demandante por concepto de *sueldos,* circunstancias estas que no hacen posible la idea segura y absoluta en la mente de los demandados de una sociedad de hecho".

Como se ve, el fallador, sin perder de vista la circunstancia de que los demandados sostuvieron a lo largo del juicio que entre ellos y el demandante existió una sociedad de hecho, estima que esta actitud procesal no obedeció a una convicción firme, ya que no guarda armonía con actos anteriores a la iniciación del mismo, tales como el de pago de algunas cantidades a favor del demandante por concepto de sueldos y el de consignación, también a su favor, por cesantía y demás prestaciones.

Luego el fallador no desconoció la interpretación jurisprudencial del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, según la cual al patrono se le exonera de la indemnización moratoria cuando su renuencia al pago de lo que adeuda al trabajador es justificada, sino que precisamente echó de menos ese requisito en el caso de autos por los antecedentes ya indicados, y como ello implica una cuestión probatoria que no ha sido analizada por el recurrente ni podía servirle de base a la modalidad de violación de la ley enunciada en la presente acusación, el cargo resulta inaceptable.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

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.

CONTRATO DE TRABAJO CON LA ADMINISTRACION PUBLICA

Dos clases de relaciones jurídicas con la Administración Pública, la que corresponde al funcionario o empleado oficial y la que se deriva de un contrato de trabajo. Jurisprudencia de la Sala frente al artículo 4º del Decreto 2127 de 1945. En el caso de autos, el actor, como administrador de una plaza de mercado municipal, reclamó prestaciones laborales.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

No es aceptable la tesis del Tribunal de que la creación de plazas de mercado sólo corresponde a las entidades oficiales. En la práctica ocurre todo lo contrario. (Supermercados).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE CASACION LABORAL.—Bogotá, D. E., marzo siete de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Roberto De Zubiría C.).

Por medio de apoderado, el señor Carlos Maya U. presentó demanda ordinaria laboral contra el Municipio de Popayán, a fin de que fuese condenado a pagarle dominicales y festivos trabajados, reajuste de vacaciones, cesantía y demás prestaciones ya pagadas, los otros derechos que se comprobaren en el juicio y las costas del litigio.

Como fundamentos de hecho expuso los siguientes:

Que prestó sus servicios al Municipio de Popayán como Administrador General de la Plaza Central de Mercado, desde el primero de marzo de 1954 hasta el treinta y uno (31) de julio de 1957; que dicha relación de trabajo consta en los contratos de trabajo que el actor suscribió con las extinguidas Empresas Municipales, sustituídas en sus obligaciones por el Municipio demandado; que por razón de sus funciones al demandante le correspondió trabajar en domingos y festivos sin recibir descanso compensatorio ni indemnización por tal servicio; que en mayo de 1958 Maya reclamó al Municipio el pago del trabajo en domingos y festivos, petición que le fue negada, agotándose en su tramitación la vía gubernativa, como lo declaró la Alcaldía de Popayán en providencia de 11 de agosto de 1959; que el Municipio negó la solicitud de Maya con el pretexto de que entre las partes no existió una relación de trabajo ni tampoco de un contrato ficcionado de trabajo; que no obstante la negativa en cuestión al actor le fueron liquidadas, en 1957, cesantía y vacaciones; que la retribución real por mes de Maya fue de $ 878.00, o sea, $ 29.26 diarios.

En derecho se citaron las disposiciones legales relacionadas con los pedimentos formulados en la demanda.

Por conducto de su representante legal, el Municipio demandado dio respuesta al libelo petitorio negando los hechos fundamentales relacionados por el promotor del juicio. Propuso las excepciones perentorias de pago de lo no debido y "la general de toda acción ordinaria, consistente en todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación, o la declaran extinguida si alguna vez existió".

El Juzgado del Trabajo de Popayán, que fue el del conocimiento, por medio de fallo fechado el 22 de marzo de 1960, condenó a la entidad demandada a pagar en total $ 2.034.35 por los siguientes conceptos: $ 1.542.35 por auxilio de cesantía y $ 492.00 por vacaciones; absolvió al Municipio de todos los demás cargos de la demanda y no condenó en costas.

Ambas partes apelaron de la decisión de primer grado y el recurso fue resuelto por la Sala Civil-Laboral del Tribunal Superior del Distrito

Judicial de Popayán en sentencia del 16 de mayo de 1960, la cual revocó el proveído del *a quo* y, en su lugar, absolvió a la entidad demandada de los cargos del libelo y no impuso costas.

El mandatario judicial del actor recurrió en casación contra la providencia del *ad quem;* concedido por éste y admitido y tramitado en legal forma por esta Sala de la Corte, se pasa a decidirlo previo estudio de la demanda sustentatoria del recurso que contiene un solo cargo. Hubo escrito de oposición, pero allegado extemporáneamente.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Lo expresa el recurrente en los siguientes términos:

"Impugno la sentencia de segunda instancia de fecha diez y seis (16) de mayo del presente año, folios 109 a 114, cuaderno principal, para que la honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, declare:

"1º Que hubo contrato de trabajo ficcionado entre el actor y las 'Empresas Municipales de Popayán', por haber desempeñado aquél el cargo de Administrador de la Plaza Central de Mercado de dicha ciudad, en el lapso comprendido entre el primero de marzo de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954) y el treinta y uno de marzo de mil novecientos cincuenta y siete (1957), con un sueldo líquido mensual de $ 728.00 moneda corriente.

"2º Que al actor se le deben todos los salarios correspondientes a los domingos, festivos nacionales y religiosos, trabajados, comprendidos entre el primero de marzo de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954) y el treinta y uno de marzo de mil novecientos cincuenta y siete (1957), con el sueldo ya indicado, pues la naturaleza del cargo que desempeñó así se lo imponía y puesto que trabajó en los mismos días una jornada mínima de ocho horas, en cada oportunidad.

"3º Que confirme la sentencia del *a quo* en cuanto a los puntos a) y b) del punto primero de la parte resolutiva de dicho fallo, folio 97, cuaderno principal, o sea, que se condene al Municipio demandado al reajuste de la cesantía y vacaciones en la forma y cuantía que el *a quo* dispuso, fallo éste del 22 de marzo del presente año, folios 79 a 97".

MOTIVOS DE CASACION

Con base en la causal primera del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, el recurrente formula un solo cargo por violación indirecta de la ley originada en la falta de estimación de varias pruebas por el *ad quem*. Después de indicar las pruebas dejadas de apreciar, el impugnador cita como disposiciones violadas por el Tribunal las siguientes: artículos 1º, 22 y 36 de la Ley 6ª de 1945; artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 12, 17, 18, 19, 20, 21 y 27 del Decreto 2127 de 1945; artículos 142, 3º, 4º y 492 del Código Sustantivo del Trabajo; artículo 7º de la Ley 6ª de 1945; Ley 38 de 1937, Ley 50 de 1938, Ley 35 de 1939; artículo 10 de la Ley 53 de 1945; artículos 2º, 5º, 7º y 8º de la Ley 57 de 1926; artículo 1º de la Ley 72 de 1931; artículos 8º, 9º, 10, 13 y 17 del Decreto 1278 de 1931; Decreto 222 de 1932; ordinal a) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945; Decreto 1054 de 1938; Decreto 2939 de 1944; artículo 1º de la Ley 64 de 1946; artículos 1º y 2º de la Ley 65 de 1946; Decreto 2341 de 1946; artículos 1º y 2º del Decreto 1160 de 1947; artículo 5º del Código de Régimen Político y Municipal; artículo 4º del Decreto 652 de 1935; numerales 12 del artículo 171 y 15 del artículo 169 del Código de Régimen Político y Municipal; y, numeral 1º del artículo 4º de la Ley 5ª de 1918.

En la demostración del cargo el recurrente sostiene lo siguiente:

"Los contratos de trabajo que obran como pruebas dentro del presente juicio en los folios ya indicados y en forma auténtica no fueron tenidos en cuenta por el *ad quem* en ningún momento para deducir que la relación que existió entre las Empresas Municipales de Popayán era una de carácter contractual-laboral y no como supuso administrativa por considerar equivocadamente que se trataba de un empleado municipal de Popayán por el hecho de ser Administrador de la Plaza Central de Mercado de dicho Municipio. La conclusión errada que lo llevó a dejar de apreciar tales pruebas en su verdadero valor hizo que violara, igualmente, las disposiciones sustantivas citadas especialmente, en el artículo 4º del Decreto Nº 2127 de 1945. El Administrador no fue nombrado por decreto o resolución administrativa del Municipio demandado ni de las Empresas Municipales de Popayán; su cargo no estaba establecido en ningún acuerdo o resolución reglamentaria municipal, ni dentro de tales estatutos se le señalaron funciones específicas como para considerarlo como un empleado público en los términos que establece el artículo 5º del Código de Régimen Político y Municipal. Su relación contractual-laboral —actor— nació con el Municipio demandado de un contrato escrito, convencional, laboral, en el cual se le asignó el sueldo que debía devengar en cada mes y el tra-

bajo personal que le correspondía desempeñar. Y tal contrato fue suscrito por las partes nombradas —actor y Empresas Municipales de Popayán— no por el Municipio de Popayán".

Sostiene también el recurrente que por haber incurrido el *ad quem* en el error evidente de hecho de que se ha hablado antes, consecuencialmente absolvió del pago de los domingos y festivos trabajados, no obstante que la parte demandada no ha demostrado tal pago ni, en su defecto, el descanso compensatorio dado al actor; que no hay duda sobre la prestación del servicio en esos días porque las necesidades del servicio de mercado público así lo exigían y, porque además, el trabajo está acreditado con las declaraciones que obran en el informativo.

De otra parte, los puntos de vista esenciales que le sirvieron de fundamento al Tribunal para la revocatoria del fallo de primer grado, se encuentran en estos pasajes de su decisión:

"... Siendo así que corresponde a los Concejos Municipales 'señalar el día o días en que debe tener lugar el mercado público' (número 15, artículo 169, Código Político y Municipal); que de acuerdo con el numeral 1º del artículo 4º de la Ley 5ª de 1918, una de sus rentas es la proveniente del servicio de mercados, como expresamente lo indica para los Municipios del Cauca la Ordenanza 21 de 1944, sobre administración municipal, servicio reglamentado particularmente en el artículo 16 de este último estatuto, en buena lógica se infiere que no es ésta una de aquellas instituciones 'susceptibles de ser fundada y manejada' por los particulares. Sólo el Municipio, salvo el caso de excepción del numeral 12 del artículo 171 de la Ley 4ª de 1913, que no es el presente, puede establecer y organizar plazas de mercado, y, por lo tanto, quienes en ella trabajen por cuenta del respectivo Municipio u organismo descentralizado que las administre, están ligados con la entidad respectiva con nexos muy distintos de los del contrato de trabajo.

"Queda así definida la situación personal del actor, señor Carlos Maya U.: sus nexos con las Empresas Municipales de Popayán, primeramente, y luégo con el Municipio de Popayán, aunque en el primer caso se hubieran hecho constar en un documento como contrato de trabajo, no pueden calificarse como tal y como los tuvo el juez *a quo,* en lo cual interpretó mal el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 y lo aplicó indebidamente al caso en estudio.

"Ahora bien, si la naturaleza misma del servicio público en que el señor Maya U. trabajó para las Empresas Municipales de Popayán, organismo descentralizado del Municipio de Popayán, en cuanto que dicho servicio sólo puede prestarse por el Municipio como entidad de Derecho Público o por organismos creados por acto dimanante de los Concejos Municipales, excluye la aplicación del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, como se acaba de expresar, no siendo la justicia ordinaria la competente para precisar qué otra clase de contrato existió entre el actor y la entidad demandada, estima el Tribunal que sería extemporáneo e impertinente adentrarse en el estudio de los contratos administrativos para deducir si se está o no frente a uno de ellos, y qué consecuencias tiene entre las partes que lo otorgaron".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

En relación con el artículo 4º del Decreto número 2127 de 1945, esta Sala tiene dicho lo siguiente:

"A dos clases de relaciones jurídicas se refiere el precepto transcrito, a saber: a) A las que se crean entre la Administración Pública y sus servidores, que se rigen por las leyes especiales orgánicas del servicio público en sus múltiples actividades; y, b) A las que surgen entre los mismos sujetos, excluídas del régimen legal contenido en el derecho administrativo, las cuales quedan bajo el imperio del estatuto del contrato de trabajo entre particulares.

"Los supuestos de hecho que distinguen al empleado oficial, cuya situación jurídica depende del reglamento o de la ley, del empleado de la misma categoría, ligado a la Administración por vínculo contractual, adolecen de notoria imprecisión, especialmente los consignados en el último aparte del texto que se comenta, ya que no sería fácil encontrar instituciones que un particular no sea capaz de fundar o manejar, de las cuales apenas podrían excluírse las inherentes a las funciones de la soberanía, en que el Estado actúa como persona jurídica de derecho público, con la plenitud de su poder de imperio.

"La distinción entre las dos categorías de empleados es cuestión de hecho, que debe definirse según las circunstancias del caso, tomando en cuenta, primordialmente, la naturaleza de las actividades en que el trabajador presta sus servicios. Si ellas caben dentro de cualquiera de las hipótesis previstas en la norma de derecho objetivo, la relación laboral queda bajo el imperio del contrato de trabajo, sin que su origen sea capaz de desvirtuarla" (Sentencia de 9 de noviembre de 1959. Juicio seguido por Alfredo Gutiérrez Ruiz contra el Municipio de Ibagué).

Siguiendo el orden de ideas expuesto, la Sala estima que el asunto *sub lite* encaja dentro de las previsiones del artículo en referencia y que las relaciones que ligaron a las partes están regidas por un contrato de trabajo. A esta conclusión llega en virtud de los siguientes razonamientos:

Consta en autos que el cargo desempeñado por el trabajador demandante fue el de Administrador de la Plaza Central de Mercado.

El promotor del juicio estuvo vinculado a una actividad que tiene por objeto principal el expendio de víveres, géneros o mercaderías. Y no debe perderse de vista que se entiende por mercado no sólo el sitio en donde se efectúa la contratación pública de tales artículos sino también la actividad encaminada al intercambio de los mismos. La intervención oficial en las referidas labores se reduce a procurar lugar adecuado para su desarrollo, a que ellas se realicen con aseo e higiene y al recaudo de los arrendamientos de los distintos puestos.

Como se ve, se trata de instituciones que pueden fundar y administrar los particulares. Es más, en la realidad se observa que es práctica generalizada cada día más el funcionamiento de centrales de mercado de propiedad de los particulares y controladas por éstos. En este sentido ya ha hecho carrera la expresión "supermercados". Con la circunstancia favorable de que es mucho lo que con estos establecimientos se ha ganado en cuanto a buena presentación, dotación adecuada e higiénica instalación.

No es aceptable, pues, la tesis del Tribunal de que la creación de plazas de mercado sólo corresponde a las entidades oficiales. Ya se ha visto que en la práctica ocurre lo contrario.

Siendo esto así, halla la Sala que hubo violación indirecta de la ley sustantiva por parte del *ad quem* al aplicar indebidamente el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 y demás disposiciones concordantes. En consecuencia, el cargo prospera y habrá de casarse la sentencia impugnada.

En lo relativo al no reconocimiento del pago del trabajo en domingos y festivos, la Sala encuentra que el pronunciamiento del sentenciador fue totalmente absolutorio para el Municipio demandado porque no halló configurado el contrato de trabajo. De manera que convertida la corporación en Tribunal de instancia, al prosperar la acusación del recurrente, le corresponde analizar lo que sobre el particular decidió el *a quo*. El Juzgado absolvió de la petición examinada porque consideró que dentro de la remuneración pactada entre las partes quedó retribuído el trabajo de los domingos y festivos. Sin embargo, la realidad procesal indica otra cosa, esto es, que no hay prueba idónea de que se hubiese acordado tal remuneración y, por otro lado, obran en el informativo las declaraciones de César Campo, Hernán Ríos, Libardo Garcés Ospina y Rudesinda Mera de Burgos que acreditan con amplitud el trabajo de Maya en los días de descanso remunerado que reclama. Corresponde, pues, reconocerlos dentro del período de labores comprendido entre el 1º de marzo de 1954 y el 31 de marzo de 1957, así: durante 1954 hay 58 feriados; en 1955, 67; en 1956, 68; y en 1957, 15. Total: 208 feriados. Relacionada esta cifra con el valor del salario diario de $ 24.26, da la cantidad de cinco mil cuarenta y seis pesos con ocho centavos ($ 5.046.08), que es la que debe reconocer el Municipio, de acuerdo con la ley.

—

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Popayán y, en su lugar, obrando como Tribunal de instancia, CONFIRMA la dictada por el Juzgado del conocimiento en sus ordinales primero y segundo de la parte resolutiva; REVOCA el ordinal tercero del fallo de primer grado y, en cambio, condena al Municipio demandado a pagar al actor la suma de $ 5.046.08, por concepto de trabajo en días domingos y festivos de descanso obligatorio, de conformidad con lo expresado en la parte motiva de esta sentencia.

Sin costas.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto De Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RECLAMACION DE PRESTACIONES SOCIALES

El sentenciador catalogó como trabajador de construcción al demandante. Necesaria indicación, en la demanda de casación, de las normas sustantivas violadas. Sanción derivada de la falta de pago de los honorarios periciales. Los conceptos distintos de la apreciación errónea de pruebas y de la falta de apreciación de ellas.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Se limita el impugnador a citar como violadas las disposiciones generales sobre cesantía y vacaciones, aplicables a los trabajadores comunes, y en cambio no cita las disposiciones especiales que rigen las relaciones de los trabajadores de la construcción, que fueron cabalmente las aplicadas por el sentenciador, comoquiera que estimó al trabajador incluído en esta categoría. Así, la proposición jurídica resulta incompleta, y comoquiera que la Corte no puede suplir la deficiencia de la demanda, los cargos que adolecen de este defecto no prosperan.

2. La sanción prevista por el artículo 60 de la Ley 63 de 1936, sólo se refiere a los casos en que se trate de emolumentos de los intérpretes o peritos, pues el derecho a la remuneración que por su trabajo corresponda a estos auxiliares de la justicia, es lo que protege la referida norma, al preceptuar que no se tenga como prueba la diligencia en que ellos intervengan, si no hay constancia en autos del pago o arreglo satisfactorio de sus honorarios. En el caso de autos se pide aplicar la misma sanción en relación con los testigos actuarios con cuya sola intervención se adelantó la inspección ocular.

3. Es contradictoria la tesis de afirmar que el Tribunal incurrió en error de hecho, que no concreta ni precisa el recurrente, como consecuencia de haber apreciado equivocadamente las pruebas que en él se indican y, al propio tiempo, haberlas dejado de apreciar. A ningún resultado positivo puede conducir un planteamiento estructurado sobre esta base de contradicción.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE CASACION LABORAL.—Bogotá, D. E., ocho de marzo de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Luis Fernando Paredes A.).

Jean Serafín, por medio de apoderado, promovió juicio ordinario laboral de mayor cuantía, contra la empresa "Construcciones Tissot & Cía. Ltda.", representada por su gerente, para que por sentencia definitiva fuera condenada a pagarle: $ 950.00 por concepto de auxilio de cesantía, $ 380.00 por vacaciones, $ 881.09 por prima de servicios, $ 15.960.00 por salarios correspondientes al tiempo que faltaba para vencerse el plazo pactado en el contrato de trabajo; la cantidad que resulte por concepto de reajuste por la invalidez que padece, a consecuencia de enfermedad no profesional; indemnización moratoria y costas del juicio.

La demanda, en sus fundamentos de hecho, refiere:

Que el actor, a virtud de contrato escrito, prestó servicios a la sociedad demandada desde el 20 de febrero de 1953 hasta el 14 de mayo de 1954, como "maestro de obra montador" devengando un sueldo básico de $ 460.00 y $ 10.00 por cada día de trabajo, es decir, $ 760.00 mensuales; que el término del contrato se estipuló en dos años; que se enfermó y fue hospitalizado en Duitama desde el 5 hasta el 11 de enero de 1954, en que fue trasladado a la Clínica Santo Tomás de Bo-

gotá, en donde permaneció hasta el 14 de mayo de 1954; que únicamente estuvo hospitalizado durante cuatro meses, siendo así que tenía derecho a seis meses de acuerdo con la ley; que sólo le dieron el auxilio monetario por enfermedad no profesional durante cuatro meses, teniendo derecho a él durante seis meses; que luégo de haber salido de la Clínica se presentó el 16 de mayo en Belencito al Jefe de Personal de la Empresa, quien le manifestó que no le daba más trabajo, por lo cual le hizo comparecer a la Inspección del Trabajo de Sogamoso, y que ante este funcionario, reiteró que no le admitía para continuar su labor en la empresa, por estar enfermo; que de la anterior manera fue despedido, sin que se le hubiesen cancelado las prestaciones a que tiene derecho y, sólo se le reconoció la suma de $ 7.660.00 por auxilio de invalidez, o sea, el equivalente a 10 meses de sueldo.

En derecho incovó los artículos 64, 65, 186, 187, 189, 227, 306, del Código Sustantivo del Trabajo, Decreto 2158 de 1948 y 0243 de 1951.

En la respuesta que a la demanda dio el apoderado de la empresa, niega los hechos, o manifiesta que debe probarlos el actor.

Tramitada la controversia, fue decidida por el Juzgado Primero Laboral del Círculo de Bogotá, que fue el del conocimiento, mediante sentencia de 11 de septiembre de 1957, por la cual condenó a la demandada a pagar al actor: $ 945.84 por cesantía, $ 380.00 por vacaciones, $ 945.72 por prima de servicios, $ 6.890.66 como indemnización por ruptura del contrato, $ 3.115.99 por indemnización moratoria. Absolvió en lo demás, condenó en costas al actor y ordenó deducir del valor de la condena la suma de $ 852.94, consignada por la empresa.

El apoderado de la demandada interpuso el recurso de apelación para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Laboral—, entidad que decidió el negocio en segunda instancia, mediante sentencia de fecha 22 de julio de 1958, reformatoria del fallo del *a quo*, en el sentido de condenar a la empresa a pagar al actor: $ 797.89 por cesantía y $ 333.85 por vacaciones; confirmó la deducción ordenada por el *a quo*, absolvió a la empresa de los demás cargos y condenó al 50% de las costas de la primera instancia.

El apoderado del actor interpuso recurso de casación contra el fallo anterior, que le fue concedido por el Tribunal. Admitido y tramitado legalmente, se va a decidir, teniendo en cuenta la demanda y el escrito de oposición.

EL RECURSO

Alcance de la impugnación.

Persigue la casación total del fallo recurrido, para que la Corte, convertida en Tribunal de instancia, condene a la sociedad demandada a pagar al actor las sumas de dinero que ordenó pagar el Juez *a quo*.

Con base en la causal 1ª del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, presenta seis cargos contra la sentencia del Tribunal. La Sala los estudiará en el orden en que han sido presentados, pero en forma conjunta, por lo que respecta a los tres primeros.

PRIMER CARGO

Acusa la sentencia de violación indirecta del artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo por aplicación indebida, a consecuencia de los errores de hecho en que incurrió el Tribunal por haber apreciado equivocadamente unas pruebas y haber dejado de apreciar otras. Como pruebas apreciadas equivocadamente señala: a) La certificación del folio 3; b) La declaración de Gerard Villar, folios 34, 35 y 36, y c) La historia clínica del demandado, folio 59.

Dice que el error de hecho consiste en no dar por demostrado, estándolo, que el actor prestó sus servicios a la empresa desde el 20 de febrero de 1953 hasta el 14 de mayo de 1954.

Para demostrarlo, dice que el Tribunal al computar el auxilio de cesantía, sólo tuvo en cuenta el tiempo trabajado por el demandante desde el 20 de febrero de 1953, hasta el 5 de febrero de 1954, siendo que trabajó, hasta el 14 de mayo del mismo año, como aparece demostrado de las pruebas que señala como equivocadamente apreciadas.

SEGUNDO CARGO

Acusa la sentencia de ser violatoria, por infracción directa, del artículo 53, en concordancia con el 249, del Código Sustantivo del Trabajo.

En el desarrollo del cargo, dice el recurrente que de conformidad con el artículo 53 mencionado, los períodos de suspensión del contrato de trabajo pueden descontarse por el patrono al liquidar vacaciones, cesantía y jubilaciones, pero que la suspensión sólo tiene lugar en los casos enumerados taxativamente en el artículo 51, por lo que cualquiera otra interrupción de labores no autoriza al patrono para descontar su tiempo al liquidar las referidas prestaciones. Agrega, que como el *ad quem* descontó el período com-

prendido entre el 5 de enero y el 14 de mayo de 1954, al liquidar el auxilio de cesantía, violó, por infracción directa, los artículos 53 y 249 del Código Sustantivo del Trabajo.

TERCER CARGO

Dice que la sentencia del Tribunal es violatoria de los artículos 186 y 189 del Código Sustantivo del Trabajo, y del artículo 7º del Decreto 617 de 1954, en concordancia con el artículo 53 del Código Sustantivo del Trabajo, por infracción directa.

En el desarrollo del cargo repite las consideraciones hechas en el anterior en cuanto a los casos de suspensión (artículo 53 del Código Sustantivo del Trabajo) y agrega que la ley, no permite al patrono, para liquidar vacaciones, descontar los períodos en que el trabajador no ha laborado por estar incapacitado a causa de enfermedad. Que como el Tribunal hizo esos descuentos, violó las normas que señala, por infracción directa, por lo que se debe casar, en este punto, la sentencia.

SE CONSIDERA:

Los cargos que se estudian conjuntamente, se dirigen a obtener el desquiciamiento de la sentencia por estimarla violatoria de las normas sustanciales atinentes al reconocimiento de los derechos de vacaciones y cesantía que corresponden al trabajador. Al decidir sobre estos extremos de la demanda, el Tribunal, con base en las estipulaciones contenidas en el contrato de trabajo celebrado entre las partes, estimó que, de acuerdo con las funciones desempeñadas por el demandante, su relación jurídica estaba regida por las normas señaladas en el Código para los trabajadores de la construcción, por lo que, aplicó el régimen especial de que trata el Capítulo VII del Título 9º, Primera Parte, del Código Sustantivo del Trabajo, y no las normas generales que rigen para los trabajadores comunes. Dijo, al respecto, el sentenciador:

"El señor Jean Serafín de acuerdo con el contrato escrito de trabajo que obra en autos (folios 11 a 13) laboró como trabajador de la construcción al servicio de la empresa demandada, y como tal, sus prestaciones y vacaciones deben liquidarse de acuerdo con el artículo 310 del Código Sustantivo del Trabajo, literales a) y b)". Y con aplicación de estos preceptos legales, liquidó lo correspondiente a cesantía y vacaciones.

Ahora bien: ocurre que en los tres cargos el recurrente parte del supuesto equivocado de que para el Tribunal la relación jurídico-laboral del demandante, en cuanto a cesantía y vacaciones, estuvo regida por las normas de carácter general contempladas en el Código de la materia para los trabajadores comunes, por lo que se limita a señalar como violadas las disposiciones contenidas en los artículos 249, 186 y 189 del Código Sustantivo del Trabajo y 7º del Decreto 617 de 1954, en relación con el artículo 53 del Código Sustantivo del Trabajo, pero con olvido de las disposiciones legales que aplicó el *ad quem,* al decidir el negocio. De esta suerte, la proposición jurídica planteada, resulta incompleta, lo que hace innecesario detenerse más en el examen y estudio de las acusaciones, puesto que la deficiencia anotada, no puede ser suplida por la Corte, en sede de casación. Por lo expuesto, los cargos no prosperan.

CUARTO CARGO

Dice el recurrente:

"Acuso la sentencia del honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, de violación del artículo 60 de la Ley 63 de 1936 que subrogó el artículo 568 del Código Judicial, de violación del artículo 597 del Código Judicial, ambos como infracción de medio, en concordancia con el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, violado en forma indirecta, como consecuencia de los evidentes errores de hecho en que incurrió el honorable Tribunal por haber apreciado erróneamente unas pruebas y dejado de apreciar otras".

Como pruebas erróneamente apreciadas indica: a) Planillas de folios 125, 126 y 127; b) Documentos de folios 119 a 123. Como pruebas dejadas de apreciar señala: a) Contrato de trabajo de folios 11 a 13; b) Certificado de folio 3; c) Certificados de folios 2 y 29; y d) Declaración del señor Gerard Villar de folios 35 y 36 de los autos.

Puntualiza los errores de hecho, así:

a) Dar por demostrado, sin estarlo, que la empresa demandada pagó al actor la prima de servicios correspondientes al tiempo trabajado;

b) No dar por demostrado, estándolo, que el demandante prestó sus servicios a la empresa desde el 20 de febrero de 1953 hasta el 14 de mayo de 1954, y que por lo tanto tiene derecho a la prima correspondiente a los dos semestres de 1953 y primero de 1954, en proporción al tiempo servido en cada semestre.

Para sustentarlo, el recurrente critica la forma como se realizó la diligencia de inspección ocular practicada por el Tribunal, para negarle valor

probatorio a lo que llama las "planillas", que obran a folios 125 a 127, por estar "sin firma alguna" del demandante ni de "ninguna otra persona" y porque los datos que allí aparecen no se tomaron de los libros de contabilidad de la empresa. Dice que no se puede alegar válidamente que tales "papeles" sirvan para demostrar el pago de la prima de servicios que demanda el trabajador, y que, aun en el supuesto de que esos documentos tuvieran algún valor probatorio, en el caso de autos no podían estimarse así, como lo hizo el Tribunal, porque la demandada no pagó los honorarios fijados por el Juez a los testigos actuarios en la diligencia de inspección ocular, pues no existe prueba de ese pago, allegada al juicio. Que el proceder del *ad quem,* infringe la prohibición contenida en el artículo 60 de la Ley 63 de 1936 que sustituyó al 568 del Código Judicial, y que por ese medio se llegó a la violación del artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo. Agrega, finalmente, que aun en el caso de darle "pleno valor probatorio" a los documentos mencionados, "tampoco era motivo para absolver a la demandada del pago de la prima de servicios", pues que si se examinan dichas "planillas" en relación con el salario devengado y el tiempo servido, según consta del contrato de trabajo, de los certificados y del testimonio que se cita en el cargo, como pruebas dejadas de apreciar, en el peor de los casos la empresa saldría a deberle al trabajador la suma de $ 463.46, por el concepto indicado.

SE ESTUDIA EL CARGO:

El Tribunal, al resolver este punto, dijo: "Prima de servicios. De acuerdo con la inspección ocular practicada en la segunda instancia (folios 125 a 127), aparece demostrado que la empresa demandada le pagó al actor las primas de servicio correspondientes al tiempo trabajado. En estas circunstancias la petición sobre el pago de las primas de servicio deberá ser negada".

La inspección ocular la decretó oficiosamente el Tribunal y debía efectuarse "sobre los libros y papeles de la empresa para establecer los hechos de la contestación de la demanda", y "a constatar todas las sumas recibidas por el actor" según rezan las providencias en que así se dispuso (folios 114 a 115 y 124 del cuaderno principal). Al practicarse la diligencia, consta del acta respectiva, que el apoderado de la empresa presentó unas planillas, de las cuales se tomaron y extractaron los datos que interesaban para el caso de autos (folios 125, 126 y 127), que constituyen los hechos o circunstancias observados por el Juez y que, por tanto, no pueden considerarse como documentos distintos de esa pieza. De acuerdo con el contenido del acta, la empresa pagó al demandante Jean Serafín, por prima de servicios, las siguientes cantidades de dinero: por 4 meses 11 días del primer semestre de 1953, $ 185.50. Por 184 días en el segundo semestre del mismo año, $ 290.47. Y por 181 días en el primer semestre de 1954, $ 231.98. Ningún otro hecho que pudiese desvirtuar lo referente al pago mencionado, resulta establecido de esa diligencia. Tampoco se hizo reclamo u objeción alguna por el apoderado del trabajador, que asistió a la inspección ocular, tendiente a consignar su inconformidad o protesta por lo que aparece como observado directamente por el Juez.

De esta suerte, y, en el entendimiento de la Sala de que la prueba señalada por el impugnador como erróneamente interpretada, es el acta de la mencionada diligencia, y, más concretamente las constancias que obran de folios 125 a 127, se concluye que no fue equivocada la estimación hecha por el Tribunal, al afirmar en la sentencia, que la demandada pagó al actor el valor correspondiente a la prima de servicios por el tiempo reclamado.

Los documentos que obran de folios 119 a 123 del cuaderno principal, indicados en el cargo como mal apreciados, son: a) Certificación dada por el Banco de Colombia, Agencia de Belencito, en la que aparece que la empresa Construcciones Tissot y Cía. Ltda., constantemente dirigía comunicaciones al Banco para la apertura de cuentas corrientes a sus empleados, acreditando las mismas para efectuarles el pago de sus sueldos; y que entre esas personas figuró Jean Serafín, a quien también se le abrió y acreditó una cuenta de esa clase, en las fechas y por las cantidades que allí se detallan.

b) El documento de folio 122, contiene una relación, sin firma alguna, que se encabeza con el siguiente epígrafe: "Detalle de los salarios pagados a Jean Serafín durante el tiempo que trabajó con Construcciones Tissot y Cía. en el montaje de las Acerías de Paz del Río S. A. (Belencito)". En él se hace una descripción de distintos pagos por fechas y cantidades, indicándose el concepto, únicamente en cuanto respecta a prima de servicios. Aparece de ese escrito, como pagado al demandante, por prima de servicios, las siguientes cantidades: por el primer semestre de 1953, $ 185.50; por el segundo semestre del mismo año, $ 290.47; y, por el primer semestre de 1954, $ 231.98.

c) El documento del folio 123 es del siguiente tenor: "Recibí del señor Rafael Sánchez Castillo, portador de la ficha de trabajo número 5536 de

la empresa Siderúrgica Nacional de Paz del Río en Belencito, la cuenta de liquidación del señor Jean Serafín de nacionalidad francesa, con ficha número 4118 junto con su respectivo cheque por valor de ochocientos cincuenta y dos pesos con noventa y cuatro centavos, por cuenta de la firma Construcciones Tissot & Compañía. Nobsa, julio 31 de 1954. (Firmado), El Alcalde, *José Cacua Díaz*". Los documentos que se dejan relacionados fueron presentados por el apoderado de la empresa en el acto de la diligencia de inspección ocular, y ordenados agregar al expediente, según consta del acta respectiva. El Tribunal, en la sentencia, ninguna referencia hace a ellos, por lo que si no los tuvo en cuenta, no es posible que resulten equivocadamente apreciados, como afirma el recurrente. Además, aun en el caso de que sí hubieran sido estimados por el sentenciador, tampoco resultaría de ellos ningún elemento idóneo para llegar a una conclusión distinta de la del *ad quem*, en el punto referente al pago de la prima de servicios que reclama el actor. No aparece demostrado el primer error de hecho que se plantea en el cargo.

En cuanto al segundo error de hecho que consiste en no haber dado por demostrado que el trabajador prestó sus servicios a la demandada desde el día 20 de febrero de 1953, hasta el 14 de mayo de 1954, y por tanto, con derecho a las primas correspondientes al primer semestre proporcional de 1953, al segundo semestre del mismo año y al primer semestre proporcional de 1954, se observa, lo siguiente: el Tribunal no desconoció el derecho del demandante al pago de la prima de servicios durante el tiempo que laboró. Simplemente, negó el pago demandado por ese concepto, porque encontró demostrado, con apoyo en la inspección ocular, que la empresa lo había efectuado oportunamente. Con relación a este aspecto de la acusación, señala como dejados de apreciar, el contrato de trabajo que obra de folios 11 a 13; los certificados de folios 2, 3 y 29, que acreditan que el señor Jean Serafín estuvo recluído en el Hospital San Vicente de Duitama y en la Clínica Santo Tomás de Bogotá, entre el 5 de enero de 1954 y el 14 de mayo del mismo año; y, la declaración del señor Gerard Villar, Jefe de Personal de la empresa demandada, que obra a folios 35 a 36. Sin embargo, la realidad procesal demuestra lo contrario a lo afirmado por el recurrente, pues el Tribunal no omitió el estudio y apreciación de esas pruebas, como se observa de los siguientes apartes del fallo: "De autos se hallan establecidos los siguientes hechos: que entre la empresa demandada y el señor Jean Serafín se celebró un contrato de trabajo (folios 11, 12 y 13). En virtud del expresado contrato el señor Jean Serafín se obligó a prestar sus servicios a la citada sociedad como maestro obrero montador por un término de dos años, con un salario fijo de cuatrocientos sesenta pesos mensuales y $ 10.00 diarios por cada día de trabajo, incluyendo los dominicales y festivos, o sea, una remuneración mensual total de setecientos sesenta pesos. El contrato se inició el día veinte (20) de febrero de 1953. El demandante se enfermó y fue internado el día 5 de enero de 1954 en el Hospital de Duitama, en donde permaneció hasta el día 11 de enero del mismo año. Posteriormente fue hospitalizado en la Clínica de Santo Tomás de Bogotá el día 13 de enero de 1954, en donde permaneció hasta el día 14 de mayo de 1954 (folio 59). En la Clínica fue tratado de una psicosis sintomática de forma paranoide y de allí salió en buenas condiciones psíquicas. Al ser interrogado el Jefe de Personal de la empresa si el diez y seis (16) de mayo de 1954, Jean Serafín se presentó ante éste para que lo reintegrara al antiguo cargo, contestó: "...eso sí es posible pero no puedo asegurarlo". Posteriormente agregó que no le daba más trabajo por el peligro que presentaba para él el oficio de montador (folio 35 vuelto). Con la declaración anterior no se puede establecer a ciencia cierta si el trabajador fue despedido o no y en qué fechas".

Como se aprecia de lo que se deja transcrito, el sentenciador no pudo incurrir en error, por el concepto de omisión que le atribuye el recurrente, puesto que no dejó de estimar los documentos probatorios que el cargo señala como no apreciados. Siendo esto así, si en realidad existió ese vicio a él habría llegado por comisión, lo que implica necesariamente un planteamiento y demostración diferentes para que el cargo sea viable.

Es de advertir, finalmente, que el artículo 60 de la Ley 63 de 1936, que subrogó al 568 del Código Judicial, y que el recurrente considera como violación de medio para infringir el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, no pudo ser violado por la sentencia del Tribunal, por no ser aplicable al caso controvertido. En efecto, la prohibición contenida en el último inciso de esa norma procesal, en cuanto dispone que no podrá aprobarse ninguna diligencia de avalúos en juicio mortuorio ni tenerse como prueba la que se practique en otro juicio, sin que haya constancia en autos del pago o arreglo satisfactorio de los honorarios periciales, se refiere a una hipótesis legal que no se contempla en este proceso, ya que la diligencia de inspección ocular que se practicó por el Tribunal, se realizó sin el auxilio de peritos, y con la sola intervención de testigos actuarios. La sanción prevista por el artículo 60 de la Ley 63 de 1936, sólo se refiere a

los casos en que se trate de emolumentos de los intérpretes o peritos, pues el derecho a la remuneración que por su trabajo corresponda a estos auxiliares de la justicia, es lo que protege la referida norma, al preceptuar que no se tenga como prueba la diligencia en que ellos intervengan, si no hay constancia en autos del pago o arreglo satisfactorio de sus honorarios. Por todo lo anterior el cargo no prospera.

QUINTO CARGO

Acusa la sentencia de ser violatoria, en forma indirecta, del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, por falta de aplicación, a consecuencia de errores de hecho por la no apreciación o apreciación errada de varias pruebas.

Señala como pruebas no apreciadas: a) Certificado de folios 3; b) Contrato de trabajo de folios 11 y siguientes; c) Historia clínica de folio 59; d) Posiciones absueltas por el Gerente de la entidad demandada, especialmente la pregunta décimaquinta, y e) Certificado del Banco de Colombia de folio 120.

Como pruebas erradamente apreciadas indica la declaración de Gerard Villar de folios 34 vuelto y siguientes.

Dice que los errores consistieron:

a) No dar por demostrado, estándolo, que el actor prestó sus servicios a la demandada desde el 20 de febrero de 1953, hasta el 14 de mayo de 1954;

b) No dar por demostrado, estándolo, que el contrato de trabajo firmado entre las partes tenía un término de duración de dos años;

c) No dar por demostrado, estándolo, que el actor fue despedido por la empresa, y

d) Dar por demostrado, sin estarlo, que no fue despedido.

Para sustentarlo, manifiesta que con el contrato de trabajo de folios 11 a 13, lo mismo que con las posiciones absueltas por el Gerente de la empresa, folios 51 a 56, se comprueba que el trabajador entró a prestar sus servicios a la demandada el día 20 de febrero de 1953, con un sueldo de $ 760.00 mensuales; que con el certificado expedido por la Clínica Santo Tomás, que obra al folio 3, se desprende que aquél estuvo hospitalizado en ese establecimiento de salud desde el 13 de enero hasta el 14 de mayo de 1954; y, que, el despido del trabajador el día 18 de mayo se deduce de la declaración del señor Gerard Villar, folios 34 a 36, de la que transcribe algunos apartes. Agrega que de las posiciones absueltas por el señor Pierre Prauziol, Gerente de la empresa, especialmente de la respuesta dada a la pregunta décimaquinta del pliego respectivo, también resulta demostrado el despido. Suponiendo en vía de discusión, que el 18 de mayo no se hubiera operado el despido, habría que concluír que lo fue el día 12 de julio de 1954 "que fue la fecha hasta la cual le pagaron salarios, de acuerdo con el certificado expedido por el Director del Banco de Colombia (Agencia de Belencito) de fecha primero de diciembre de 1955, el cual obra al folio 121 de los autos".

SE CONSIDERA:

En el planteamiento y desarrollo de este cargo, incide el recurrente en los mismos defectos que se le anotaron al hacer el examen del anterior. En esa oportunidad se transcribieron apartes del fallo impugnado, de los que se concluye, sin lugar a duda, que la actividad del Tribunal al efectuar el análisis y estimación probatorias, comprendió el de los documentos que en este cargo vuelve a señalar el recurrente como dejados de apreciar. Si tal defecto de omisión, no puede predicarse respecto de esos documentos, precisa concluír, que si acaso el *ad quem* erró en su juicio, no pudo serlo por falta de apreciación de las pruebas que indica la acusación.

Respecto a la errónea apreciación del testimonio del señor Gerard Villar, que obra de folios 34 a 36, el Tribunal, después de analizarlo, dijo lo siguiente: "Con la declaración anterior no se puede establecer a ciencia cierta si el trabajador fue despedido o no y en qué fecha". Ahora bien, como el mismo recurrente acepta, el hecho del despido del trabajador, y principalmente la fecha en que éste pudo efectuarse, no resultan lo suficientemente demostrados, con claridad y precisión, del solo testimonio del Jefe de Personal de la empresa, Gerard Villar. Siendo esto así, para que la Sala pudiese modificar la apreciación del Tribunal, habría sido necesario enfrentar al juicio del sentenciador otros elementos de convicción probatoria, de los cuales resultase sin lugar a dudas, un aserto contrario a lo sostenido en el fallo. Ello se habría conseguido, posiblemente, si el impugnador no hubiese incurrido en el defecto anotado de indicar como dejadas de apreciar, pruebas que en realidad sí fueron estimadas por el sentenciador.

El cargo no prospera.

SEXTO CARGO

Afirma el impugnador, que la sentencia violó indirectamente el artículo 65 del Código Sustan-

tivo del Trabajo, a consecuencia de errores de hecho en que incurrió el Tribunal por la errada apreciación o falta de apreciación de ciertas pruebas.

Indica como pruebas no apreciadas: a) Planillas de folios 125 a 127; b) Documento de folios 71, y c) Documento de folio 123. Agrega, que los mismos documentos fueron también erradamente apreciados.

Como en los cargos anteriores, hace un análisis de las pruebas y concluye que la empresa no pagó la totalidad de las prestaciones, salarios e indemnizaciones, por lo cual se hizo acreedora a la sanción establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, el que fue violado indirectamente por el *ad quem*.

SE CONSIDERA:

De la simple lectura del cargo que se estudia, se comprende que su planteamiento no puede conducir a ningún resultado positivo, pues está estructurado sobre una tesis contradictoria, cual es la de afirmar que el Tribunal incurrió en error de hecho, que no concreta ni precisa, como consecuencia de haber apreciado equivocadamente las pruebas que en él se indican, y, al propio tiempo, por haberlas dejado de apreciar. Las modalidades expresadas, suponen una actividad diferente dentro del proceso lógico-jurídico que debe efectuar el sentenciador al proferir su decisión, y según sea uno y otro el defecto de valoración probatoria que se le atribuya, distinto debe ser su ataque en casación, pues cada uno obedece a causas distintas y tiene diversos fundamentos. El defecto anotado imposibilita el examen del cargo, pues no corresponde a la Corte optar entre una u otra de las premisas contrarias en que se sustenta, ya que, por el antagonismo que ellas presentan, se excluyen recíprocamente.

El cargo no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo; Antonio Del Castillo, Conjuez. *Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.*

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO

Manifestación del motivo de la terminación. Prosperan en parte los cargos planteados. El promotor de la demanda principal alegó haber sido despedido sin justa causa, y el demandado sostuvo haber tenido fundamento legal para ello.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

No son legalmente valederas las razones dadas para el despido después de que éste se realizó, puesto que según las voces del artículo 66 del Código Sustantivo del Trabajo, el patrono tiene obligación de expresar la razón del despido del trabajador en el momento de la extinción del contrato, salvo en el caso de que exista cláusula de reserva, la que sólo tiene validez si fue consignada por escrito.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE CASACION LABORAL.—Bogotá, D. E., marzo trece de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Roberto De Zubiría C.).

Ante el Juzgado Segundo (2º) del Círculo del Trabajo de Manizales, por conducto de apoderado, Fernando Calle Valencia instauró juicio ordinario laboral contra Daniel Zuluaga A., para que, previa la tramitación correspondiente y la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo, fuese éste condenado a pagarle las siguientes cantidades: $ 2.025.00 por concepto de comisiones debidas hasta la fecha del despido; $ 1.816.16 por concepto de plazo presuntivo o, en subsidio, el valor del preaviso de 45 días; $ 544.50 por concepto de prima de servicio; por concepto de cesantía $ 420.00; por concepto de accidente de trabajo $ 3.000.00; por concepto de salarios indemnizatorios hasta la fecha (abril 25 de 1957, se subraya), por el no pago oportuno de las cantidades anteriores, $ 23.000.00. Finalmente solicitó que se condenara al demandado a pagar, en subsidio, el valor que resultara de la liquidación verificada por el Juzgado y las costas del juicio.

Para fundamentar las peticiones se relataron los siguientes hechos:

"*Primero.* El señor Fernando Calle fue trabajador del demandado Zuluaga. Entró al servicio bajo su continuada dependencia y mediante remuneración como agente viajero, vendedor de los productos de la Fábrica de Confites y Café "Zuisa" de propiedad del patrono, contrato que se pactó desde el primero de febrero de 1955.

"*Segundo.* El salario del trabajador consistía en comisiones por concepto de las ventas realizadas en el sector o zona que tenía a su cargo dentro del Departamento. Durante el tiempo que estuvo al servicio del señor Zuluaga, devengó por comisiones en las ventas la suma de $ 4.720.00 moneda corriente, resultándole un salario mensual de $ 1.089.00.

"*Tercero.* El día 21 de junio del mismo año, el señor Fernando Calle fue despedido del servicio sin justa causa y sin haberle liquidado todos los valores que causó y le causa a deber. No se le dio ni pagó el preaviso de rigor cuando se quiere dar por terminado el contrato de trabajo; ni se le pagó el valor de los salarios pendientes, pues, por este concepto se le quedó a deber el valor de las comisiones de 450 cartones, a razón de $ 4.50 cada cartón, dando un total de $ 2.025.00. Tampoco el patrono tuvo en cuenta el término presuntivo del contrato verbal celebrado, incurriendo en el artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo, ni se le pagó las demás prestaciones, como cesantía, primas de servicio y los perjuicios de todo orden que sufrió al servicio del señor Zuluaga.

"*Cuarto.* El día 8 de mayo de 1955, cuando realizaba la correría Chinchiná-Palestina, dando la vuelta por 'La Rochela'—'La Cabaña', y en el sitio cerca del establecimiento de don Ramón Hoyos, se accidentó en el vehículo de la misma empresa, sufriendo lesiones que le ocasionaron un gasto al trabajador de más de $ 3.000.00, suma ésta que no reconoció el señor Zuluaga.

"*Quinto.* El demandado señor Daniel Zuluaga A. es deudor hasta la fecha de los salarios pendientes, prestaciones sociales y demás perjuicios a que tiene derecho el empleado por razón del contrato de trabajo que ligó a las dos partes de acuerdo con los hechos anteriores".

En derecho se citaron los Decretos números 2663 y 3743 de 1950 y 905 de 1951 (Código Sustantivo del Trabajo) y en procedimiento el Decreto número 2158 de 1948.

La parte demandada, corrido el traslado de rigor, dio respuesta a la anterior demanda también por medio de apoderado, oponiéndose a que se hicieran las declaraciones solicitadas y además propuso las siguientes excepciones: justa causa para despedir, vencimiento del término presuntivo del contrato de trabajo, pago por consignación, inexistencia de la obligación por pago de comisiones debidas e inexistencia de la obligación por pago o indemnización por accidente de trabajo. En cuanto a los hechos se refirió a ellos en la siguiente forma:

"*Al hecho primero.* Es cierto, que fue viajero de mi poderdante, la fecha de ingreso se desprenderá del examen de libros, ya que el contrato fue verbal.

"*Al hecho segundo.* Es cierto que recibía comisión por la venta, pero debe demostrar la cantidad vendida.

"*Al hecho tercero.* Este hecho comprende varios así: a) El actor devengaba una comisión por las ventas; b) Estaba en la obligación de entregar a mi poderdante los dineros producto de las ventas; c) No estaba autorizado para disponer de los dineros antes mencionados. No obstante lo anterior el actor se gastó parte de los dineros que recibió de tales ventas, por lo cual le fue llamada la atención en oportunidad; d) Calle de acuerdo con la contabilidad llevada por el demandado se gastó en esta forma la suma de $ 986.04.

"*Al hecho cuarto.* No es cierto, como está redactado. En la demanda de reconvención se plantearán los hechos como sucedieron, para que se deduzca la responsabilidad.

"*Al hecho quinto.* No es cierto, por el contrario el actor quedó a deber a mi representado considerables sumas de dinero. Fuera de lo anterior, ya separado de la empresa, el actor cobró y se guardó para sí, lo que parece un abuso de confianza que decidirá la justicia, las siguientes sumas: a) A Antonio J. Molina, de Manizales, $ 61.50; b) A Francisco Salazar, de Aranzazu, $ 84.00; c) A Rafael Alzate, carrera 24 número 18-07, $ 15.25; y d) A Alfonso Rojas (Tienda 'La Palmera La Cabaña'), $ 20.00 fuera de las sumas que el demandado no haya tenido conocimiento".

A su vez, la parte demandada mediante apoderado formuló demanda de reconvención contra el promotor del juicio Fernando Calle Valencia, a fin de que éste fuese condenado a pagar las siguientes cantidades: $ 2.500.00 como valor de la reparación que se hizo necesaria en la camioneta marca G. M. C., modelo 1955, por los daños ocasionados en el accidente de tránsito acaecido el día 8 de mayo de 1955; $ 700.00, valor de un amplificador destruído en el mismo accidente; $ 986.04, por concepto de sumas que el trabajador "se apropió o que dispuso, provenientes de los dineros que recibía de los clientes y provenientes de las mercancías que vendía como agente viajero de la empresa" y, $ 180.75 por concepto de dineros que el trabajador "abusivamente cobró a deudores de la fábrica..." Igualmente solicitó las costas del juicio. No se citaron normas sustantivas laborales.

Los hechos de la demanda de reconvención se pueden resumir así: Que mediante contrato verbal celebrado con Daniel Zuluaga, el señor Fernando Calle Valencia ingresó como agente-vendedor de los productos "Zuisa" devengando una comisión de $ 4.50 por la venta de cada cartón; que para viajar se le suministró una camioneta modelo 1955 que, por prohibición expresa, mientras no fuera para el servicio de la empresa no podía utilizar para servicios particulares; que no obstante tal prohibición, el trabajador sacó el mencionado vehículo y se fue a pasear con la señora, la suegra y otras personas, el día domingo 8 de mayo de 1955, día de la Madre, para lo cual no pidió permiso del patrono lo que quiere decir que procedió abusivamente; que sin que el patrono hubiera presenciado las causas, algunas personas le informaron que Calle, en estado de embriaguez, estrelló el vehículo y lo que sí fue cierto es que éste resultó estrellado dicho día, arriba de "La Cabaña". Que la reparación del vehículo accidentado costó la suma de $ 2.500.00 y el valor del amplificador del mismo, que tuvo que comprarse nuevo, fue de $ 700.00, "cantidades éstas que debe pagar quien dañó el vehículo, habiéndolo tomado abusivamente". Que el señor

Calle no estaba autorizado para gastarse los dineros que recibiera como producto de las ventas y no obstante lo anterior, al presentar las cuentas no entregaba el dinero completo, hecho sobre el cual oportunamente se le llamó la atención sin ningún resultado, pues en el momento de salir de la empresa se encontraba con un saldo en su contra de $ 986.04 que se anticipó o de que dispuso, lo que debe cancelar. Que una vez separado de la empresa quedaba totalmente desvinculado y por lo tanto no podía recibir dineros de los clientes que correspondían a ella y, sin embargo, recibió varias cantidades que debe reintegrar como sumas indebidamente cobradas y en total ascienden a $ 180.75. Por último, que el señor Calle no se ha presentado a hacer la liquidación de las sumas que quedó a deber, como consecuencia y con motivo del contrato de trabajo que lo vinculó con el señor Daniel Zuluaga.

El apoderado judicial de Fernando Calle Valencia dio respuesta a la anterior demanda de reconvención oponiéndose a las peticiones formuladas, pidió la condenación en costas y respecto de los hechos expresó que algunos debían probarse, reconoció ser ciertos varios de ellos y negó la certeza de otros.

El Juzgado del conocimiento dirimió la litis en fallo de primera instancia de fecha noviembre nueve (9) de mil novecientos cincuenta y siete (1957), cuya parte resolutiva reza de la siguiente manera:

"1º *Se condena* al señor Daniel Zuluaga A. a pagar al señor Fernando Calle V., ambos mayores y vecinos de Manizales, tres días después de quedar legalmente ejecutoriada esta sentencia, la suma de trece mil quinientos diez y nueve pesos con sesenta y un centavos ($ 13.519.61), por concepto de prima de servicios, auxilio de cesantía, indemnización por despido e indemnización por falta de pago oportuno de las prestaciones debidas.

"2º *Se declara parcialmente probada* la excepción de pago por consignación propuesta por el señor apoderado de don Daniel Zuluaga con relación a las prestaciones sociales demandadas por el señor Fernando Calle, de acuerdo con lo que se dijo en la parte motiva.

"3º *Se declaran probadas* las excepciones de: 'inexistencia de la obligación de pagar comisiones debidas e inexistencia de la obligación de pagarle o indemnizarle por accidente de trabajo', que fueron propuestas por el señor apoderado del patrono.

"4º *Se declara sin fundamento* el hecho exceptivo relacionado con la justa causa para despedir y con el vencimiento del término presuntivo del contrato, alegado por el señor apoderado del patrono.

"5º *Se absuelve* al señor Daniel Zuluaga A. de los demás cargos y peticiones que le formula el señor Fernando Calle V. en la demanda con la cual se inició este juicio.

"6º *Se condena* al señor Fernando Calle V. a pagar al señor Daniel Zuluaga A., ambos de las condiciones civiles dichas en el numeral 1º, tres días después de quedar legalmente ejecutoriada esta sentencia, la suma de un mil noventa pesos con cuatro centavos ($ 1.090.04) por concepto de dineros que el trabajador recibió y gastó y está obligado a reintegrar al patrono.

"7º *Se absuelve* al señor Fernando Calle V. de los demás cargos y peticiones que le formula el señor Daniel Zuluaga A. en la demanda de reconvención que ha sido estudiada en este fallo.

"8º Sin costas en esta instancia".

Ambas partes apelaron del proveído de primer grado y llegados los autos a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Manizales, fue desatado el recurso de alzada mediante sentencia fechada el 28 de marzo de 1958, por medio de la cual se confirmaron los numerales 2º, 3º, 5º, 7º y 8º del fallo proferido por el *a quo*, en su parte resolutiva; se confirmó el numeral 1º de la misma en el sentido de que el demandado Daniel Zuluaga debe pagar al actor Calle Valencia la cantidad de $ 964.50 por concepto de prima y cesantía únicamente, y no se condenó en costas de segunda instancia. En cuanto a los numerales 4º y 6º de dicha parte resolutiva, el *ad quem* resolvió así:

"*Cuarto*. Se revoca el numeral 4º de la sentencia recurrida en cuanto 'se declara sin fundamento el hecho exceptivo relacionado con la justa causa para despedir y con el vencimiento del término presuntivo' y en su lugar se declara que sí hubo fundamento o causa para despedir al trabajador Fernando Calle Valencia, en razón de las consideraciones anotadas en la parte motiva de esta sentencia".

"*Sexto*. Se confirma el numeral 6º, por el cual se condena al señor Fernando Calle Valencia a pagar al señor Daniel Zuluaga A. dentro del término allí estipulado pero con la reforma de que la suma que debe pagar es por $ 260.79, valor a que asciende la diferencia entre el valor de las prestaciones causadas y la suma adeudada por el trabajador. Esta suma de $ 260.79 es pues el valor a que asciende el fallo de esta segunda ins-

tancia a favor de la empresa del señor Daniel Zuluaga y en contra del trabajador Fernando Calle Valencia, conforme lo expuesto anteriormente".

El procurador judicial de la parte demandada Daniel Zuluaga A. solicitó aclaración por error aritmético de la sentencia proferida por el *ad quem* y éste accedió a la petición reformando el numeral 6º antes transcrito "en el sentido de que la suma que debe pagar Fernando Calle Valencia en favor del señor Daniel Zuluaga, de que trata el numeral 6º de la parte resolutiva de dicho fallo, es por setecientos sesenta y dos pesos con cuarenta y seis centavos ($ 762.46), de conformidad con lo anotado en la parte motiva de esta providencia".

Contra la providencia del Tribunal en que hubo salvamento de voto, interpuso recurso extraordinario de casación el mandatario judicial de la parte demandante principal. Concedido el recurso, fue admitido y tramitado por esta Sala de la Corte y pasa ahora a decidirlo previo estudio del escrito que lo sustenta y del de oposición presentados oportunamente.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION:

Lo presenta la parte recurrente en los siguientes términos:

"Este recurso se encamina a obtener de la honorable Corte la casación parcial de la sentencia recurrida, para que se revoque en sus numerales 1º y 4º, y en su lugar se confirme el fallo de primera instancia en los correspondientes numerales 1º y 4º, y además se reforme el numeral 6º, corregido o aclarado por el Tribunal, en el sentido de establecer la compensación en forma real".

Con invocación de la causal primera del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo, el recurrente expone dos cargos, uno principal y otro subsidiario, que pasa a examinar la Sala.

PRIMER CARGO

Está enunciado así:

"Violación indirecta de los artículos 62, 66; 47, 64; 65; 59 y 149 del Código Sustantivo del Trabajo, por error en la apreciación de la prueba testimonial, confesión y documentos".

Las pruebas sobre las cuales se hace recaer el error de hecho son las siguientes: declaración de Oliva Cardona; posiciones absueltas por el demandado Daniel Zuluaga y por el actor Fernando Calle; las manifestaciones contenidas en el acta de consignación y en los escritos de contestación de demanda y demanda de reconvención.

El impugnador hace un detenido examen de cada una de las pruebas acusadas como indebidamente apreciadas o dejadas de apreciar y llega a la conclusión de que el *ad quem* incurrió en un evidente error de hecho, pues no hubo causal justificativa del despido de Calle y, por consiguiente, él es acreedor al reconocimiento del lucro cesante por despido injusto, así como también a los salarios por indemnización moratoria.

De otra parte, las razones dadas por el Tribunal para no haber accedido a la petición por indemnización de perjuicios ni a la de sanción moratoria consisten en que "durante las correrías gastaba (Calle) no sólo el valor correspondiente a su comisión, sino el equivalente a las mercancías o por lo menos parte; tanto es así que esa fue la causa que determinó el despido"; y a que el demandado consignó el valor de las prestaciones sociales de Calle apareciendo que obró de buena fe.

SE CONSIDERA:

Como primera medida, debe estudiar la Sala si el demandado cumplió con lo previsto en el artículo 66 del Código Sustantivo del Trabajo, es decir, si manifestó en el momento de la terminación del contrato la causal o motivo que dio lugar a esa determinación. Consta en autos que el contrato se celebró verbalmente, luego no puede hablarse de cláusula de reserva porque esta estipulación debe consignarse en el contrato escrito de trabajo. De manera que según las voces del citado artículo, el patrono tenía la obligación de expresar la razón del despido de Calle. Y sucede que no hay dato procesal alguno que acredite que ciertamente el demandado, al tiempo de la extinción contractual, cumplió con el anotado requisito. Ninguna de las pruebas allegadas al informativo sirve para demostrar tal hecho. Todas ellas se refieren a eventuales irregularidades de Calle antes de la terminación del contrato o con posterioridad a la misma, pero ninguna precisa cuál fue la causal aducida para su despido.

Así las cosas, no cabe duda que el demandado no se ajustó a lo preceptuado por el artículo 66 referido y, por consiguiente, no son legalmente valederas las razones dadas para el despido después de que éste se realizó. Por este aspecto, pues, se ha configurado igualmente la violación del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo y, por lo mismo, habrá de casarse la sentencia

acusada para ordenar el reconocimiento de la indemnización por lucro cesante.

Resta examinar la exoneración de la sanción moratoria decretada por el Tribunal. Sobre el particular, el proceso suministra los siguientes elementos de juicio: que el demandante trabajó por espacio de seis meses y quince días, en una relación laboral que se prolongó desde el 15 de febrero de 1955 hasta el 30 de agosto del mismo año; aparece asímismo que la demanda de Calle fue presentada el 25 de abril de 1957 y notificada personalmente el 15 de mayo siguiente y, además, que la consignación de prestaciones sociales la efectuó el demandado el 16 de mayo citado, es decir, al día siguiente de la notificación de la demanda principal.

Observa la Sala que la argumentación del recurrente se reduce a atacar la consignación de prestaciones sociales por hallarla irregular y a sostener que por este error de valoración probatoria el Tribunal incurrió en violación indirecta del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Sin embargo, el enfoque del impugnador no es el acertado porque el problema jurídico que se contempla es sustancialmente ajeno a cuestiones de hecho. Se trata, por encima de cualquiera otra consideración, de que se le ha hecho producir a la norma acusada efectos que van mucho más allá de los queridos por la ley. En verdad, siendo así que el poder liberatorio de la consignación de prestaciones sociales sólo puede producir resultados hacia el futuro, el sentenciador superando los límites del precepto lo aplicó a situaciones anteriores a dicho acto, cuando éste aún no se había ejecutado. Hubo, pues, aplicación indebida del artículo 65 pero no por el concepto de infracción indirecta sino por la modalidad del quebrantamiento directo, ya que se le hizo surtir a la norma efectos distintos a los en ella previstos. De modo que como la acusación no se planteó en la forma adecuada, este aspecto del cargo no prospera y habrá de mantenerse la decisión impugnada.

SEGUNDO CARGO

Tiene el carácter de subsidiario y persigue el reconocimiento de la "indemnización por despido ilegal". Como este aspecto de la acusación ya fue acogido en el cargo anterior, considera la Sala que no es necesario estudiarlo, según lo dispone el artículo 538 del Código Judicial.

—

En mérito de las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida en cuanto por el ordinal primero (1º) de la parte resolutiva absolvió al demandado de la condena por lucro cesante y, en su lugar, obrando como Tribunal de instancia, CONFIRMA la decisión del fallo de primer grado por el mismo concepto, que asciende a la suma de dos mil setecientos setenta y siete pesos con veintiocho centavos ($ 2.777.28) moneda corriente. NO LA CASA en lo demás.

Sin costas en el recurso.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto De Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

IMPUGNACION, POR PRETENDIDOS ERRORES DE HECHO, CONTRA UNA SENTENCIA QUE CONDENO AL PATRONO AL PAGO DE CIERTAS PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES

En vano alegó el demandado tener la calidad de simple intermediario y no la de patrono del trabajador. Indemnización moratoria.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE CASACION LABORAL.—Bogotá, D. E., catorce de marzo de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Luis Fernando Paredes A.).

Ante el Juez del Trabajo del Círculo Judicial de Ibagué, Primitivo Vera Gutiérrez instauró juicio ordinario laboral, por medio de apoderado, contra Luis Enrique Escobar Casas, para que por sentencia definitiva fuese condenado al pago de salarios, cesantía, vacaciones, prima de servicios, preaviso, dominicales y festivos, indemnización por mora y costas del juicio.

De los fundamentos de hecho de la demanda se sintetiza lo siguiente:

Que mediante contrato verbal, trabajó al servicio del señor Luis Enrique Escobar Casas, desde el 6 de julio de 1946 hasta el 15 de mayo de 1956, como administrador de la Hacienda "El Tostado", ubicada en jurisdicción de Cajamarca (T.); que devengaba un sueldo de $ 150.00 mensuales y las labores que ejecutaba eran todas las relacionadas con la administración de la citada hacienda, como el atender a la recolección de cosechas, cuidado de animales y sembrados, etc.; que el 15 de mayo de 1956 se separó del empleo, debido a que el demandado no le pagaba sueldos ni ninguna clase de prestación social; que poco después de haberse separado, el patrono lo buscó y contrató nuevamente para el mismo cargo, por lo cual arreglaron por $ 5.000.00 el valor de los sueldos que hasta entonces le debía (incluyendo en la anterior suma el valor del café que le correspondía de un cafetal que el demandado le había dado en compañía y del cual éste había dispuesto sin entregarle el dinero de su parte), pero que dicha suma tampoco ha sido cancelada; que en vista de los ofrecimientos anotados, volvió a trabajar en la citada hacienda, pero que se vio obligado a retirarse, por cuanto el demandado siguió negándose al pago de sueldos y que por este concepto le debe la suma de $ 2.908.00 correspondientes al segundo período de servicios, y, que además de la anterior suma, el demandado le debe todas las prestaciones e indemnizaciones sociales correspondientes a todo el tiempo de servicio como administrador de la hacienda "El Tostado" o sea 9 años y 10 meses.

En derecho, la demanda se funda en las "disposiciones pertinentes del Código Sustantivo del Trabajo", en el Código de Procedimiento Laboral "y demás disposiciones legales que sean del caso".

Luis Enrique Escobar Casas dio respuesta a la demanda por medio de apoderado, el cual, en el escrito correspondiente se opuso a las peticiones del actor, negó los hechos y propuso las excepciones de "ilegitimidad sustantiva y adjetiva en la personería del demandado", pago y prescripción.

El Juzgado del conocimiento puso término al litigio por sentencia de 11 de mayo de 1957, cuya parte resolutiva condena al demandado Escobar Casas, a pagar al actor la suma de $ 1.777.38, por los conceptos de cesantía, vacaciones y prima de servicios (numeral 1º); declara "la existencia de la excepción perentoria temporal de declinatoria de jurisdicción, en todo lo que se refiere al ordinal 1º de las peticiones de la demanda" y, en consecuencia, absuelve al demandado de lo solicitado en dicho punto (salarios); condena en costas a la parte vencida; y, absuelve al demandado de las demás peticiones del libelo inicial.

Contra la providencia anterior, los apoderados de las partes, interpusieron el recurso de apelación, que en segunda instancia decidió la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué por sentencia de 27 de agosto de 1957, cuya parte resolutiva es como sigue:

"1º Confírmanse las condenaciones hechas por el Juzgado de la instancia en el fallo materia del recurso por los conceptos de cesantía, vacaciones, prima de servicios y costas, con la reforma de que la cesantía no es por la cantidad de mil doscientos noventa y siete pesos con veintiséis centavos ($ 1.297.26) moneda corriente, sino la de mil trescientos catorce pesos con noventa y nueve centavos ($ 1.314.99) moneda corriente.

"2º Se revoca la absolución hecha por el mismo Juez de la instancia por salarios caídos, y en su lugar se condena al demandado a pagar al actor del juicio, Primitivo Vera Gutiérrez, cinco pesos ($ 5.00) diarios desde el 15 de mayo de 1956 hasta que se verifique el pago de las obligaciones a que se ha condenado al demandado Luis Enrique Escobar Casas.

"3º Se confirma el fallo en cuanto absolvió al demandado a pagar dominicales y festivos y preaviso.

"4º Igualmente se confirma la declaración del Juzgado sobre la existencia de la excepción *perentoria temporal de declinatoria de Jurisdicción,* en todo lo que se refiere al ordinal 1º, de las peticiones de la demanda.

"5º Sin costas en esta instancia".

La parte demandada interpuso el recurso de casación contra el fallo del Tribunal, que le fue concedido. Admitido y tramitado en legal forma el recurso, la Corte pasa a decidirlo, teniendo en cuenta la demanda y el escrito de réplica.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Al final de la demanda, lo presenta así:

"La presente demanda de casación, como ha quedado expresado al formular los cargos, está encaminada a que, mediante la prosperidad del primero de ellos, sea casada totalmente la providencia impugnada, revocado el fallo del *a quo* y absuelto el demandado de todos los cargos que le fueron formulados en el libelo de demanda que dio origen al presente litigio.

"Subsidiariamente se pretende, en caso de que el primero de los cargos formulados no llegase a prosperar y mediante la prosperidad del segundo de ellos, el quebrantamiento parcial del fallo recurrido a fin de que sea revocado el numeral segundo de la parte resolutiva de dicho fallo y en su lugar se absuelva de la indemnización por mora en el pago de salarios y prestaciones a mi representado".

Sin indicar la causal de casación en que se basa, presenta dos cargos contra la sentencia recurrida, el uno como principal y el otro como subsidiario. Se infiere de los mismos, que se apoya en la causal primera, prevista por el artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral.

PRIMER CARGO

Lo presenta así:

"Se acusa el fallo impugnado, por violación indirecta, a través de error de hecho que aparece de manifiesto en los autos, de los artículos 24, 35, 186 a 191, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, al haber dado aplicación a dichas disposiciones sin que hubiese lugar a ello; y del artículo 35 de la misma obra al no haberlo aplicado cuando era el caso de hacerlo".

Dice que el error de hecho en que incurrió el Tribunal se debió a la falta de apreciación del certificado de folios 46 vuelto y siguientes, y a la deficiente apreciación del pliego de posiciones (respuesta a la 1ª pregunta) absueltas por el demandante, que obra al folio 34 vuelto.

Afirma que el error de hecho consistió en haber considerado demostrada la existencia de un contrato verbal de trabajo entre las partes, siendo que el demandado era un simple intermediario, en su calidad de administrador de una finca de propiedad de su padre Félix María Escobar. Luégo de citar el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo y extractar su contenido, manifiesta que en autos está demostrado que el demandado aparecía "como empresario" de un trabajo que se realizaba en la finca y con los instrumentos de su padre y, que además, está probado que el demandante, según se desprende de su propia confesión, conocía el hecho de que el demandado no era propietario de la finca, "conocimiento este que presta satisfacción al requisito final contenido en el parágrafo tres del citado artículo 35".

Termina el cargo diciendo que si el Tribunal no hubiese dejado de apreciar las anteriores pruebas, habría llegado a la necesaria conclusión de que el demandado, en el caso *sub judice,* era apenas un simple intermediario y por consiguiente debería haberlo absuelto.

SE ESTUDIA EL CARGO:

En la relación de los antecedentes de este negocio, se anotó que el demandado, al responder la demanda, negó los hechos en que ésta se sustenta y desconoció la existencia de un contrato de trabajo que lo vinculase con el demandante. El Tribunal, al decidir el recurso de alzada contra el fallo de primer grado, examinó, como era de rigor, este aspecto fundamental de la litis, para llegar a la conclusión, como lo había hecho antes el *a quo*, de que entre demandante y demandado sí existió un contrato de esa clase, por lo que produjo las condenas contenidas en la sentencia impugnada. Al efecto, sobre este punto, expresó lo siguiente:

"Como el demandado en la contestación de la demanda evidentemente negó la existencia de una relación de trabajo en la contestación a los hechos, aunque después al formular las excepciones tácitamente admite la relación laboral alegada, debe examinarse por la Sala previamente las pruebas que sobre la existencia del contrato de trabajo obran en los autos.

"Al expediente se adujo en primer término copia auténtica de unas posiciones que extrajudicialmente absolvió ante el Juez del Trabajo de esta ciudad el demandado Luis Enrique Escobar a petición de Primitivo Vera Gutiérrez.

"Es de advertir que estas posiciones no fueron recibidas en audiencia dentro del juicio o mejor, que no se hizo su ratificación dentro del juicio por ser una prueba especialísima que si fue ordenada agregar a este negocio en la primera audiencia de trámite, debe ser estudiada por la Sala en cuanto a su valor probatorio para aclarar los hechos que motivan la acción.

"En la respuesta a la primera pregunta el demandado Escobar acepta que Vera Gutiérrez trabajó 'por varios años como mayordomo o capataz de trabajadores, *a mi servicio*, no en la finca de La Esperanza sino en la denominada 'El Tostado' de propiedad de mi padre Félix María Escobar Botero'. Luégo agrega en otra respuesta que no puede precisar las fechas de ingreso y retiro del trabajador, porque no las recuerda, pero que debe aclarar, en todo caso, 'que durante el lapso servido por Vera Gutiérrez que fue aproximadamente de 8 a 9 años, tuvo una interrupción de un año más o menos'.

"El testigo Pedro Pablo Fernández Triana (folio 21) conoció al actor del juicio trabajando para el señor Luis Enrique Escobar desde 1949 como mayordomo o capataz de la hacienda del señor Escobar. Asímismo los testigos Manuel Cesáreo López Espinosa y Jorge Huertas Barreto, lo mismo que Pedro Nel Rubio afirman que Vera Gutiérrez trabajó en la hacienda de 'El Tostado' como mayordomo o administrador en la finca de Luis Enrique Escobar. Es decir con estos testimonios queda demostrado la vinculación laboral entre demandante y demandado.

"También se encuentra demostrado en el negocio el elemento subordinación que caracteriza las relaciones laborales, subordinación del trabajador a su patrono Luis Enrique Escobar Casas, no a otra persona, y aparece también que Escobar Casas tenía la finca de 'El Tostado' como de su propiedad. En tal forma no cabe en este negocio alegación por ilegitimidad de la personería sea adjetiva o sustantiva del demandado. Claramente se demostró y el mismo demandado lo confesó que él fue patrono de Vera Gutiérrez quien desempeñaba en su finca las funciones de administrador, y precisamente por ello alega el mismo demandado que en unos arreglos que se llevaron a efecto cubrió el valor de prestaciones y salarios".

De lo que se deja transcrito, resulta evidente que el *ad quem* encontró plenamente acreditada la existencia de una relación de trabajo subordinado entre el demandante y el demandado. Aceptó la existencia de ese vínculo jurídico, por encontrar plenamente establecidos los requisitos esenciales que lo configuran, conforme a las exigencias del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, no sólo con los testimonios de Pedro Pablo Fernández Triana, Manuel Cesáreo López Espinosa, Jorge Huertas Barreto y Pedro Nel Rubio (folios 21 a 25 vuelto), sino con la propia confesión del demandado, hecha en las posiciones que absolvió, antes de iniciarse este juicio y que le formuló el demandante Primitivo Vera Gutiérrez, las que fueron acompañadas al juicio, en copia auténtica (folios 13 y 14), y que el Juez ordenó tener como prueba, por auto dictado en la primera audiencia de trámite. Resulta también de lo transcrito, que el *ad quem* para admitir la existencia del contrato de trabajo, no se valió de la presunción que consagra el artículo 24 de la misma obra, pues no lo dedujo de los hechos presumidos en la norma y comprobados en el juicio, sino que lo halló directa y plenamente establecido en el proceso con las pruebas antes relacionadas. Siendo esto así, no se ve cómo, según el recurrente, pudo el sentenciador violar el artículo 24 por haberlo aplicado indebidamente, cuando en realidad esa norma no tuvo aplicación en el fallo impugnado.

Estima el acusador que el demandado no fue patrono del demandante, sino simple intermediario entre éste y el señor Félix María Escobar,

propietario de la finca en que el trabajador prestó sus servicios de administrador, por lo que el Tribunal incurrió en el error de haber considerado demostrada la existencia de un contrato de trabajo entre demandante y demandado. Agrega, que a ese error llegó el *ad quem* por no haber apreciado el certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Ibagué, obrante al folio 46 del cuaderno principal y por deficiente apreciación de la respuesta dada por el demandante a la primera pregunta de las posiciones que absolvió dentro del juicio.

En relación con este aspecto de la acusación, observa la Sala: Antes se ha visto que la existencia del contrato de trabajo la encontró plenamente acreditada el Tribunal, con fundamento en la prueba testimonial y en la de confesión del demandado. Ocurre sin embargo, que el recurrente, en su alegato, se abstiene de atacar estos soportes de la decisión, ni se esfuerza en demostrar que fue equivocado el juicio del sentenciador, por resultar de las pruebas que tuvo en cuenta una evidencia contraria a la contenida en el fallo.

Aunque lo anotado es suficiente para mantener la firmeza de la sentencia, se aprecia que, aun en el supuesto de que el cargo no adoleciera de las fallas indicadas, tampoco podría desquiciarse aquélla por razón de los argumentos que aduce el recurrente, ya que las pruebas que invoca como dejadas de apreciar y como erróneamente estimadas por el Tribunal, en ningún caso tendrían la virtualidad de demostrar que el demandado fue un simple intermediario entre el demandante y el señor Félix María Escobar, a quien sugiere como verdadero patrón. En efecto, el documento que obra de folios 46 a 49, consiste en un certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Ibagué, sobre tradición de la finca de "El Tostado", en donde, según los hechos de la demanda, el actor prestó sus servicios de administrador de ese inmueble; acredita también que "hasta el día 19 de agosto de 1946, fecha en que fue segregado de este Circuito de Registro el Municipio de San Miguel de Perdomo" el señor Félix María Escobar era el propietario y poseedor inscrito del referido inmueble; que por medio de la escritura 895 de 19 de junio de 1944, de la Notaría de Ibagué, Félix María Escobar Botero y su esposa Inés Casas de Escobar, dieron en arrendamiento a Félix María, Luis Enrique, Luis Eduardo, Alfonso y Jorge Escobar Casas, los inmuebles denominados "El Tostado" y "La Esperanza", por el término de 10 años, a partir de la fecha de esa escritura, siendo de cuenta de los arrendatarios mantener una adecuada y correcta administración para la conveniente conservación de los predios, renovando los cultivos o las plantaciones, manteniendo limpios los potreros y las sementeras de café, caña, plátano, etc., siendo todos los gastos de cuenta de los arrendatarios y pudiendo éstos establecer mejoras nuevas, para reconocerles su precio por los arrendadores al vencimiento del contrato. El canon anual del arrendamiento fue de $ 600.00 del mismo documento y como extractado de la escritura 895, aparece lo siguiente: "La parte arrendataria, expresa que designa al señor Luis Enrique Escobar Casas como administrador de la sociedad que se forma por virtud del presente contrato, administrador que tendrá como funciones las de llevar los libros de cuentas, expedir recibos, hacer entregas de dineros por participación de productos a cada uno de los comuneros, vender los productos, celebrar contratos y en general ejecutar todos los actos necesarios para la administración del contrato de arrendamiento que ha dado origen a la comunidad, judicial y extrajudicialmente". En síntesis, y en lo que para el caso de autos interesa, del certificado a que se ha hecho referencia, resulta que el 19 de junio de 1944, Félix María Escobar Botero, propietario del inmueble denominado "El Tostado", lo dio en arrendamiento, por el término de 10 años, al demandado Luis Enrique Escobar Casas y otros; y que éstos, y no el arrendador y propietario del inmueble señor Félix María Escobar, le designaron como administrador o gestor de la "sociedad" o empresa que constituyeron en común para explotar los inmuebles tomados en arrendamiento.

La otra prueba (posiciones), que el recurrente estima mal apreciada, expresa, en lo pertinente: "a la primera que dice: 'Poniendo a Dios por testigo de su dicho, diga usted ¿cómo es cierto, sí o no, que la finca El Tostado, en Cajamarca, es de propiedad del señor Félix María Escobar? Contestó: Es cierto. Leída la aprobó'." Esta respuesta, simplemente confirma o refuerza el contenido del certificado, en lo referente a que el propietario de la finca El Tostado, en donde trabajó el demandante, era del señor Félix Escobar.

Ahora bien, del hecho de que el demandado Luis Enrique Escobar Casas no fuese el propietario del inmueble denominado "El Tostado", objeto de la empresa que con fines agrícolas y ganaderos explotó personalmente y para su beneficio, no puede seguirse la conclusión de que los trabajadores a su servicio, quedasen vinculados jurídicamente con un tercero (el propietario del inmueble), y no con quien los contrató para que le prestaran su servicio personal y subordinado,

mediante el pago de un salario. La circunstancia de que el demandado no fuese dueño de la finca, no significa que no lo fuese de la empresa o explotación agrícola que existió en ella, pues las mismas pruebas que el recurrente señala como dejadas de apreciar y como erróneamente estimadas, indican que Luis Enrique Escobar Casas tenía la calidad de arrendatario de ese inmueble y como tal el goce y beneficio de la cosa arrendada. Se concluye de aquí, que el demandado fue el verdadero patrono del trabajador Primitivo Vera Gutiérrez, y no un simple intermediario entre éste y el propietario de la finca de "El Tostado", donde el trabajador prestó sus servicios. El cargo no prospera.

SEGUNDO CARGO

Lo presenta como subsidiario del anterior, así: "Se acusa el fallo del Tribunal de Ibagué por violación indirecta, a través de error de hecho que aparece de manifiesto en los autos del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, al haberle dado aplicación a dicha disposición legal sin que hubiese motivo para ello".

El error de hecho, dice, se debió: a la falta de apreciación del pliego de posiciones absuelto por el demandante (folio 34 vuelto), a la no apreciación de la declaración rendida por Pedro Nel Rubio (folio 38) y a equivocada apreciación del certificado del folio 43. Afirma que el error del Tribunal consistió en no aceptar que el demandado cubrió al actor lo que creía de buena fe deberle por concepto de los servicios prestados.

Agrega, que el fundamento del *ad quem* para condenar al pago de salarios caídos radica en el hecho de que el demandado no hizo consignación alguna ante las autoridades, en favor de la persona del demandante, quien no obstante resultó favorecido en la controversia judicial. Luégo de citar y extractar el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, manifiesta que en el caso de autos hay constancia de que el demandado canceló al actor la suma de dinero que creía adeudarle, lo cual equivale para los efectos del artículo citado, a la consignación judicial, dejando a salvo la buena fe del patrono. Continúa textualmente: "Dicha cancelación fue hecha de la siguiente manera: mediante la letra de cambio girada a favor del demandante y a éste entregada, mediante la subrogación en la deuda de Vera Gutiérrez para con Pedro Nel Rubio, deuda de la cual se hizo cargo y pagó mi representado (artículo 1669 del Código Civil, en concordancia con el 1714 de la misma obra), (folio 38 final y vuelto); y mediante el pago de $ 500.00 en dinero efectivo (folio 35 vuelto)".

Manifiesta que, por otra parte, no cabe argumentar como lo hace el Tribunal, que del hecho de que una letra de cambio no haya podido ser recogida en la fecha de su vencimiento deba deducirse la mala fe del supuesto patrono y, por consiguiente, aplicarle la sanción contenida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Luégo de hacer un análisis comparativo entre las obligaciones de carácter laboral y las de carácter civil o comercial, en cuanto hace relación a las sanciones que generan por razón de la mora en el cumplimiento de las mismas, dice, que en autos aparece constancia de la acción civil intentada por el actor contra Escobar Casas, con base en la falta de pago del valor de la letra de cambio, con la cual éste cubrió a aquél parte de lo que creía deberle en razón de los servicios prestados. Agrega que en la acción civil el demandante cargará con las sanciones correspondientes, por lo que "no cabe, por consiguiente, que en razón de la misma mora en el pago de la letra, al mismo tiempo que la justicia civil aplica a mi representado las sanciones civiles, la justicia laboral por otra parte y por la misma causa le aplique la sanción laboral prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo".

SE CONSIDERA:

El Tribunal, en lo referente a indemnización por mora en el pago de los salarios y prestaciones, expresó, lo siguiente:

"Para el Juez de la instancia no hubo renuencia ni mala fe del patrono, porque según él 'a través de todo el negocio ha negado la existencia de la obligación tratándose de probar inclusive que si existió alguna vez, fue incluída en los arreglos o liquidaciones que hicieron las partes junto con obligaciones civiles'.

"Para la Sala, examinando con detención y cuidado las pruebas que arroja el negocio, se desprende todo lo contrario de la tesis sentada por el Juzgado. Es decir, ha existido la renuencia injustificada por parte del patrón Luis Enrique Escobar Casas para cubrirle a su trabajador Primitivo Vera Gutiérrez las prestaciones a que tiene derecho.

"Se repite que en el negocio no se discutió propiamente la existencia del contrato de trabajo, el patrono aceptó en las posiciones tal hecho y en la contestación de la demanda, pero él ha querido salvar su responsabilidad patronal alegando que le cubrió al trabajador salarios que

demandó, y que se firmó sobre el particular una letra de cambio. Letra de cambio que en la hipótesis de que hubiera sido otorgada con inclusión del salario, se está cobrando ejecutivamente por la vía ordinaria, como se ha demostrado con la certificación expedida por el Juzgado 2º Civil del Circuito que obra en los autos. Y si existió renuencia manifiesta y clara y comprobada del patrono para cubrir o cancelar esos salarios, ya que se inició una ejecución con diligencias preventivas de secuestro, es también lógico concluír que el patrono ni antes de iniciado este negocio ni después, ni en la primera instancia ni en la segunda, ha tratado de arreglar con el trabajador las prestaciones a que éste tiene derecho.

"La jurisprudencia ha admitido que aunque se nieguen algunas prestaciones por no estar demostradas en el negocio, ello no impide la condenación por salarios caídos cuando están demostrados otros puntos de las peticiones y en este caso en firme la existencia del contrato laboral, cobra fuerza la solicitud de cesantía, de vacaciones y de prima de servicios a que ya se ha referido la Sala.

"Y es que en este juicio, por otra parte, el patrono no ha consignado ante las autoridades respectivas, es decir, ante el Inspector de Trabajo el valor de las prestaciones e indemnizaciones a que tiene derecho el trabajador y si no consignó el total tampoco hizo el deber de consignar una parte siquiera apreciable y justa para cubrir lo debido".

Según lo que se deja transcrito, dos son los fundamentos en que se apoya el *ad quem* para producir la condena indemnizatoria por mora. Es el primero, la renuencia manifiesta, clara y comprobada del demandado para cancelar los salarios que correspondían al trabajador demandante, aun en el supuesto de que lo adeudado por dicho concepto hubiese quedado incluído en el arreglo celebrado entre las partes, de que dan cuenta los autos, y que consistió en el giro y aceptación de una letra de cambio por valor de $ 5.000.00, en favor de Vera Gutiérrez y a cargo del patrono. El segundo fundamento radica en el hecho de que el demandado tampoco pagó al demandante, al tiempo de la terminación del contrato de trabajo, el valor correspondiente al auxilio de cesantía, compensación de vacaciones y prima de servicios a que tenía derecho, ni consignó esos valores, en todo o en parte, ante el funcionario autorizado para ello por la ley.

Conviene recordar, que el trabajador, en el libelo inicial, demandó el pago de salarios, que afirmó deberle el demandado, y, pidió también se produjeran condenas por los extremos de cesantía, vacaciones, prima de servicios y otros derechos, que oportunamente se dejaron relacionados. Por lo que respecta al reclamo de lo debido por concepto de salarios, el demandante afirmó, al relatar los hechos en que sustenta la acción, que su retiro del trabajo, tanto en la primera como en la segunda vez en que esto acaeció, se produjo a causa de que el patrono era renuente al pago de los salarios convenidos. Que al producirse su primer retiro, el demandado Luis Enrique Escobar le volvió a llamar para que continuara trabajándole, en lo que convino, por haber celebrado un acuerdo o arreglo para el pago de las acreencias a su favor, hasta esa fecha, consistente en que el patrono le giró la letra por valor de $ 5.000.00, de que se ha hablado antes, para cubrirle, por este medio, no sólo parte de lo que le debía por salarios, sino también por participación en la venta de un café y por otra obligación, meramente civil. Consta del proceso, asímismo, que la fecha del arreglo de la deuda por concepto de salarios y demás obligaciones mencionadas, que permitió a Vera Gutiérrez regresar al trabajo, tuvo ocurrencia el 19 de agosto de 1955, y que la letra de cambio que el demandado giró a su cargo y a favor del trabajador, lo fue con fecha 5 de septiembre siguiente, con vencimiento al 5 de diciembre del mismo año de 1955, según aparece de la propia confesión del demandado hecha en las posiciones que absolvió extrajuicio, al responder a la pregunta cuarta, así: "Diga el absolvente sí o no es cierto que, el 19 de agosto de 1955, entre usted y Primitivo Vera Gutiérrez, hicieron una liquidación y que en virtud de ésta usted le firmó una letra de cambio el 5 de septiembre del mismo año y con vencimiento el 5 de diciembre del mismo año por cinco mil pesos moneda corriente para pagarle el valor de unas cargas de café que le debía, el valor de una novilla y parte de los sueldos devengados por Primitivo Vera Gutiérrez hasta la fecha de la liquidación. Contestó: Sí, es cierto". También resulta plenamente establecido, que el retiro definitivo del trabajador se produjo el día 15 de mayo de 1956, cuando volvieron a efectuar una segunda liquidación para arreglar el valor de los salarios del último tiempo trabajado y por el saldo de los que le había quedado debiendo, por trabajo efectuado en la primera etapa. Este segundo arreglo fue por la suma de $ 1.923.00, de los cuales el patrono pagó al trabajador, en efectivo, la cantidad de $ 500.00, y a Pedro Nel Rubio, la suma de $ 1.016.00 que le debía Vera Gutiérrez por suministro de "mercados", quedándole a deber a éste la suma de $ 407.00, por el indicado concepto de salarios, según consta de la confesión del demandado contenida en las res-

puestas dadas a las preguntas séptima, octava y novena del pliego de posiciones, de que se ha hecho mención (folios 13 y 14).

Toda la alegación del recurrente, en el cargo que se estudia, tiende a demostrar que con la letra de cambio que por valor de $ 5.000.00 giró el patrono en favor del trabajador, quedó cancelada la suma de dinero que aquél creía deberle a éste, y que este hecho, el de la cancelación mediante la entrega de la letra, equivale a la consignación judicial, para los efectos del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por lo que el demandado no estaba obligado a efectuar otra consignación.

Encuentra la Sala que la argumentación del acusador, carece de respaldo en los autos, pues si se tiene en cuenta la confesión del demandado, se aprecia que no es equivocado el juicio del Tribunal, al afirmar que la referida letra de cambio fue girada por el patrono para efectuar el pago de lo que éste debía al trabajador por parte de salarios. Basta comparar la fecha de su expedición con la de retiro del trabajador, para comprender que en el valor de la letra no pudieron incluírse los salarios devengados por el demandante en el segundo período de servicios, ni mucho menos el valor correspondiente al auxilio de cesantía, que sólo pudo causarse a partir del retiro del trabajador, o sea del 15 de mayo de 1956. Lo anterior es suficiente para llegar a la conclusión de que no aparece demostrado el error de hecho que el cargo atribuye a la sentencia impugnada, ni la consiguiente violación de la norma, sin que sea preciso adentrarse en el estudio de otros aspectos a que alude el recurrente, como el relativo al fenómeno jurídico de la novación, que ninguna incidencia puede tener en la solución del punto debatido.

El cargo no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, 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.

SALARIO BASICO

No prosperan los cargos formulados contra la sentencia por las dos partes en litigio. El demandante prestó sus servicios como peluquero en un salón de propiedad de los demandados. Criterio para la aplicación del salario básico a la liquidación de prestaciones y dominicales.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. A términos de la previsión legal contenida en el artículo 141 del Código Sustantivo del Trabajo, el salario básico se aplica para liquidar: 1º La remuneración del descanso dominical, y 2º La correspondiente a las prestaciones proporcionales al salario.

2. En relación con el salario básico estipulado en pacto o convención colectivos, o en fallo arbitral, conforme al artículo 141 del Código del Trabajo, la Corte debe decir que su aplicación no puede hacerse automáticamente, con sujeción estricta al principio de la libertad contractual. Si es verdad que las partes tienen facultad para convenir el salario en sus diversas modalidades, según el artículo 132 ibídem, el precepto deja a salvo el salario mínimo y el acordado en cualquiera de los tres actos jurídicos citados antes, si el de éstos rebasan el mínimo legal. Por tanto, si tomando en cuenta el salario vigente en una empresa, el básico resulta notoriamente inferior a éste o al mínimo, el fallador debe atenerse al que resulte más favorable al asalariado. El criterio expuesto halla su fundamento en los artículos 13, 14, 21 y 43 del Código en cita, en armonía con los cuales debe interpretarse el artículo 141. En todo caso, el salario básico no puede ser utilizado en perjuicio de los derechos del trabajador.

3. Dispone el artículo 469 en relación con el 481 del Código Sustantivo del Trabajo, que uno de los ejemplares del escrito en que se consigne el pacto se deposite en el Departamento Nacional del Trabajo, expresión que comprende a todas las oficinas que de él dependen y no a quien ejerza su dirección, como parece entenderlo el impugnante.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE CASACION LABORAL.—Bogotá, D. E., catorce de marzo de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez).

Ante el Juzgado del Trabajo de Bogotá, Víctor M. Ricardo promovió juicio ordinario, por medio de apoderado, contra Virginia Gómez y Hugo Ariel Burgos, para que por sentencia fueran condenados al pago de cesantía, vacaciones, primas de servicio, horas extras diurnas y nocturnas, festivos, blusas, preaviso, indemnización moratoria y costas del juicio.

Refiere la demanda que Víctor M. Ricardo prestó servicios personales, como operario, a la peluquería denominada Concentración (hoy Regina), de propiedad de Virginia Gómez y Hugo Ariel Burgos, mediante contrato de trabajo celebrado por escrito, desde el 17 de noviembre de 1953, y por un lapso de cinco años; que devengó un salario de $ 200.00 y un sobresueldo de $ 650.00 o sea un total de $ 850.00 al mes; que tuvo una jornada de 7 a. m. a 8 p. m., con intervalo de media hora para el almuerzo, habiendo trabajado además cinco horas extras; que laboró también de 7 a. m. a 1 p. m. todos los días festivos, a excepción de los domingos; que siendo de cargo del establecimiento el suministro de blusas, tuvo que sufragar su importe; que el 6 de mayo

de 1958 fue despedido sin previo aviso; y que los demandados se han negado a pagarle las prestaciones sociales reclamadas.

Las peticiones se fundan en los artículos 22, 24, 48 y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo.

La respuesta a la demanda se opone a que se hagan las condenas que solicita, diciendo, en cuanto a los hechos, que se atiene a lo que en el juicio se pruebe. Propuso las excepciones de pago, prescripción, falta de título y de causa, inexistencia de las obligaciones y las demás que se demuestren en el proceso.

La sentencia de primer grado (numeral primero) declaró probada la excepción de pago en relación con el auxilio de cesantía, y acreditada parcialmente la misma excepción en cuanto al derecho a vacaciones y a primas de servicio. Declaró infundadas las demás excepciones propuestas por la parte demandada. Por el numeral segundo condena a Virginia Gómez y Hugo Ariel Burgos, a pagar a Víctor M. Ricardo, lo siguiente: a) $ 500.00 por vacaciones, y b) $ 135.00 por primas de servicio. Por el numeral tercero absuelve a los demandados de los demás cargos, y por el cuarto los condena en un 25% de las costas.

Apelaron ambas partes. La sentencia decisoria del recurso de alzada revocó la del juzgado *a quo* y, en su lugar, declaró probada la excepción de pago en relación con el auxilio de cesantía y primas de servicio, y parcialmente acreditada dicha excepción respecto a vacaciones (numeral 2º). Condena a los demandados a pagar al actor $ 600.00 por reajuste de vacaciones (numeral 3º); los absuelve de los demás cargos (numeral 4º), y los condena en un 25% de las costas del juicio (numeral 5º).

Demandante y demandados interpusieron el recurso de casación, que les fue concedido. Admitido por la Sala y debidamente preparado, ha llegado la oportunidad de decidirlo.

EL RECURSO DE LA PARTE DEMANDADA

Aspira a que la Corte case el fallo del *ad quem* en cuanto condena a los demandados al pago de $ 600.00 por vacaciones y, en su lugar, los absuelva en instancia de dicha obligación.

Con base en la causal primera de casación formula dos cargos.

PRIMER CARGO

Violación del artículo 141 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con los artículos 172 a 192 ibídem, *por errónea interpretación.*

Sostiene el recurrente que las vacaciones han debido liquidarse con el salario básico de $ 200.00 estipulado en el pacto colectivo obrante en copia en el juicio, como lo hizo la empresa demandada, y no con la asignación de $ 500.00 de que se valió el Tribunal. La decisión en tal sentido —afirma el acusador— condujo a la sentencia a violar, por errónea interpretación, el artículo 141 del Código Sustantivo del Trabajo, pues el salario básico de que allí se habla sirve para liquidar no sólo la remuneración por el descanso dominical sino también el correspondiente a las vacaciones, ya que el precepto no las excluye. La simple analogía —agrega— imponía la aplicación de la norma, ya que si el salario básico rige para liquidar el descanso dominical, con la misma razón es utilizable para fijar el correspondiente al descanso por vacaciones, pues en uno y otro caso la naturaleza jurídica del derecho es la misma, con la única diferencia relativa a su duración, pues para el dominical se exige el transcurso de seis días y para las vacaciones el de un año. Expone, además, que, si bien es cierto que las vacaciones no son una prestación social, como lo anota acertadamente la sentencia del *ad quem,* no es posible entender que respecto de ellas es inaplicable el citado precepto y, por consiguiente, la liquidación de su importe con el salario básico del pacto colectivo; que el concepto del Tribunal restringe el alcance de la norma, debido a su falso entendimiento. Sin ese error de juicio, la sentencia no habría condenado a los demandados al pago de la diferencia entre el salario de $ 500.00 escogido por ella y el de $ 200.00 señalado en el pacto.

SEGUNDO CARGO

Violación del artículo 141 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 172 a 192, por *falta de aplicación.*

La acusación se sustenta en las mismas razones expuestas en el cargo anterior. Así se desprende de su contenido. Dice en efecto: aunque las vacaciones no tienen el carácter de prestación social, como lo dice la sentencia, tal circunstancia no basta para sostener que quedaron fuera de la regulación del artículo 141 del Código. En esta razón estriba —afirma el impugnador— su inconformidad con el fallo, y agrega: "Solicito —repito— que esto se tenga en cuenta en relación con los dos cargos, pues mi ataque al fallo recurrido no podría interpretarse equivocadamente sino en el sentido exacto que he señalado".

Con referencia al primer cargo el opositor dice que el fallo del *ad quem* interpretó correctamen-

te el artículo 141 del Código Sustantivo del Trabajo, pues las vacaciones no se rigen por lo que esa norma dispone. Respecto del segundo sostiene que no se ajusta a los requisitos técnicos que dominan la casación, pues no indica si la violación de los textos legales a que se refiere se produjo de manera directa o indirecta.

SE CONSIDERA:

Es oportuno el estudio conjunto de los dos cargos, en atención a que ambos acusan violación de unas mismas disposiciones legales, con idéntica finalidad.

No es del caso examinar si la sentencia incurrió en violación de los artículos 172 a 192 del Código Sustantivo del Trabajo, porque toda la exposición del recurrente se concreta a demostrar que el *ad quem* infringió, por *errónea interpretación,* el artículo 141 ibídem.

Para la mejor comprensión de la cuestión debatida, conviene conocer la doctrina de la norma últimamente citada, de este tenor:

"Solamente en pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales pueden estipularse salarios básicos fijos que sirvan para liquidar la remuneración correspondiente al descanso dominical y las prestaciones proporcionales al salario, en los casos en que éste no sea fijo, como en el trabajo a destajo o por unidad de obra o por tarea".

A términos de la previsión legal transcrita el salario básico se aplica para liquidar: 1º La remuneración del descanso dominical; y 2º La correspondiente a las prestaciones proporcionales al salario.

Vista la hipótesis legal, es de rigor conocer también la de hecho, ya que en todo proceso de condena el juzgador debe enfrentar el caso de la litis al regulado por la ley, para deducir de la comparación cuál es la voluntad del legislador.

Pertenece al pacto colectivo (folios 137 a 138) la estipulación consignada en su cláusula décimacuarta, que a la letra dice: "Habida consideración de que la remuneración no es fija sino por porcentaje, las partes convienen en fijar un salario básico de doscientos pesos moneda corriente ($ 200.00) mensuales, suma que se tomará en cuenta *únicamente* (subraya la Sala) para efecto de liquidar las prestaciones sociales y para los peluqueros".

Observa la Sala: la sentencia del *ad quem* sostiene que las vacaciones no son una prestación social y por tal motivo estimó que las debidas al demandante no podían liquidarse con el salario básico del pacto sino con el real de $ 500.00 acreditado en el proceso. Tal la razón para no aplicar al caso litigioso el artículo 141 del Código. Comparte el recurrente la tesis del Tribunal, esto es, la de que el derecho en referencia no es una prestación social. Así las cosas toda la argumentación que presenta en los dos cargos cae por su base, pues si el salario del pacto cuya aplicación reclama, sólo opera para liquidar prestaciones sociales, según su cláusula décimacuarta, y las vacaciones no entran en dicha categoría jurídica, no guarda conformidad con esa premisa la conclusión de que aquéllas deben liquidarse de acuerdo con el salario básico del pacto. Si el caso real, específico y concreto, no encaja en la norma de derecho objetivo, no se puede sostener razonablemente que el Tribunal la violó, por ningún concepto.

En relación con el salario básico estipulado en pacto o convención colectivos, o en fallo arbitral, conforme al artículo 141 del Código del Trabajo, la Corte debe decir que su aplicación no puede hacerse automáticamente, con sujeción estricta al principio de la libertad contractual. Si es verdad que las partes tienen facultad para convenir el salario en sus diversas modalidades, según el artículo 132 ibídem, el precepto deja a salvo el salario mínimo y el acordado en cualquiera de los tres actos jurídicos citados antes, si el de éstos rebasan el mínimo legal. Por tanto, si tomando en cuenta el salario vigente en una empresa, el básico resulta notoriamente inferior a éste o al mínimo, el fallador debe atenerse al que resulte más favorable al asalariado. El criterio expuesto halla su fundamento en los artículos 13, 14, 21 y 43 del Código en cita, en armonía con los cuales debe interpretarse el 141. En todo caso, el salario básico no puede ser utilizado en perjuicio de los derechos del trabajador.

Por lo expuesto, ninguno de los dos cargos prospera.

EL RECURSO DE LA PARTE DEMANDANTE

Persigue la quiebra de la sentencia, a fin de que la Corte, en instancia, condene a los demandados a pagar al actor, el reajuste por cesantía, primas de servicio e indemnización por mora.

Formula dos cargos e invoca en su apoyo la causal primera de casación.

PRIMER CARGO

Violación directa de los artículos 21, 43 y 141 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 65, 249 y 253 ibídem.

Las razones que sustentan el cargo son las siguientes:

El sueldo básico de $ 200.00 mensuales estipulado en el pacto colectivo corriente a folios 53 a 54, 56 a 58 y 62 a 64, es muy inferior al que realmente devengó el demandante, pues su remuneración en promedio alcanzó a la cifra de $ 850.00 al mes. La diferencia entre las dos asignaciones demuestra que el del pacto pugna con la norma del artículo 141, porque representa un enriquecimiento injusto de los demandados y un fraude a la ley. Por la razón expuesta no es válida la cláusula del pacto sobre salario básico, conforme al artículo 43, y, de consiguiente, no ha debido utilizarse para liquidar la cesantía, primas de servicio y vacaciones del actor. En caso de conflicto o de duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, debe prevalecer la más favorable al trabajador, según el artículo 21. La posible contradicción entre el artículo 141 y el 43, debe ser resuelta conforme a la regla del 21, más favorable al trabajador demandante. En vista de que el Tribunal no aplicó las normas citadas, violó las contenidas en los artículos 249, 253, 306 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Agrega que, al dar por válida la cláusula décimacuarta del pacto, infringió el artículo 253, según el cual el auxilio de cesantía se liquida con el último salario mensual devengado por el trabajador, "que en el caso materia de estudio era de $ 850.00 mensuales" y, sin embargo, fue liquidado con base salarial de $ 200.00; que violó el fallo del *ad quem* el artículo 306, porque los demandados liquidaron la prima de servicios tomando un sueldo de $ 200.00 mensuales, y el que devengó realmente el actor fue de $ 850.00 en el mismo período de tiempo.

Dice el opositor que el cargo no se acomoda a la técnica de la casación, pues parte de la base de que en el proceso está demostrado que el trabajador devengó un salario de $ 850.00 al mes, por lo cual el fallo debió rechazar el de $ 200.00 señalado en el pacto colectivo, es decir, se funda en la consideración de una cuestión de hecho, extraña al concepto de violación directa de la ley.

SE CONSIDERA:

Del proceso no resulta acreditado que el salario devengado por el actor fue el de $ 850.00 mensuales, ni, por consiguiente, es extremo aceptado en la sentencia. Además, para que haya violación directa de la ley se requiere que al hecho probado e indiscutido en el proceso, no aplique el fallador la norma que lo regula, menospreciando el mandato en ella contenido. Si los autos prueban que el salario devengado por el actor fue el de $ 850.00 y, sin embargo, la sentencia prefirió el de cuantía inferior fijado en el pacto colectivo, trataríase de error de hecho manifiesto por mala estimación de la prueba correspondiente, o por su falta de apreciación, todo lo cual sitúa el ataque en campo distinto al de infracción directa de la ley, como lo observa con acierto el apoderado de la parte opositora.

El cargo no prospera.

SEGUNDO CARGO

Violación de los artículos 469 y 481 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 65, 253 y 306 ibídem, por aplicación indebida, a causa de evidentes errores de hecho al estimar unas pruebas y dejar de apreciar otras.

Pruebas erróneamente apreciadas: a) Las posiciones absueltas por Virginia Gómez y Hugo Ariel Burgos (folios 28 a 35); b) El recibo del folio 50; c) Copia del pacto colectivo (folios 53 a 54, 56 a 58, 62 a 64 y 137 a 138); d) El oficio número 773 de 23 de marzo de 1959 (folio 136).

Pruebas dejadas de apreciar: a) Copia del pacto colectivo obrante en el juicio a los folios ya citados; b) Copia de la resolución 1146 de 21 de agosto de 1958, emanada del Ministerio del Trabajo (folios 59 a 60 y 68 a 69); c) Copia del memorial dirigido por Virginia Gómez al citado Ministerio (folio 61); d) Copia de la declaración de renta de Virginia Gómez y Ariel Burgos por el año de 1957 (folios 73 a 76 y 77 a 80); e) Las declaraciones de Neisser Carvajal e Isabel Bustamante de Vernot (folios 84 a 91).

Los errores de hecho son los siguientes:

I. Dar por demostrado, sin estarlo, que el pacto colectivo tiene plena validez.

II. No dar por demostrado estándolo: a) Que el pacto no fue presentado a la División de Asuntos Indutriales del Ministerio del ramo sino a la Inspección del Trabajo; b) Que tal documento no fue firmado por Virginia Gómez sino por Hugo Ariel Burgos, y, por tanto, que no produce efectos en relación con aquélla y la Peluquería Regina de su propiedad; c) Que Virginia Gómez figura en la declaración de renta de 1957 como propietaria de la Peluquería Regina y Ariel Burgos en la suya como empleado de la nombrada señora, y d) Que el actor devengó un sueldo de $ 850.00 mensuales.

En desarrollo del cargo expone el acusador:

No es válido el pacto colectivo, como lo sostiene el Tribunal, porque quien lo firma como patrono es Hugo Ariel Burgos como dueño de la Peluquería Concentración, la cual tomó después el nombre de Peluquería Regina, de propiedad de Virginia Gómez. Demuestran tales hechos las declaraciones de renta de los dos demandados, ambas de 1957, y los documentos de folios 59 a 60 y 68 a 69, según los cuales Virginia Gómez pidió al Ministerio del Trabajo la exonerara del pago de los aumentos de salarios ordenados por el Decreto 118 de 1957, como dueña de la Peluquería Regina, petición que fue atendida. Por tanto, si quien firmó el pacto como patrono fue Ariel Burgos y no la demandada Virginia Gómez, no rige respecto de ella, conforme al artículo 481 del Código Sustantivo del Trabajo.

El depósito del pacto colectivo se hizo ante la Inspección del Trabajo de Cundinamarca y no ante el Departamento Nacional del ramo (hoy División de Asuntos Industriales), y la copia que obra en el juicio fue expedida por la Inspección y no por la segunda de dichas oficinas. Sin embargo, el Tribunal afirma que la copia de tal acto le fue remitida por la División de Asuntos Industriales, demostrando lo contrario el oficio 0773 de 23 de marzo de 1959 (folio 136) y la constancia del Secretario del Juzgado 5º del Trabajo de Bogotá (folio 25 vuelto), según los cuales el remitente de la copia es el Secretario de la Inspección. En la estimación de tales pruebas incurrió, por consiguiente, en error de hecho. El depósito del documento debe hacerse ante la Oficina de Trabajo que indica el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo y su copia expedirse por ella, y como así no se hizo, carece de validez el pacto colectivo aportado al juicio, de conformidad con lo estatuído en la citada norma.

Prosigue el recurrente:

Los demandados Hugo Ariel Burgos y Virginia Gómez confesaron en posiciones (folios 28 a 35) que el actor les prestó servicios desde el 17 de noviembre de 1953 hasta el 6 de mayo de 1958. Las declaraciones de Neisser Carvajal e Isabel Bustamante de Vernot prueban que el actor devengó, en promedio, un sueldo de $ 850.00 mensuales, equivalente al 54% del producido bruto de la peluquería. Por tanto, la cesantía, las primas de servicio y las vacaciones, han debido liquidarse con el indicado sueldo y no con el de $ 200.00 del pacto colectivo. El actor tiene, pues, derecho al reajuste de prestaciones, "por cuanto se violaron las normas del Código del Trabajo que son de orden público".

El Tribunal decretó el reajuste en cuanto a vacaciones, pero no en lo relativo a cesantía y primas, pues respecto de ellas declaró probada la excepción de pago, sin que en el proceso obren pruebas que lo acrediten. Los demandados presentaron los recibos de folios 40 a 51, los cuales no demuestran la cancelación de la prima de servicio del segundo semestre de 1958. El documento del folio 50 da fe de que el actor recibió $ 900.00 por cesantía y $ 137.70 por salarios en seis días, luego no demuestra el pago de las primas de servicio, como lo sostiene la sentencia. La declaración obrante en el documento de que la empresa queda a paz y salvo con el demandante por todo concepto, no incluye lo debido por primas. En los recibos de folios 42, 44, 46 y 48 consta que la empresa pagó al actor las primas de los años de 1956 y 1957, pero no la cancelación de la proporcional al primer semestre de 1958. Aunque los demandados propusieron la excepción de pago, no adujeron al juicio pruebas para acreditarla.

En la réplica al cargo dice el opositor que el actor en la demanda de instancia y su mandatario en preguntas de las posiciones a los demandados, han aceptado que Víctor M. Ricardo prestó servicios sin solución de continuidad, primero a la Peluquería Central y después a la Regina, de propiedad de los dos demandados, lo cual denuestra que se trata de un mismo establecimiento y de un simple cambio de nombres. Con relación al argumento de que el pacto es inválido por irregularidades en su depósito y expedición de la copia que corre en el juicio, dice que las Inspecciones del Trabajo pertenecen al Ministerio del ramo, adscritas primero al Departamento Nacional del Trabajo y después a la División de Asuntos Industriales. Concluye, en consecuencia, que los errores de hecho acusados, de los cuales deduce el impugnador la invalidez del pacto, carecen de justificación.

Arguye el opositor, refiriéndose al salario de $ 850.00 devengado por el demandante, según el cargo, que las declaraciones de Neisser Carvajal e Isabel Bustamante de Vernot no sirven para demostrar ese hecho, pues sobre el punto los testigos se limitan a expresar que el dato lo conocieron por informes del demandante, no de manera directa y personal. Con respecto a la aplicación al caso de autos del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, sostiene que la norma no puede operar, porque los demandados en sus relaciones con el actor no procedieron de mala fe; que ésta no podría encontrar apoyo en la condena del *ad quem* por reajuste de vacaciones, ya que para decretarla se basó en una interpretación de la norma reguladora del pacto co-

lectivo, distinta de la que, de buena fe, le dieron los demandados.

SE ESTUDIA EL CARGO:

Acerca del pacto colectivo dice el Tribunal que se conforma a lo dispuesto en los artículos 141, 468, 479 y 481 del Código Sustantivo del Trabajo. Y agrega: "Se había objetado que dicho pacto no fue presentado al Ministerio del Trabajo como lo dispone el artículo 469, a lo cual el Juzgado respondió que habiéndose presentado ante la Inspección Seccional del Trabajo de Cundinamarca, se había cumplido con el mandato legal, por ser dicha Inspección una parte o dependencia del Ministerio del Trabajo. Para fundamentar este fallo no hay ya necesidad de estudiar si la presentación del pacto en la Inspección Nacional del Trabajo de Cundinamarca era suficiente para que produjera efectos jurídicos, porque estando en trámite este asunto en segunda instancia, la División de Asuntos Industriales del Ministerio del Trabajo, Sección Administrativa que reemplazó al antiguo Departamento Nacional del Trabajo, envió copia del pacto colectivo del que aquí hemos venido tratando, con lo cual queda plenamente demostrado que sí se cumplió con lo ordenado por el ya citado artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo".

Según la demanda de instancia (hechos 1º y 2º) Víctor M. Ricardo prestó sus servicios, por el tiempo que ellos indican, de manera continua, a una misma empresa o establecimiento, el cual llevó primero el nombre de "Peluquería Concentración" y después el de "Peluquería Regina" de propiedad de los demandados. Como se ve, ni siquiera se trata del fenómeno de sustitución patronal, pues empresa y empresarios han sido los mismos. El recurrente cambia en casación la *causa petendi* alegada en el libelo inicial por una distinta. No es aceptable la nueva postura porque altera las bases del litigio, inmodificables desde el momento en que adquiere firmeza la constitución de la relación procesal. No se opone a este principio el de la decisión *ultra o extra petita,* reservada por la ley al Juez del primer grado, pues no es esa la cuestión que plantea el recurrente, sino la escisión de la parte demandada en dos sujetos distintos frente al pacto colectivo, al cual no puede acogerse en su sentir, uno de ellos, Virginia Gómez, porque no intervino en su celebración sino el coodemandado Ariel Burgos. Resulta contradictorio que el demandante recurrente, para efecto de las condenas que solicita contra los dos demandados los considere como dueños de una misma empresa, vinculados a él por una sola relación de trabajo, y que esa unidad desaparezca para el solo fin de negarle a la demandada Virginia Gómez el derecho de invocar el pacto a su favor. La inconsistencia de la tesis fluye de su sola enunciación. Trátase, por lo demás, de un medio nuevo, como lo anota el opositor, inadmisible en casación.

El otro argumento del cargo para sostener la nulidad del pacto colectivo, es el de que éste no fue depositado en la oficina de trabajo que ordena la ley ni fue ella la que expidió la copia traída al juicio. A lo cual observa la Sala: dispone el artículo 469 en relación con el 481 del Código Sustantivo del Trabajo, que uno de los ejemplares del escrito en que se consigne el pacto se deposite en el Departamento Nacional del Trabajo. Es bien sabido que las Inspecciones del Trabajo son dependencias del nombrado Departamento, subrogado por la División de Asuntos Industriales y últimamente por la de Asuntos Colectivos del Trabajo. La palabra Departamento o División es genérica, integra una categoría administrativa, compuesta de un conjunto de funcionarios, los cuales desempeñan diversos oficios inherentes al mismo servicio público. Su distribución entre varios agentes de una determinada repartición administrativa, obedece a conocidas reglas de división del trabajo, como ocurre en todos los órganos del Poder Público y servicios descentralizados, por lo cual, los adscritos a una sección o división, aunque tengan nombres distintos y aun diversa sede, no por eso dejan de pertenecer a dicha sección. La ley, en el artículo 469, se refiere a la entidad —Departamento Nacional del Trabajo— expresión que comprende a todas las oficinas que de él dependan y no a quien ejerza su dirección, como parece entenderlo el impugnante.

De todo lo expuesto se deduce que los errores de hecho con base en la ineficacia del pacto colectivo, están desprovistos en absoluto de fundamento.

Queda por examinar el error de hecho consistente en que la sentencia del *ad quem* no dio por demostrado, estándolo, que Víctor M. Ricardo devengó un sueldo de $ 850.00 mensuales durante el tiempo del contrato. Según el cargo, acreditan esos hechos: las posiciones absueltas por los demandados (folios 28 a 35) y las declaraciones de Neisser Carvajal e Isabel Bustamante de Vernot (folios 84 a 91).

Para el recurrente la confesión provocada rendida en el juicio por los dos demandados, acredita que el tiempo de servicios del actor comprendió el período del 17 de noviembre de 1953 al 6 de mayo de 1958. El cargo acusa la sentencia por errónea apreciación de la prueba en mención. La Sala observa que el fallador no hizo mérito de ese

elemento probatorio, luego el ataque por haberla apreciado con desacierto es inatendible.

La prueba testimonial no demuestra que el salario del actor fue el de $ 850.00 mensuales. En efecto: el testigo Neisser Carvajal dice que prestó servicios a la peluquería de marzo de 1956 a mayo de 1958; que el actor trabajó en el establecimiento cuatro años y medio y devengó, en promedio, $ 850.00 al mes; que "ganaba de acuerdo con lo que hiciera, pues el empleado que no asista al trabajo no gana nada"; que no sabe la suma exacta que la empresa pagara a los empleados; y que como "Ricardo de vez en cuando le mostraba lo que ganaba, puede afirmar que el promedio de lo que ganaba era de ochocientos cincuenta pesos mensuales". La testigo Isabel Bustamante de Vernot, en la declaración que rindió en octubre de 1958, informa que empezó a trabajar en la peluquería, a la cual presta todavía sus servicios, desde agosto de 1956 y que conoce al demandante desde hace tres años y medio; que fue su compañero de labores en el establecimiento, y no sabe "cuándo prestó el señor Ricardo sus servicios" en la Peluquería Concentración o Regina; que el actor ganaba un sueldo de $ 850.00 aproximadamente, y lo sabe porque todos los empleados comentaban sus entradas, que obtenían mediante porcentaje sobre el producto bruto del negocio; y "que no puede decir si el señor Ricardo ganaba todos los meses el mismo sueldo".

El dato sobre el sueldo del demandante de que habla el primero de los declarantes lo obtuvo por informes de aquél. No conoció, pues, el hecho por observación personal y directa. Sobre el punto, el dicho del otro declarante adolece del mismo defecto, aparte de que, de un lado, señala el tiempo de servicios del actor y, de otro, afirma que no sabe cuándo los prestó. A lo expuesto se debe agregar que el primer declarante trabajó en la peluquería dos años (marzo de 1956 a mayo de 1958) y sin embargo, afirma que Ricardo trabajó en el establecimiento cuatro años y medio, sin dar sobre el punto explicación alguna. Acerca de la duración de los servicios, la información del segundo testigo, aun dándole valor, comprendería desde agosto de 1956 en adelante, esto es, por tiempo inferior al que señala el acusador (noviembre de 1953 al 6 de mayo de 1958). Debido a la imprecisión de los dos testimonios en cuanto al monto de la retribución devengada por el demandante, el fallo del *a quo* estimó que no ofrecían mérito probatorio alguno.

Sobre la base de que el salario es el que indican las dos declaraciones en mención y no el de $ 200.00 acogido por la sentencia, el cargo acusa violación de los artículos 253 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, relativos a cesantía y primas de servicio, y pide, en consecuencia, la condena de los demandados al reajuste, y además, a la cancelación de la prima del primer semestre de 1958, en la parte proporcional. No resultando acreditado el salario de $ 850.00 mensuales, el Tribunal no tenía por qué utilizarlo, por lo cual el ataque contra el fallo del *ad quem* resulta infundado.

La sentencia, para efectos de la condena al reajuste de vacaciones, toma el salario de $ 500.00, que deduce de la confesión provocada de la demandada Virginia Gómez. Si la acusación hubiera aceptado esta base salarial, habría podido la Corte estudiar si era del caso admitirla para el reajuste de cesantía y primas de servicio, como para el pago de primas insolutas, pero dada su orientación, no le está permitido variarla para actuar oficiosamente.

También cita el cargo como violado por la sentencia el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. En relación con este extremo de la litis, dijo el fallador: "Tampoco prospera la petición sobre indemnización por mora en el pago de prestaciones sociales porque éstas le fueron pagadas al actor el día de su retiro, y si se le dejó de pagar un saldo por haberse computado el valor de las vacaciones conforme al pacto colectivo y no conforme al salario promedio, ello no implica mala fe de parte de los demandados para hacerlos acreedores a la sanción establecida por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo".

El fallo del *ad quem* se abstuvo de aplicar el precepto legal, de acuerdo con la interpretación que de él ha hecho la jurisprudencia en sede de casación. El cargo no ataca la apreciación del fallador de que se ha hecho mérito, por lo que, sin desquiciarla, no resulta pertinente su examen.

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 la Sala Laboral del Tribunal Superior 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 C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RECLAMACION DE PRESTACIONES SOCIALES

No hubo errores de hecho en la sentencia, impugnada por las dos partes litigantes. Errores del fallador en su actividad in procedendo. **Oportunidades de allegar pruebas al proceso. Pruebas acompañadas al alegato de casación.**

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Calificar de error de hecho la providencia del Tribunal denegatoria de la reposición del auto que clausuró el debate probatorio en segunda instancia, alegando que la medida causó agravio a la sociedad demandada, pues le impidió aportar al debate la prueba sobre pago del salario y cesantía reclamados en el juicio por el demandante, es incurrir en inexcusable equivocación, pues error de hecho es negar la existencia de una cosa que las pruebas del proceso acreditan, o viceversa.

2. Los errores de juicio del fallador, en su actividad in procedendo, **no inciden en casación, pues la misión de ésta es controlar la guarda de la integridad de la ley sustancial con miras a la unificación de la jurisprudencia.**

3. En relación con las pruebas aportadas durante el trámite del recurso de casación, en repetidas ocasiones ha dicho la Corte que el indicado recurso no es una tercera instancia, por lo cual no es fase adecuada para la producción de pruebas, y por consiguiente, no puede ella estimar las que se aduzcan, al decidirlo.

4. Si el demandante presentó con la demanda inicial los documentos en referencia para que se tuvieran como prueba a su favor, su incorporación al proceso se hizo legalmente, por voluntad de la misma parte que ahora los repudia y, en virtud del principio de la adquisición procesal, la prueba se hizo común, y así, aunque es cierto que faltó el decreto del Juzgado que ordenara tenerlos como prueba, ello no tiene el mérito de impedir su estimación. En tal evento rige la disposición del artículo 207, en relación con el 597, numeral 1º del Código Judicial, que no son opuestas a las especiales del estatuto procesal del trabajo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE CASACION LABORAL.—Bogotá, D. E., quince de marzo de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez).

Jairo Cano Gallego, por medio de apoderado, promovió juicio ordinario, por la vía laboral, contra la sociedad denominada "El Mercurio Limitada", domiciliada en Bogotá y representada por su Gerente, para que previos los trámites de rigor, se la condenara al pago de salarios insolutos, auxilio de cesantía, indemnización compensatoria y moratoria, y al de las demás obligaciones que resulten de los hechos del juicio, conforme al artículo 50 del Código de Procedimiento Laboral. Pide también la condena en costas.

En la relación de hechos de la demanda, afirma el actor: que le prestó servicios a "El Mercurio Limitada", como linotipista, en los talleres del periódico "La República", mediante contrato de trabajo verbal, desde el 23 de marzo de 1956 hasta el 2 de mayo del mismo año; que el salario convenido para remunerar sus servicios fue el de $ 200.00 mensuales y, además, la suma de $ 2.00 por cada galera levantada; que la asignación asciendió a la cantidad de $ 900.00 al mes, sin

incluír el salario por trabajo en domingos y demás días festivos; que la empresa le hizo firmar un contrato el 23 de abril del año expresado, con estipulación sobre período de prueba, hallándose al servicio de ella mediante convención celebrada verbalmente desde el 23 de marzo anterior; que la sociedad lo despidió sin justa causa el 3 de mayo del mismo año, alegando el período de prueba; que a la fecha de la extinción del contrato no le fue cubierto por el patrono el salario devengado y las prestaciones e indemnizaciones reclamadas.

Como fundamentos de derecho invoca las normas del Código del Trabajo y las leyes y decretos adicionales y reformatorios de ese estatuto.

La respuesta a la demanda acepta el hecho relativo a la existencia del contrato de trabajo escrito con período de prueba, pero no el verbal, aclarando que se inició en fecha posterior al 23 de marzo de 1956, e igualmente el de haber dado por terminado el vínculo, vigente el período de prueba. En cuanto a los demás hechos, manifestó que no le constaban o no eran ciertos. Expuso además: que "El Mercurio" celebró un contrato con el periódico "La República", según el cual éste se obligó a armar el órgano de publicidad denominado "El Mercurio", y a sufragar los gastos del personal, esto es, salarios y prestaciones. Propuso la excepción de inexistencia de las obligaciones.

La sentencia de primer grado, dictada por el Juzgado 1º del Trabajo de Bogotá, condenó a la sociedad demandada a pagar al actor (numeral 1º) lo siguiente: a) Por salarios insolutos, $ 59.94; b) Por indemnización moratoria $ 6.66 diarios, desde el 4 de mayo de 1956 hasta que se verifique el pago de las sumas adeudadas, y c) $ 4.95 por cesantía. Por el numeral 2º la absuelve de los demás cargos y por el 3º la condena en costas. Declara, por último (numeral 4º) no probada la excepción de inexistencia de la obligación.

Apelaron ambas partes. La sentencia decisoria del recurso de alzada revocó la de primer grado y, en su lugar, condenó a "El Mercurio Limitada" a pagar a Jairo Cano Gallego, lo siguiente: a) $ 66.66 por salarios insolutos; b) $ 5.55 por cesantía; c) $ 6.66 diarios, desde el 3 de mayo de 1956 hasta el pago de las sumas anteriores. Lo absuelve de los demás cargos y lo condena en el 50% de las costas de primera instancia, eximiéndolo de la misma condena en la segunda.

Contra la providencia anterior interpusieron los dos litigantes el recurso de casación, que les fue concedido. Admitido por la Sala y rituado en legal forma, ha llegado la oportunidad de decidirlo.

EL RECURSO DE LA PARTE DEMANDADA

Aspira a que la Corte case la sentencia recurrida y, en su lugar, absuelva en instancia a la sociedad "El Mercurio" de todas las peticiones de la demanda.

Con fundamento en la causal primera de casación, formula un solo cargo, por el cual acusa violación de los artículos 65, 139 y 249 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida, a causa de errores de hecho, provenientes de errónea estimación de unas pruebas y falta de apreciación de otras.

Los errores de hecho son éstos: que "El Mercurio" no le pagó al demandante los diez días que trabajó a su servicio ni el auxilio de cesantía por ese lapso de tiempo; y que la sociedad debe ser condenada a la sanción del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por no haber cubierto al actor las obligaciones ya citadas.

El aparte del alegato que lleva por título *"falta de apreciación de unas pruebas"*, dice que el error de hecho en que incurrió la sentencia "consiste en haberse negado a resolver favorablemente un recurso de reposición" contra el auto que declaró cerrado el debate probatorio en segunda instancia, a efecto de que pudiera incorporarse al proceso el recibo de pago de parte del salario y cesantía hecho al actor por "La República", a nombre de "El Mercurio".

El mismo alegato, bajo el epígrafe, *"Apreciación errónea de una prueba"*, expresa que el fallo del *ad quem* estimó con desacierto el acta de inspección ocular (folio 70), la cual demuestra que "La República" le pagó al demandante, por cuenta de "El Mercurio", la tercera década del mes de abril de 1956; que si la inspección no acredita la cancelación del salario de los dos primeros días del mes de mayo siguiente, ello se debe a que el importe le fue cubierto con la cesantía, según el comprobante que se negó a aceptar el Tribunal. El pago lo hizo "La República" de conformidad con el convenio celebrado con "El Mercurio", según el cual aquélla se obligó a editar un periódico de éste y a cubrir salarios y prestaciones del personal necesario para la labor, comprometiéndose la compañía demandada a reconocerle al editor una determinada suma mensual.

Para demostrar que la sociedad nada debe al demandante por salarios y prestaciones sociales y que, por tanto, no era del caso aplicar el artículo 65 del Código, a la demanda de casación acompaña el impugnante copia fotostática de un cheque girado por Editorial El Globo S. A., a cargo del Banco Cafetero y a favor del actor, por $ 58.98; un certificado del Banco, según el

cual el cheque fue pagado al beneficiario; y un libro de cuentas empastado de Editorial El Globo-La República, en cuyos asientos obran los comprobantes firmados por el actor, relativos al pago de su cesantía, por un valor de $ 57.43.

El opositor rebate el cargo, diciendo que las pruebas presentadas por el recurrente no pueden estimarse, pues se violarían principios sustantivos y procesales; que, además, los errores de hecho acusados, de haberse producido, incidirían sobre normas de procedimiento, que no juegan en casación.

SE CONSIDERA:

Toda la argumentación del recurrente descansa en la afirmación de que la deuda por salarios en diez días y la proveniente de la cesantía por el mismo lapso de tiempo, cuyo pago ordena la sentencia, fue cancelada al demandante, según lo demuestra la inspección ocular y los comprobantes acompañados al alegato de casación.

En el juicio no hay prueba —dice la sentencia— ni siquiera un indicio de que "La República" se hubiera obligado a pagar salarios y prestaciones al actor, como lo sostiene el Gerente de la sociedad demandada al absolver posiciones. "El Tribunal —agrega— desconoce el contrato que dice haber celebrado la demandada con 'La República' sobre este aspecto. Por tanto, y ante esta deficiencia probatoria, hay que concluír que el fallador sólo puede atenerse a los documentos de folios 6 y 7 y sobre ellos deberá pronunciarse la respectiva decisión".

La anterior apreciación de la sentencia recurrida, no ha sido atacada por el recurrente, lo cual es suficiente para mantenerla, según principios dominantes en derecho de casación.

Calificar de error de hecho la providencia del Tribunal denegatoria de la reposición del auto que clausuró el debate probatorio en segunda instancia, alegando que la medida causó agravio a la sociedad demandada, pues le impidió aportar al debate la prueba sobre pago del salario y cesantía reclamados en el juicio por el demandante, es incurrir en inexcusable equivocación, pues error de hecho es negar la existencia de una cosa que las pruebas del proceso acreditan, o viceversa. Además, los errores de juicio del fallador, en su actividad *in procedendo,* no inciden en casación, pues la misión de ésta es controlar la guarda de la integridad de la ley sustancial con miras a la unificación de la jurisprudencia.

En relación con las pruebas aportadas durante el trámite del recurso de casación, en repetidas ocasiones ha dicho la Corte que el indicado recurso no es una tercera instancia, por lo cual no es fase adecuada para la producción de pruebas, ni por consiguiente, puede ella estimar las que se aduzcan al decidirlo.

Por las razones expuestas, la Corte no recibe el cargo.

EL RECURSO DE LA PARTE DEMANDANTE

Persigue la quiebra de la sentencia recurrida, en cuanto negó algunas peticiones de la demanda inicial e hizo condenas inferiores a las que dicha pieza solicita, y la revocatoria de la de primer grado, para que la Corte acoja, en su reemplazo, las súplicas del libelo de instancia con la base salarial que ésta indica, o la que, en subsidio, demuestren las pruebas del juicio.

Invoca la causal primera de casación. Con fundamento en ella formula un solo cargo, por aplicación indebida de los artículos 5º, 14, 20, 22, 23, 24, 27, 37, 47, 57, ordinal 4º, 65, 66, 127, 132, 134, 138, 139, 140 y 249 del Código Sustantivo del Trabajo, a causa de errores de hecho evidentes por errónea apreciación de unas pruebas y falta de estimación de otras.

Aunque el cargo dice que la sentencia dejó de estimar unas pruebas, en su desarrollo no las cita, pues se limita a relacionar las que fueron mal apreciadas por el fallador. Como tales señala: el acta de inspección ocular (folios 68 a 71) y los documentos de folios 6 y 7, relativos, el primero, al despido del trabajador, y el segundo al contrato de trabajo escrito.

No se sabe con precisión cuáles son los errores de hecho que el cargo le imputa a la sentencia, pues la demanda de casación (folio 8) hace una relación de ellos y a la página 11 otra. Tomando la última, de mayor precisión, los errores son los siguientes: dar por demostrado, sin estarlo, estos hechos: que el tiempo de servicios del actor fue de 10 días (del 23 de abril al 2 de mayo de 1956); que el salario que devengó era el de $ 6.66 diarios, o sea, $ 200.00 mensuales; que el trabajador fue despedido en legal forma; y que el contrato entre las partes fue por escrito y no verbal.

En desarrollo del cargo expone el acusador:

a) La prueba de inspección ocular (folios 68 a 71) demuestra que al actor se le pagó como linotipista en "El Mercurio", en la tercera década de abril de 1956, por salario básico, trabajo a destajo (galeraje) y comida, $ 254.53.

b) El documento del folio 7 (contrato escrito entre las partes) carece de valor, porque no fue decretado como prueba por el Juzgado del conocimiento. Eliminado del proceso, la relación de

trabajo quedaba regida por el contrato verbal. Además, sobre el documento debe prevalecer la inspección judicial.

c) El documento del folio 6 (nota de despido del empleado), por la cual el patrono da por terminado el contrato escrito, en el cual se pactó el período de prueba, adolece del mismo defecto que presenta el citado en el punto anterior. La prescindencia de este documento habría tenido la misma consecuencia señalada al del folio 7.

"Así, pues, prosigue el recurrente, se produjeron consecuencias jurídicas distintas a las contempladas en las mencionadas normas. De lo contrario, la sentencia habría concluído que entre las partes existió contrato verbal de trabajo desde el 21 de abril al 2 de mayo de 1956, fecha del despido injusto y por un total de 12 días, y no contrato por escrito"; que el demandante fue despedido injustamente y no en forma legal, por estar en período de prueba, como lo pretende el Tribunal; que su remuneración promedio ordinaria fue de $ 25.43 y no de $ 6.66; que se le deben los dos primeros días del sueldo de mayo de 1956 con el salario citado en primer término y el correspondiente al tiempo faltante del plazo presuntivo, o sea, el comprendido entre el 3 de mayo y el 20 de octubre del año expresado, a $ 25.43 diarios, y los salarios caídos, conforme a dicha base salarial, desde el 3 de mayo en adelante, y por último, que la empresa debe ser condenada al pago de la totalidad de las costas en las dos instancias.

Dice el opositor demandado que si Cano Gallego aparece en la nómina examinada en la inspección ocular correspondiente a la última década de abril de 1956, ello no quiere decir que hubiera trabajado los diez días, pues el contrato de trabajo del folio 7 acredita que ingresó al servicio el 23 de dicho mes. Por tanto, la suma de $ 254.53 de que allí se habla se refiere a los días laborados, o sea del 23 al 30 de abril (ocho en total). Que si del expediente no aparece el pago del salario devengado el primero y el dos de mayo siguiente, a la empresa no le cabe ninguna responsabilidad, pues ella quiso presentar el comprobante de su cancelación en la diligencia de inspección ocular, y el Tribunal no lo permitió, pues se negó a continuarla, no obstante los reclamos de su apoderado contra el auto que declaró clausurado el debate probatorio. En el recibo que no pudo presentarse, aparece que el salario de los dos días de mayo fue cancelado al actor, lo mismo que sus prestaciones sociales. Agrega el opositor: "Cuando formule mi demanda de casación presentaré tal comprobante para que la Corte lo tenga en cuenta al dictar su fallo". Sobre los documentos corrientes a folios 6 y 7, dice que no fueron mal apreciados por el fallador, pues el actor los presentó con la demanda de instancia, por lo cual era el caso de estimarlos, conforme a lo previsto en el artículo 597, numeral 1º del Código Judicial.

SE CONSIDERA:

CONTRATO DE TRABAJO

A folio 7 del cuaderno principal obra el documento que lleva por título "El Mercurio Limitada". "Contrato individual de trabajo". Lo suscriben Fernando Quintana, como Gerente de dicha sociedad, y Jairo Cano Gallego, extendido en Bogotá el 23 de abril de 1956. De sus cláusulas aparece un contrato de trabajo entre los signatarios. La tercera fija la remuneración del empleado por los servicios que se obliga a prestar como linotipista de "El Mercurio", en la suma de $ 200.00 mensuales, "más dos pesos por cada galera". La sexta dice que el contrato es continuación del verbal que viene rigiendo desde el 23 de abril de 1956, y la octava, que aquél se entiende sujeto a un período de prueba de 60 días.

A folio 6 del mismo cuaderno figura la nota de fecha 2 de mayo de 1956, dirigida al demandante, suscrita por el Gerente de "El Mercurio", por medio de la cual le expresa que da por terminado el contrato, desde el día siguiente, en vista de que el empleado "se encuentra en período de prueba".

El recurrente sostiene que esos documentos carecen de mérito probatorio, porque el Juzgado del conocimiento no dispuso que se tuvieran como prueba, y que, por consiguiente, la relación de trabajo debe considerarse regida por un contrato verbal de duración indefinida.

La sentencia del *ad quem* expresa que, aunque faltó el decreto que ordenara recibir como prueba los dos documentos, debían estimarse conforme a lo previsto en el artículo 207 del Código Judicial. Dio, por tanto, aplicación a la citada norma legal. Esta apreciación de la sentencia no la ataca el recurrente, como era de rigor, por lo cual no resultan demostrados los errores de hecho que acusa por mala estimación de los citados elementos probatorios.

Por lo demás, aun dejando de lado el reparo anotado, no encuentra la Sala admisible la crítica del acusador. El demandante presentó con la demanda inicial los documentos citados para que se tuvieran como prueba a su favor. Su incorporación al proceso se hizo, pues, legalmente por voluntad de la misma parte que los repudia

y, en virtud del principio de la adquisición procesal, la prueba se hizo común, sin que la falta del decreto de que habla el cargo tenga el mérito de impedir su estimación. En tal evento rige la disposición del artículo 207, en relación con el 597, numeral 1º del Código Judicial, que no son opuestas a las especiales del estatuto procesal del trabajo.

SALARIO

Para las condenas que hace la sentencia por cesantía, indemnización moratoria y salarios insolutos, toma el fijo de $ 200.00 señalado en el contrato escrito, advirtiendo que no hay prueba en el juicio acerca del salario variable (alude al adicional de $ 2.00 por galera), y como tiempo de servicios el corrido entre el 23 de abril de 1956, fecha del mencionado contrato, y el 2 de mayo siguiente (10 días).

Afirma el impugnador que la remuneración a que tenía derecho el demandante es la que registra la inspección ocular, esto es, la de $ 254.53 por década ($ 25.45 diarios), fijando como tiempo de servicios el comprendido entre el 21 de abril y el 2 de mayo de 1956 (12 días); que la indicada base salarial debe servir para liquidar las obligaciones que decreta la sentencia y para la concerniente al lucro cesante.

La Sala observa:

La sentencia desechó la prueba de inspección judicial, porque lo que en ella se examinó fueron libros del diario de "La República", entidad extraña al juicio, sin que en éste se hubiera demostrado vínculo jurídico alguno entre ella y la sociedad demandada, pues el contrato según el cual aquélla se obligó al pago de salarios y prestaciones sociales del personal encargado de los trabajos de edición del periódico "El Mercurio", por cuenta de la compañía demandada, no obra en el proceso.

Esta motivación de la sentencia no le merece al recurrente consideración alguna, y como constituye el principal soporte de la decisión, la Corte debe mantenerla, de conformidad con doctrinas reiteradas de la jurisprudencia, suficientemente conocidas.

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 la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.

Sin costas en el presente recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaccta 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.

CONTRATO DE TRABAJO Y CONTRATO DE SOCIEDAD

Posibilidad de relaciones laborales entre la sociedad y alguno de sus socios. Examen especial en relación con la de responsabilidad limitada. Falta de determinación de la cuantía y de la forma de pago en contratos verbales de trabajo. Errores de técnica en casación.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. La violación directa de la ley consiste en que a un hecho no discutido o claramente demostrado y admitido por el fallador, se deja de aplicar la norma pertinente o se aplica ella a un hecho inexistente, en contra de su texto expreso.

2. El planteamiento de una violación directa de la ley no puede hacerse a través del examen de cuestiones probatorias.

3. Desde luego, si al celebrarse un contrato verbal no se acuerda, por omisión o por cualquier otro motivo, la cuantía y forma de la remuneración, no por ello la prestación de servicio deja de tener validez jurídica.

4. La jurisprudencia de casación laboral ha admitido, en cuanto a las sociedades anónimas, que entre un socio y la sociedad de que es accionista puede haber una relación de trabajo siempre que se den los elementos característicos de ésta, a saber: actividad personal, subordinación o dependencia y remuneración. Respecto a las sociedades de personas se ha llegado a aceptar un criterio análogo, pero, sólo en determinadas circunstancias.

5. Concretando el problema a las sociedades de responsabilidad limitada, se puede deducir, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte, lo siguiente: 1º Si el socio de una sociedad de responsabilidad limitada presta su actividad en beneficio de ésta, en desarrollo de las facultades de administración que le competen de acuerdo con el convenio social, tal actividad no se rige por las normas del contrato de trabajo, y 2º Si el servicio que presta un socio es ajeno a las facultades administrativas y de representación, entre él y el ente social puede existir contrato de trabajo, si, por otra parte, hay subordinación del socio respecto de la sociedad.

6. Involucrar un ataque por interpretación errónea de la ley con una cuestión probatoria, no es de recibo en casación, según lo tiene sentado la jurisprudencia, así laboral como civil.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE CASACION LABORAL.—Bogotá, D. E., diez y seis de marzo de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo).

Lucy Gómez Rodríguez, por medio de apoderado, demandó al "Instituto Gran Colombia —Sección Comercial— Limitada", representado por su Gerente señor Alfonso Neira B. y al señor Luis Alejandro Eslava D., con el fin de que se les condenase solidariamente a pagarle los sueldos devengados en los años lectivos de 1953, 1954 y 1955, en su condición de Directora del Instituto, a razón de $ 300.00 mensuales; el auxilio de cesantía correspondiente a los servicios prestados desde 1952 a 1955, inclusive, en dicho cargo y en el de profesora de contabilidad y técnica de oficina, teniendo en cuenta que se le pagó por las clases dictadas en estas materias

la suma de $ 60.00 mensuales; el valor de las vacaciones y el de la prima de servicios; la indemnización moratoria por falta de pago oportuno y las costas del juicio en caso de oposición.

Según los términos de la demanda, la señorita Lucy Gómez Rodríguez fue contratada como Directora de la entidad demandada, cargo que ejerció desde principios del año de 1953 hasta el 3 de febrero de 1956, cuando se le despidió sin previo aviso; el "Instituto Gran Colombia —Sección Comercial— Limitada" inició sus labores a comienzos del año de 1952, y desde entonces fueron establecidos los sueldos de los profesores a medida de las circunstancias, pero sin que a la fecha del despido se hubiera fijado el que devengara la Directora, que la demandante estima en $ 300.00 mensuales, sin perjuicio de acogerse a lo que por peritos se dictaminara; las clases de contabilidad o técnica de oficina las dictaba con una intensidad de 12 horas la primera y 8 la segunda, a razón de $ 3.00 hora, lo que da un promedio mensual de $ 60.00; al ser despedida de la dirección del plantel no se le pagaron ni los sueldos ni las prestaciones sociales a que tiene derecho, ni siquiera se hacía figurar en las nóminas del profesorado el sueldo de la Directora; la entidad "Instituto Gran Colombia —Sección Comercial— Limitada" se constituyó por escritura pública número 877 de fecha 8 de julio de 1954, otorgada en la Notaría Primera de Tunja.

Fundó su derecho en los artículos 23, 65, 101, 102, 306 y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo, y en el Decreto 2158 de 1948, sobre procedimiento.

Al contestar el libelo, la parte demandada se opuso a que se hicieran las condenaciones solicitadas por la actora, alegando que no hubo contrato de trabajo, ya que como contadora que era ésta del Almacén de Provisiones del Departamento no podía dedicar el tiempo necesario a las labores docentes del Instituto, a donde sólo concurría en forma esporádica; admite como cierto que la señorita Rodríguez dictó las clases de contabilidad y técnica de oficina en el año de 1955, pero que perdió los derechos que reclama por haber violado el artículo 250 del Código Sustantivo del Trabajo en su ordinal c); que, además, disfrutó de las vacaciones de Semana Santa y de julio, que excluyen las legales; que fue la demandante quien dio por terminado el contrato desde el mes de diciembre de 1955, cuando pidió que se liquidara la sociedad; que luégo, en enero siguiente, anunció al público por diversos medios que ella era la propietaria del instituto y abrió matrículas en su casa de habitación, contra las restricciones del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo en sus numerales segundo, tercero, sexto y octavo del aparte A) y las del artículo 63 ibídem en su aparte A); que al constituírse legalmente la sociedad, convinieron los socios, por unanimidad, que ejerciera las funciones de Gerente el señor Alfonso Neira B., las de Director General el señor Luis Alejandro Eslava, las de Directora de la Sección Comercial la señorita Lucy Gómez Rodríguez y las de Secretario Habilitado el señor Manuel Acero P., todos consocios; que en vista de la penuria económica del Instituto acordaron que ninguno cobraría sueldo, excepto el Secretario, y que en esas condiciones había venido marchando la institución; agrega que la demandante no necesitaba de preaviso para retirarse, máxime si se creía única propietaria del establecimiento, que no lo era, y que en tales circunstancias fue cuando los demás socios resolvieron reemplazarla, previa consulta al Ministerio de Educación, y nombrar a la señorita Margarita Torres Fonseca en su reemplazo. Respecto a los restantes hechos acepta unos y rechaza otros, aclarando que la demandante dictó la clase de contabilidad con una intensidad de 12 horas mensuales, en los años de 1952, 1953 y 1954, y que sólo en 1955 dictó también la de técnica de oficina.

Propuso la excepción de inepta demanda en lo relativo a la indicación del representante de la sociedad demandada.

En el mismo escrito anunció una consignación a favor de la demandante por concepto de auxilio de cesantía ($ 120.00), prima de servicios ($ 120.00) y sueldos ($ 90.00).

El Juzgado del Trabajo del Círculo Judicial de Tunja, que conoció del negocio, condenó al Instituto Gran Colombia —Sección Comercial— Limitada, a pagar a la actora en su calidad de profesora del instituto $ 240.00 por cesantía y $ 138.00 por prima de servicios. Absolvió de los demás cargos de la demanda, sin costas.

Apelado el fallo de primera instancia por el apoderado de la demandante para ante el respectivo superior, éste lo confirmó en todas sus partes. Sin costas.

El mismo apoderado recurrió en casación. Concedido el recurso, admitido y debidamente tramitado, va a decidirse, previo el examen de la demanda presentada para sustentarlo. No hubo escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Pretende el recurrente que se case el fallo acusado y, en su lugar, se dicte sentencia "de acuerdo con las peticiones de la demanda, condenando

a los demandados al pago de los sueldos que como Directora deben a la demandante; a la indemnización por falta de pago; a las prestaciones que de acuerdo con la ley correspondan calculadas sobre el sueldo señalado por el perito (folio 86) y a las costas del juicio".

Invocando la causal primera del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral formula tres cargos.

PRIMER CARGO

Acusa por infracción directa de los artículos 22, 23, 24, 25, 54 y 45 del Código Sustantivo del Trabajo, dejados de aplicar al caso de autos, y por aplicación indebida del artículo 38 ibídem, que no es pertinente.

Combate el recurrente la tesis del fallador, según la cual, por falta de continuada subordinación y de un salario retributivo, la labor de la demandante como Directora de la Sección Comercial del Instituto Gran Colombia, no estuvo regida por un contrato de trabajo.

En cuanto a la continuada subordinación, dice que si la señorita Lucy Gómez ejerció el cargo de Directora durante los años de 1953, 1954 y 1955, conforme lo confesaron al absolver posiciones el demandado Luis Alejandro Eslava, folio 67, y el Gerente Alfonso Neira, aquél al contestar la segunda pregunta y éste en su respuesta a la tercera, lo mismo que lo declararon los testigos, debe presumirse que desempeñó sus funciones como la institución lo requería o su reglamento interno lo determinaba, ya que no se adujo prueba en contrario. Habría que conocer los estatutos del colegio y su reglamento interno —añade el recurrente— para saber si la Directora estaba obligada a ayudar a la propaganda en los meses de vacaciones, o a la organización del colegio, que son los reparos que hace el demandado Eslava.

Respecto de la remuneración, anota que, de una parte, no es necesario convenirla previamente a la ejecución del contrato, según parece entenderlo el fallador, puesto que en los términos del artículo 54 del Código Sustantivo del Trabajo puede acreditarse por los medios probatorios ordinarios, que fue precisamente lo que se hizo en el caso de autos, en el que, dentro de la diligencia de la inspección ocular visible al folio 57 vuelto, el Juzgado del conocimiento dio por demostrado el hecho de que la Directora devengaba sueldo, cuyo monto se fijó por medio del dictamen pericial del folio 86 del expediente.

Sostiene el recurrente que establecida, con las pruebas que menciona, la actividad personal de la demandante y demostradas la subordinación y la remuneración, el fallador violó las disposiciones legales que aquél cita en la enunciación del cargo, al desconocer la existencia del contrato de trabajo y no declarar las consecuencias derivadas de éste.

SE ESTUDIA EL CARGO

La infracción directa de la ley, como lo viene enseñando la jurisprudencia de casación desde hace mucho tiempo, consiste en que a un hecho no discutido o claramente demostrado y admitido por el fallador, se deja de aplicar la norma pertinente o se aplica ella a un hecho inexistente, en contra de su texto expreso. De tal manera que el planteamiento de una violación de esta clase, no puede hacerse a través del examen de cuestiones probatorias, tendientes a demostrar que la sentencia acusada dejó de apreciar unas pruebas o estimó equivocadamente otras, lo cual es materia de una modalidad distinta.

Y como en el desarrollo de este cargo, en que se alega violación directa de determinados preceptos legales, el recurrente ataca los soportes probatorios de la sentencia, resulta técnicamente mal formulado, y, por tanto, ineficaz para casarlo.

SEGUNDO CARGO

En este acusa por interpretación errónea de los artículos 22, 23, 24, 25, 38 y 54 del Código Sustantivo del Trabajo, que condujo al fallador a dejar de aplicar los artículos 101, 102 y 65 de la misma obra.

Destaca el recurrente los dos siguientes apartes de la sentencia:

"Y como no aparece probada por parte alguna la cuantía y forma de remuneración, tampoco puede legalmente hablarse de la existencia de un contrato verbal de trabajo".

"La identidad de propósitos, la igualdad de derechos y la participación de utilidades y de riesgos en un negocio social, como ocurre en autos con la consocio de la sociedad de responsabilidad limitada 'Instituto Gran Colombia —Sección Comercial—', son elementos que hacen presumir la *'afectio societatis'* y en ningún caso la posibilidad de que entre quienes así actúan, pueda haber la relación de empleador a empleado; de patrono a trabajador".

Acerca del primer punto, estipulación del salario, observa el recurrente que la interpretación del sentenciador es contraria al espíritu de las disposiciones que señala como violadas y opuestas al texto claro del artículo 54 del Código Sustantivo del Trabajo que consagra la posibilidad

de demostrar la existencia y condiciones del contrato de trabajo por los medios probatorios ordinarios.

En lo tocante a la segunda cuestión, imposibilidad de ser miembro o socio de una sociedad de responsabilidad limitada y al propio tiempo empleado de la misma, encuentra equivocada la tesis del Tribunal, y al efecto aduce estos argumentos: la sociedad como persona jurídica y el socio como persona natural forman dos personas distintas, y como ningún estatuto legal lo prohibe, el segundo puede ser empleado de la primera; la sociedad está representada por su Gerente y se obliga por medio de él, sin comprometer a los otros socios, sino únicamente en su aporte; las ganancias o dividendos, se repartirán entre los miembros de la sociedad, según lo previsto en la escritura social; el interés de la persona natural es el de beneficiarse particularmente con su actividad, la que no queda limitada por pertenecer a una sociedad; el hecho de pertenecer a ésta, no quiere decir que al firmar la escritura social el socio haya enajenado su actividad personal en beneficio de la persona jurídica que ayudó a formar con su aporte.

SE CONSIDERA:

1º *Estipulación de salario.* La sentencia contiene los siguientes conceptos:

"Si falta un salario retributivo, se está en presencia de un contrato de tipo diferente al de trabajo, ya que es de la esencia de estos contratos el salario con carácter retributivo".

"Cuando se celebra un contrato verbal —que sería el caso de autos—, las partes deben ponerse de acuerdo, al menos, acerca de los siguientes puntos: ... 2º La cuantía y forma de remuneración, ya sea por unidad de tiempo, por obra ejecutada, por tarea, a destajo u otra cualquiera y los períodos que regulen su pago; ... y como no aparece probada por parte alguna "la cuantía y forma de remuneración", tampoco puede legalmente hablarse de la existencia de un contrato verbal de trabajo".

El Tribunal no hace en verdad la afirmación que le atribuye el recurrente, o sea la de que si no se estipula previamente un salario determinado no hay contrato de trabajo, lo que sí entrañaría un entendimiento equivocado de la ley, pues ésta, en orden a proteger el trabajo dependiente, quiere que se le remunere, ya sea conforme a la retribución convenida, o a la que efectivamente se recibió o a la que se acredite por cualquier otro medio.

La circunstancia de que el fallador reproduzca los términos del artículo 1º del Decreto 617 de 1954, que modificó el artículo 38 del Código Sustantivo del Trabajo, no implica una interpretación, pues no lo es la simple cita de un texto legal. Y el pasaje en que declara que no "aparece probada por parte alguna la cuantía y forma de remuneración", envuelve una cuestión de hecho, ajena a la modalidad que se invoca en el cargo.

Desde luego, si al celebrarse un contrato verbal no se acuerda, por omisión o por cualquier otro motivo, la cuantía y forma de la remuneración, no por ello la prestación de servicio deja de tener validez jurídica.

Socio empleado. En el aparte de la sentencia que transcribe el recurrente, en relación con esta materia, se niega en forma absoluta la posibilidad de que entre los socios y la sociedad de que hacen parte pueda haber relación de empleado a empleador, de patrono a trabajador.

La jurisprudencia de casación laboral ha admitido, en cuanto a las sociedades anónimas, que entre un socio y la sociedad de que es accionista puede haber una relación de trabajo siempre que se den los elementos característicos de ésta, a saber: actividad personal, subordinación o dependencia y remuneración. Respecto de las sociedades de personas se ha llegado a aceptar un criterio análogo, pero sólo en determinadas circunstancias. Concretamente, sobre las sociedades de responsabilidad limitada, se ha dicho:

"... en tratándose de una sociedad de responsabilidad limitada no parece jurídicamente posible que coexistan las calidades de socio y de empleado en la misma persona. La *afectio societatis,* fundamental para la existencia de la sociedad y la subordinación, esencial para el contrato de trabajo, son antitéticas porque parten de supuestos contrarios y van hacia fines distintos. La primera es el resultado del convenio de varias personas que resuelven poner capital u otros efectos en común con el objeto de repartirse entre sí las ganancias o pérdidas resultantes de la especulación. La segunda supone un contrato por el cual la persona se pone al servicio y bajo las órdenes de otra mediante una remuneración. Aquélla supone igualdad jurídica y jerárquica entre los contratantes. Esta párte de la base de la desigualdad nacida no sólo de la distinta posición económica de los contratantes sino del derecho de propiedad que sobre la empresa tiene el patrono y que determina la jerarquización administrativa y la correspondiente facultad de mando. En la sociedad, el que aporta trabajo o industria, se despoja de él para entregarlo a una

empresa de beneficio común y su labor estará siempre enderezada a velar porque la marcha de los negocios responda en beneficios proporcionales a su aporte. En el contrato de trabajo, el que lo presta está primordialmente interesado en la defensa de su salario a través del cumplimiento de sus obligaciones, pero es ajeno al resultado de los negocios de la empresa" (Sentencia del 25 de febrero de 1955, Guillermo Echavarría Arango contra Compañía de Calzado, Limitada).

Mas, en el fallo que acaba de citarse, se expresa lo siguiente:

"'No puede, sin embargo de todo lo anterior, rechazarse de plano la posibilidad de que el socio de una sociedad de responsabilidad limitada pueda ser su empleado, esto es, que a más de sus obligaciones inherentes a la calidad de socio, se encuentre subordinado a la entidad misma a través de servicios personales. Ello puede ocurrir, por ejemplo, y en el caso del socio industrial, cuando, con prescindencia de los servicios que precisamente se obligó a prestarle a la firma a título de aporte en industria, se conviene con él el suministro de otros de diferente índole, mediante remuneración especial, y quedando subordinado a las órdenes e instrucciones de los órganos de mando de la firma. En tal caso, pueden distinguirse claramente las dos calidades con las facultades y obligaciones que caracterizan a cada una, y aplicarles, respectivamente, las disposiciones legales que les son pertinentes".

Y en sentencia del 24 de marzo de 1956, se dijo:

"Sostiene el recurrente que la calidad de socio y de agente de la sociedad hacen imposible que exista contrato de trabajo con la misma, pero tal afirmación no resulta rigurosamente exacta, ya que ella es cierta cuando la gestión se hace en razón del aporte social en el caso del socio industrial, o se hace en razón de la facultad de administración de los socios en la de responsabilidad limitada, pero cuando el servicio prestado es distinto del prometido como aporte o es ajeno a la facultad administrativa del socio de la de responsabilidad limitada, puede haber contrato de trabajo".

"...es conveniente advertir que el socio capitalista como tal, no puede ser empleado, pero no repugna que un socio capitalista que además de serlo preste servicios a la sociedad, pueda llegar a tener el doble carácter que el impugnador rechaza, pues la actividad en beneficio de la persona jurídica, sin que sea propia del convenio social, puede dar lugar a una relación laboral". (Simón Romero Villalba contra Transportes Bolívar Limitada).

De los fallos anteriormente transcritos, cuyos puntos de vista acoge en lo esencial esta Sala, se deduce lo siguiente:

1º Si el socio de una sociedad de responsabilidad limitada presta su actividad en beneficio de ésta, en desarrollo de las facultades de administración que le competen de acuerdo con el convenio social, tal actividad no se rige por las normas del contrato de trabajo; y

2º Si el servicio que presta un socio es ajeno a las facultades administrativas y de representación, entre él y el ente social puede existir contrato de trabajo, si, por otra parte, hay subordinación del socio respecto de la sociedad.

En el asunto que se estudia, el fallador estima que no hay posibilidad *en ningún caso* de que entre los socios de una sociedad de responsabilidad limitada y ésta surja la relación de empleador a empleado, de patrono a trabajador.

En este sentido, y dentro de los límites indicados, resulta fundada la acusación de que el fallador interpretó erróneamente los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

Pero como el recurrente no señala las disposiciones sustantivas reguladoras de las prestaciones impetradas en la demanda —auxilio de cesantía, vacaciones y prima de servicios—, la referida acusación es insuficiente para desquiciar la sentencia de segundo grado, y por tanto no prospera.

TERCER CARGO

Está enunciado así:

"Acuso la sentencia recurrida como violatoria de los artículos 22, 23, 24, 25, 54, 65, 102, 101 del Código Sustantivo del Trabajo y los artículos 51, 52, 55, 56, 58 y 60 del Código de Procedimiento Laboral, por error de hecho en la apreciación de las pruebas allegadas al juicio, a las cuales no se les dio el alcance legal que les corresponde, sino otro distinto, como paso a demostrarlo, habiendo conducido el análisis hecho por el juzgador, a desembocar en una interpretación errada de las normas citadas".

Ataca el recurrente la parte de la sentencia en la cual se declara que no se pactó remuneración alguna por la labor que la demandante dice haber realizado como Directora de la Sección Comercial del Instituto Gran Colombia.

Singulariza las declaraciones de la señora Emma Eslava de Acero, Luis Alejandro Eslava y Alfonso Neira, en las que éstos afirman que se

convino por los socios condueños del colegio que la Directora, lo mismo que el Gerente y el Rector, no cobrarían sueldos por el desempeño de las respectivas funciones.

Sostiene que tales declaraciones son inaceptables, porque provienen de personas interesadas en el negocio, ya que la señora Emma Eslava de Acero, socio de la entidad demandada, es hermana de Luis Alejandro Eslava, Rector General y socio, y el señor Neira es Gerente y socio del Instituto Gran Colombia, y demandados, además, los dos últimos.

Añade que, siendo así, el hecho que afirman los demandados de que la Directora no tuvo sueldo, hecho que no aparece consignado en la escritura de constitución de la sociedad ni en sus estatutos, se quedó sin prueba, y que, por tanto, el fallador incurrió en error de hecho manifiesto, al no dar por demostrado el contrato de trabajo, cuando en realidad sí lo está.

SE CONSIDERA:

Este cargo, como los anteriores, adolece de graves deficiencias técnicas. En efecto, de una parte, involucra el ataque por interpretación errónea con una cuestión probatoria, lo cual no es de recibo en casación, según lo tiene sentado la jurisprudencia, así laboral como civil. De otra, el recurrente se limita a criticar la prueba en que el fallador apoyó su concepto de que no se estipuló salario por la labor que la demandante cumplió como Directora, perdiendo de vista que la conclusión de que entre las partes no existió contrato de trabajo, se fundó, además, en otros soportes, como en el de que la actividad de la señorita Lucy Gómez Rodríguez correspondió a un desarrollo de las facultades administrativas que le pertenecían en su calidad de socio del Instituto Gran Colombia —Sección Comercial— Limitada, y en el de que faltó el elemento subordinación, soportes que, no refutados, obligan a mantener el fallo.

En consecuencia, este último cargo tampoco prospera.

Como uno de los argumentos presentados por el recurrente sirvió de base para que esta Sala corrigiera por vía de doctrina la tesis del fallador, según la cual "en ningún caso" es posible que el socio de una sociedad de responsabilidad limitada sea empleado de la misma, no habrá condenación en costas en este recurso.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia recurrida.

Sin costas.

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.

REMUNERACION DEL TRABAJO NOCTURNO

La reclamación provino de una enfermera al servicio de un hotel capitalino. Salario sin prestación del servicio. A trabajo igual, salario igual.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Presupuestos del derecho al recargo de remuneración por trabajo nocturno, equivalente al 35% sobre el valor del trabajo diurno (168, 169), son los siguientes: a) Que la función desempeñada por el trabajador lo haya sido en jornada nocturna; b) Que en el respectivo establecimiento exista la misma función, en jornada diurna, y c) El salario correspondiente al trabajo diurno.

2. Siendo discontinuo e intermitente el trabajo de la demandante, ésta cumplía con sus obligaciones aunque no estuviera en permanente actividad, siempre que se hallara a órdenes y a disposición del patrono.

3. Para la aplicación del artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo se requiere, entre otras condiciones, la siguiente: Que un trabajador desempeñe igual función que otro en la misma empresa, en jornadas iguales y con salarios desiguales.

4. Pero no basta que la labor de dos empleados de la misma empresa sea igual y que lo sea también la jornada de trabajo, para que opere el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo, pues el precepto exige, además, que desempeñen la función con la misma eficiencia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE CASACION LABORAL.—Bogotá, D. E., veintidós de marzo de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez).

Julia Daza de Reina promovió juicio ordinario, por la vía laboral, contra la sociedad anónima denominada "Hotel San Diego", domiciliada en Bogotá, representada por el Presidente de su Junta Directiva, para que por sentencia sea condenada a pagarle $ 7.115.00 por salarios insolutos, y la suma de $ 11.66 diarios, desde el 3 de junio de 1957 hasta la cancelación de la deuda por el concepto ya expresado, a título de indemnización moratoria.

Según las voces del libelo, Julia Daza de Reina prestó servicios personales dependientes al Hotel Tequendama, bajo la administración de la sociedad demandada, en calidad de Enfermera, en la siguiente forma: desde fines de junio de 1955 hasta el 5 de enero de 1956, los días domingos en la noche únicamente; de 5 de enero al 15 de mayo de 1956, incluyendo los días feriados, de manera continua, en jornadas de 7 p. m. a 7½ a. m., del día siguiente; a partir del 15 de mayo de 1956, desde las primeras horas de la noche del sábado hasta las siete y media de la mañana del lunes siguiente, habiendo recibido descanso compensatorio por el trabajo dominical; que desde el 1º de abril de 1957 hasta la expiración del contrato, trabajó alternativamente, de día y de noche; que en los últimos tres meses de servicio trabajó en días hábiles y en jornadas de nueve horas. Hace el relato del salario recibido por labores en domingos, durante los diversos lapsos de tiempo mencionados, y afirma además: que el Hotel Tequendama, durante el tiempo del contrato, tuvo otras dos enfermeras, con las mismas funciones de la demandante, que prestaban sus servicios en jornadas diurnas únicamente, devengando una de ellas un salario de $ 500.00 y de $ 350.00 la otra; que la actora tenía derecho, en el período de 1º de enero de 1955 al 1º de abril de 1957, por trabajo nocturno en días hábiles, a un recargo del 35% sobre el salario devengado por la enfermera de trabajo diurno, y sólo reci-

bió la suma de $ 300.00 mensuales, esto es, la asignación sin el recargo; que la sociedad le debe por trabajo nocturno, horas extras diurnas y nocturnas, la suma de $ 7.115.00, y los perjuicios consiguientes a título de indemnización moratoria.

La respuesta a la demanda acepta el contrato de trabajo, pero sólo del 5 de enero de 1956 al 31 de mayo de 1957. Niega los demás hechos. Agrega que la sociedad nada debe a la actora, pues cuando dio por terminado el contrato le pagó, fuera de la cesantía, primas de servicio, salarios y preaviso, el valor de 142 horas extras nocturnas, según su reclamo, y el de siete días festivos. Propuso la excepción de pago.

La sentencia de primera instancia, dictada por el Juzgado 1º del Trabajo de Bogotá, condenó a la sociedad "Hotel San Diego" a pagar a la demandante Daza de Reina, la suma de $ 2.091.25 por salarios y el 70% de las costas del juicio. La absolvió de los demás cargos.

Apelaron ambas partes. La sentencia decisoria de la relación de segundo grado, revocó la del Juzgado *a quo*, absolviendo a la sociedad de todos los cargos de la demanda, sin costas en las dos instancias.

Contra la anterior providencia interpuso la parte demandante el recurso de casación, que le fue concedido. Admitido y tramitado por la Sala en legal forma, se pasa a decidir.

LA DEMANDA DE CASACION

Solicita el *petitum* que la Corte case el fallo recurrido, reforme en instancia el de primer grado y, en su lugar, condene al "Hotel San Diego S. A." al tenor de las súplicas de la demanda inicial.

Con fundamento en la causal primera de casación, formula dos cargos.

PRIMER CARGO

Violación de los artículos 168, numeral 1º y 169, primera parte, del Código Sustantivo del Trabajo, por falta de aplicación a causa de manifiestos errores de hecho en la apreciación de las pruebas.

Las pruebas mal apreciadas son las siguientes: el contrato de trabajo (folio 12); la carta del 13 de marzo de 1957 (folio 2); la nota de despido de la demandante (folio 13); la liquidación de prestaciones sociales (folio 15); las declaraciones de José Antonio Sosa (folio 33), Rosenda Mora (folio 37), Carolina Nieto de Umaña y Alicia Villate de Caballero (folios 45 a 52); y la inspección ocular (folios 61 a 73).

Los errores de hecho son los siguientes: 1º No dar por establecido, estándolo, que entre el 5 de enero de 1956 y el 1º de abril de 1957, la demandante ejecutó la misma o equivalente labor que durante ese tiempo cumplió Alicia Villate de Caballero; y 2º No dar por establecido, estándolo, las bases de hecho indispensables, para avaluar el recargo del 35% que, según el artículo 168 del Código, tiene el trabajo nocturno sobre el valor del trabajo diurno.

Para demostrar el cargo, discurre el recurrente en esta forma:

A través de las pruebas relacionadas se ve que la demandante desempeñó las funciones de enfermera del hotel entre el 5 de enero de 1956 y el 1º de abril de 1957, y que el mismo cargo fue desempeñado por Carolina Nieto de Umaña y Alicia Villate de Caballero, la primera como Jefe y la segunda como simple enfermera. Ninguna base tiene, pues, la sentencia para decir que Julia Daza de Reina no ejerció el mismo cargo que Alicia Villate de Caballero. La afirmación en ella contenida según la cual la labor de la actora era distinta porque podía dormir en la noche, es inaceptable, pues tal circunstancia no significa que dejara de ser enfermera del hotel. Moteja de errores la apreciación que hace el Tribunal de la declaración de la enfermera Alicia Villate de Caballero, según la cual su labor como la de la enfermera Jefe, Nieto de Umaña, no era totalmente diurna, pues también trabajaba en horas nocturnas, por lo que no puede establecerse un recargo del 35% para la actora tomando el salario de la primera como retribución de trabajo diurno. Basta con tomar razón del texto completo de las declaraciones de las dos empleadas —dice el impugnante— para deducir error de hecho evidente en su estimación, porque ellas demuestran "que la enfermera Villate de Caballero recibía el turno alternativamente de la enfermera Nieto de Umaña y de la demandante, es decir, un día a una de ellas y otro día a la otra; un día entraba a las seis de la mañana y salía a las dos de la tarde, y otro día entraba a las dos de la tarde y salía a las diez de la noche, y, por consiguiente, teniendo en cuenta los días que tiene un mes y el artículo 168 del Código Sustantivo del Trabajo, sobre recargo por trabajo nocturno, es cuestión de sencillas operaciones aritméticas la fijación del valor de una hora de trabajo diurno de la enfermera Villate de Caballero, para, sobre esa base, fijar el recargo correspondiente a mi mandante".

A causa de los errores de hecho acusados, concluye el cargo, el Tribunal encontró infundada la sentencia del Juzgado, en cuanto a la condena al pago del recargo por trabajo nocturno, violando indirectamente, por falta de aplicación, las normas legales que el cargo cita.

El opositor rebate la acusación diciendo que la actora se obligó, según el contrato de trabajo, a prestar servicios en turnos diurnos y nocturnos, estipulación que encuentra apoyo en el artículo 170 del Código Sustantivo del Trabajo; que si por algún tiempo laboró en turnos nocturnos únicamente, así lo hizo por petición suya, en atención a que no podía trabajar en horas diurnas, pues era empleada de la Secretaría de Higiene del Distrito. Con referencia a las declaraciones de Alicia Villate de Caballero y Carolina Nieto de Umaña, anota que la prueba acredita el hecho de que la primera cumplía la labor en turnos rotativos, por lo que no es cierto que se le hubiera fijado salario para trabajo diurno, y, por último, que, en vista del contenido de los dos testimonios, de ellos no resultan ostensibles los errores de hecho que a la sentencia le imputa el recurrente.

SE CONSIDERA:

Dice la sentencia, al examinar las declaraciones de Carolina Nieto de Umaña y Alicia Villate de Caballero, que la labor de la segunda no fue exclusivamente diurna, pues trabajó en horas nocturnas, y que tampoco fué siempre diurna la de la señora Nieto de Umaña; que teniendo las dos deponentes trabajo en horas nocturnas y siendo diferente su labor a la cumplida por la actora, porque ésta podía dormir en la noche, no es posible determinar con certeza cuál puede ser el valor del recargo legal del 35%. Anota, por último, que para poder aplicar los artículos 168 y 169 del Código se requiere la prueba, que no obra en el proceso, relativa al valor del salario por trabajo diurno.

En el caso litigioso, las declaraciones de que se ha hecho mérito (folios 45 a 52) demuestran estos hechos: que la demandante ejerció en el Hotel Tequendama durante el tiempo de su contrato con el establecimiento, el cargo de enfermera; que la misma función desempeñó la señora Alicia Villate de Caballero; que la labor de la demandante fue nocturna de enero de 1956 a marzo de 1957 y mixta en abril y mayo siguientes; y que la cumplida por su compañera fue también mixta, esto es, diurna y nocturna.

No demuestra, pues, la prueba testimonial, que el trabajo de la señora Villate de Caballero hubiera sido siempre diurno, como lo sostiene el acusador, pues según lo dice en su declaración, "los turnos en el hotel no eran fijos"; y le correspondía, con frecuencia, entregarle el turno a la demandante "a las once de la noche".

Ahora bien: presupuestos del derecho al recargo por trabajo nocturno, equivalente al 35% sobre el valor del trabajo diurno, conforme a los artículos 168, inciso primero, y 169, aparte primero, que el cargo cita como violados, son los siguientes: a) Que la función desempeñada por el trabajador lo haya sido en jornada nocturna; b) Que en el respectivo establecimiento exista la misma función, en jornada diurna, y c) El salario correspondiente al trabajo diurno.

Faltó, pues, la prueba relativa al cargo de enfermera en jornada diurna. No resulta ella de los dos testimonios en mención, como lo afirma el acusador. Por consiguiente, el error de hecho que le imputa a la sentencia por no haber dado por establecido tal extremo, carece de fundamento.

Tacha de erróneo el recurrente el concepto emitido por el Tribunal al examinar la declaración de Carolina Nieto de Umaña, según el cual la labor de la actora no era idéntica a la cumplida por la declarante y por la otra testigo, Alicia Villate de Caballero, porque la señora Daza de Reina podía dormir en la noche.

La apreciación es equivocada, porque siendo discontinuo e intermitente el trabajo de la demandante, según consta en la convención laboral escrita y la prueba testimonial, aquélla, aunque no estuviera en permanente actividad, se hallaba a órdenes o disposición del patrono, cumpliendo así sus obligaciones, según principios del derecho del trabajo, entre los cuales basta citar el contenido en el artículo 140 del Código. Pero, si bien el reparo es fundado, queda en pie otro de los soportes de la sentencia, de mayor importancia y básico de la decisión recurrida, y es el de que los testimonios de que se viene haciendo mérito no acreditan que la labor de la señora Villate de Caballero la hubiera cumplido siempre en jornada diurna, y, además, que en el proceso no obra la prueba sobre el salario correspondiente a ese tipo de jornada.

Los demás elementos probatorios que el cargo cita no destruyen el anterior fundamento de la sentencia acusada. De ellos, el único que contiene datos acerca del salario de la demandante y del devengado por Alicia Villate de Caballero, es la inspección ocular (folios 61 a 73). Examinada el acta correspondiente, apenas se encuentra en ella el detalle de los sueldos devengados por las dos empleadas, mes por mes, de enero de 1956 a mayo de 1957, sin indicación sobre el tipo de

jornada a que hubieran estado sometidas en el cumplimiento de sus funciones. De la inspección judicial no puede, pues, deducirse que el salario devengado por la señora Villate de Caballero hubiera estado destinado a retribuír sus servicios por trabajo ejecutado durante el día, como lo asevera el recurrente.

Si el recargo por trabajo nocturno tiene por base el salario por trabajo diurno, y en el juicio no se aportan pruebas sobre la jornada diurna y su remuneración, la consecuencia no puede ser otra que la sentada por la sentencia del *ad quem*, es decir, que no es procedente el reconocimiento del derecho por el expresado concepto.

Los demás medios probatorios ninguna luz arrojan sobre la cuestión debatida, como lo sostiene el Tribunal. Son ellos los siguientes:

a) *Contrato de trabajo* (folio 12).

Su cláusula segunda establece una jornada continua o discontinua de ocho horas, con rotación sucesiva diurna y nocturna, y la séptima fija un salario uniforme de $ 300.00 mensuales.

Observa la Sala que si el Tribunal se atiene al contrato escrito, como lo quiere el recurrente, no habría podido acoger la petición sobre condena al recargo por trabajo nocturno, a vista de lo dispuesto en el artículo 170 del Código Sustantivo del Trabajo.

b) *La nota del 13 de marzo de 1957* (folio 2).

Por medio de ella la empresa le dice a la Enfermera Jefe, Carolina Nieto de Umaña, que a partir del 1º de abril siguiente la señora Daza de Reina estará en la obligación de prestar sus servicios en turnos rotatorios.

No demuestra el documento que el trabajo de Alicia Villate de Caballero hubiera sido ejecutado en jornada diurna, ni la respectiva remuneración, como lo afirma el acusador.

c) *La nota de retiro de la demandante* (folio 13).

Su contenido es extraño a los hechos que el recurrente se propone demostrar.

d) *La liquidación de prestaciones sociales de la actora* (folio 15).

Dada la naturaleza del documento nada dice ni tenía por qué decir sobre jornada de trabajo de las enfermeras ni acerca del salario por trabajo diurno.

e) *Declaraciones de José A. Sosa y Rosenda Mora* (folios 35 a 37).

No hay en ellas información atendible sobre los hechos mencionados.

Cabe anotar que el recurrente se limita a citar las pruebas relacionadas, sin presentar argumento alguno tendiente a demostrar hechos contrarios a los admitidos por el Tribunal, como es de rigor en casación.

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

SEGUNDO CARGO

Violación de los artículos 143 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por falta de aplicación, a causa de errores de hecho manifiestos en la apreciación de la demanda y de las demás pruebas del juicio.

Sostiene el recurrente que la sentencia interpretó erróneamente la demanda, porque la actora en el hecho séptimo de esa pieza ejercitó el derecho consagrado en el artículo 143, y agrega: los demás errores causantes de la violación de esa norma y de la contenida en el artículo 65, son los demostrados en el cargo anterior, los cuales llevaron al Tribunal a incurrir en el error de hecho manifiesto de no dar por establecida, estándolo, la situación de mala fe del patrono "al negar el reconocimiento de los derechos al salario en la forma y cuantía que se ha dejado expresada". Sin tal error, la sentencia habría condenado a la sociedad al pago de $ 700.00 que a la actora le corresponde por la diferencia entre el sueldo de $ 300.00 que recibió y el de $ 350.00 devengado por Alicia Villate de Caballero, violando así el artículo 143, y como consecuencia, el artículo 65.

Arguye el opositor: no entendió el Tribunal que la afirmación contenida en el hecho séptimo de la demanda tuviera la intención de obtener, que igualando el sueldo de la actora con el de Alicia Villate de Caballero, se condenara al hotel al pago de la diferencia; que tampoco lo entendió así la parte demandada, por lo que se abstuvo de contradecir la aspiración de la demandante en tal sentido, quedando el punto sin debatir en el juicio; que aun aceptando el error que alega el recurrente, no aparece en el juicio la prueba de los elementos en que se basa el artículo 143, a saber: trabajo desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia iguales.

Con referencia a la violación del artículo 65, manifiesta el opositor que el ataque contra el

fallo es infundado, porque no es hecho acreditado en el proceso el de la mala fe del demandado, fundada en la falta de pago de las sumas reclamadas por la actora. Al contrario, los autos demuestran que la sociedad cubrió a la señora Daza de Reina todas las obligaciones a su favor, de manera que si el texto legal fue atendido por el patrono, no ha podido ser infringido por el Tribunal.

SE CONSIDERA:

Con relación a la condena al pago de la diferencia entre el salario de $ 350.00 devengado por Alicia Villate de Caballero, y el de $ 300.00 disfrutado por la actora, con fundamento en el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo, el Tribunal *ad quem* trae esta consideración: "De acuerdo con la primera petición de la demanda y el hecho 9º de la misma, sólo cabe discutir si la actora trabajó en jornada ordinaria nocturna, en días domingos y festivos y en jornada extraordinaria. Por tanto, la aplicación del artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo sobre salario igual por labor igual es completamente ajena a esta litis".

Dice el hecho séptimo de la demanda de instancia: "El Hotel Tequendama, durante el tiempo de servicio de mi mandante, tuvo dos enfermeras más, con las mismas funciones que mi mandante, que trabajaban sólo mediante jornadas de ocho horas diurnas (no nocturnas) hasta el primero de abril del presente año (1957), devengando mensualmente una de ellas la suma de quinientos pesos y la suma de trescientos cincuenta pesos la otra".

Para el recurrente, el hecho en mención demuestra que la actora pidió la condena de la sociedad a la diferencia entre el salario recibido por ella y el más alto de que disfrutó Alicia Villate de Caballero, por lo cual el fallo del *ad quem* interpretó erróneamente el libelo inicial.

Observa la Sala:

El hecho de que se trata establece una diferencia cuantitativa entre el salario de Julia Daza de Reina y el devengado por sus dos compañeras de trabajo, y no entre el asignado a la actora y el correspondiente a Alicia Villate de Caballero, como lo sostiene el impugnador. No es cierto, pues, que el hecho proponga la comparación entre una asignación superior y una inferior, sino el contraste entre tres tipos distintos de salarios. Si tres cosas son desiguales, no es lógica la consecuencia de que la desigualdad opera de manera uniforme entre la primera y las dos restantes. Además, para la aplicación del artículo 143 del Código, se requiere, entre otras condiciones, la siguiente: que un trabajador desempeñe igual función que otro en la misma empresa, en jornadas iguales y con salarios desiguales. La jornada, al tenor del hecho séptimo de la demanda, era diurna para las enfermeras Nieto de Umaña y Villate de Caballero, y nocturna para la señora Daza de Reina. Como se ve, no eran iguales sino diferentes los tipos de jornada a que estuvieron sometidas la reclamante y las otras dos empleadas. Las anteriores observaciones ponen de manifiesto que aun aceptando el hecho de que la demanda, interpretada en su conjunto, hubiera tenido la intención de ejercitar el derecho consagrado en el artículo 143, no habría sido posible, por su imprecisión, decidirla favorablemente.

A lo dicho conviene agregar lo siguiente: no basta que la labor de dos empleados de la misma empresa sea igual y que lo sea también la jornada de trabajo, para que opere el artículo 143 del Código, pues el precepto exige, además, que desempeñen la función con la misma eficiencia. Sobre este último extremo nada dicen las pruebas relacionadas en el primer cargo. Se sigue de lo expuesto que la acusación, por el aspecto que se examina, es ineficaz.

En cuanto a la infracción del artículo 65 del estatuto laboral, la Sala observa: la sentencia del *ad quem* llegó a la conclusión de que ninguna de las obligaciones reclamadas en el juicio era procedente, y, por tal motivo, no aplicó el nombrado precepto legal, el cual descansa en la hipótesis de que al terminar el contrato queden pendientes deudas a cargo del patrono por salarios y prestaciones sociales.

Ahora bien: el acusador parte de la base de que era agible la acción sobre condena al pago de la diferencia entre el salario devengado por Alicia Villate de Caballero y el que disfrutó la demandante, superior el primero al segundo, es decir, que quedó insoluta a la fecha de la desvinculación contractual una deuda por salarios a cargo de la sociedad demandada. Al examinar lo concerniente al derecho establecido en el artículo 143 del Código, la Sala puso de presente que la petición al respecto, contenida, según el acusador, en el hecho séptimo de la demanda inicial, no fue formulada con la debida precisión y claridad, como lo requiere la ley procesal, y además, que no todos los supuestos de hecho que sirven de fundamento a la pretensión, tuvieron comprobación en el juicio. Por consiguiente, no siendo del caso, por sustracción de materia de dar aplicación al artículo 65, el reparo de que el Tribunal lo violó, carece de fundamento.

El cargo no prospera.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto De Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CAUSAL SEGUNDA DE CASACION LABORAL. — PRUEBA DEL CAPITAL DE UNA EMPRESA

Promovió la acción principal una profesora contra la dueña de un plantel educativo. Valor probatorio de la declaración de renta como medio para demostrar el patrimonio de una empresa. La sentencia acusada hizo más gravosa la situación de la parte apelante.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. La simple copia de la declaración de renta no constituye la prueba idónea para establecer el patrimonio gravable de las personas; se requiere, además, la certificación expedida por el funcionario respectivo, de haber sido hallada correcta tal declaración.

2. Consta de autos que del fallo de primera instancia (que limitó sus condenas a cesantía, primas de servicio y salarios moratorios y que absolvió de la petición de vacaciones), únicamente apeló la parte demandada. De manera que al haber resuelto el juzgador de segundo grado condenar por vacaciones, se ha situado dentro del ámbito de la causal 2ª de casación laboral por cuanto, con la condena adicional por vacaciones, hizo más gravoso el status del único apelante.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE CASACION LABORAL.—Bogotá, D. E., marzo veinticuatro de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Roberto De Zubiría C.).

Por medio de apoderado, Ana Delia Franco Orozco presentó demanda ordinaria laboral contra Esther Franco de Escobar, a fin de que fuese condenada a pagarle auxilio de cesantía, primas de servicio y vacaciones.

Los hechos de la demanda pueden resumirse así:

Que la actora prestó sus servicios como profesora en un establecimiento de enseñanza de propiedad de la demandada; que sus labores se iniciaron en el año de 1952 y se desarrollaron hasta diciembre de 1955; que durante el período expresado devengó diferentes remuneraciones así: primero, $ 120.00 mensuales; en 1953, $ 300.00, y esta misma retribución en los años de 1954 y 1955; que en vista de que no fue posible ponerse de acuerdo sobre un aumento de sueldo para el año de 1956, la demandante dio por terminado el contrato de trabajo; y que después de su separación ha esperado en vano el pago de sus prestaciones sociales negándose la demandada a hacerlo.

La demanda se funda en los artículos 101, 102, 249, 306 y demás disposiciones concordantes del Código Sustantivo del Trabajo, y en las otras normas vigentes sobre la materia debatida.

La demandada, por conducto de apoderado, dio respuesta al libelo inicial aceptando la circunstancia de ser ella la propietaria del instituto donde trabajó la actora pero negando los hechos fundamentales de la demanda. Propuso además las excepciones de carencia de acción y las otras que aparecieran demostradas en el curso del juicio.

Correspondió el conocimiento del litigio al Juzgado Laboral de Armenia (Caldas), el cual profirió su fallo el día 17 de agosto de 1957 condenando a la demandada al pago de $ 1.800.00 por concepto de cesantía y prima de servicios y a $ 10.00 diarios desde el primero de enero de 1956 hasta el día en que se paguen totalmente las prestaciones, por concepto de indemnización moratoria. La demandada fue absuelta de las demás peticiones formuladas por Ana Delia Franco. No se produjo condena en costas.

Del fallo del Juzgado apeló únicamente la parte demandada. Correspondió decidir el recurso de alzada al Tribunal Superior de Manizales —Sala Laboral—, corporación que lo hizo por sentencia de agosto 22 de 1958, en estos términos:

"1. Se confirma el numeral 1º de la sentencia de primera instancia proferida en este juicio por el señor Juez del Trabajo de Armenia en audiencia iniciada el 3 de agosto de 1957 (folio 59) con la reforma de que la suma líquida que debe pagar la señora Esther Franco de Escobar a la señorita Ana Delia Franco Orozco, dentro del término allí indicado, es por la suma de un mil seiscientos cincuenta pesos ($ 1.650.00), tal como está especificado en la parte motiva de esta sentencia. 2. Se revoca el numeral 2º del mismo fallo por el cual se condenó a la misma demandada al pago de diez pesos ($ 10.00) diarios por concepto de indemnización por falta de pago oportuno de las prestaciones sociales, y en su lugar, se absuelve a la demandada Esther Franco de Escobar sobre el particular. 3. Se confirman los numerales 3º y 4º. Sin costas".

Contra la anterior decisión interpuso recurso de casación la parte demandada. El Tribunal concedió el recurso extraordinario y esta Sala lo ha admitido y tramitado en legal forma. Corresponde, pues, resolverlo previo el examen de la demanda que lo sustenta. No se presentó escrito de réplica.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION:

Se fija en esta forma: "aspiro a que la honorable Corte infirme la sentencia objeto de este recurso extraordinario, y convertida en Tribunal de segunda instancia, produzca la casación parcial en el sentido de disminuír la condena de cesantía en la cantidad de $ 450.00 y absolver totalmente a la parte demandada por el concepto de compensación de vacaciones".

Con invocación de las causales primera y segunda del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo, el recurrente plantea dos cargos que pasa a examinar la Sala.

PRIMER CARGO

Se afirma que el Tribunal violó de modo indirecto, por aplicación indebida, el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con el 195 ibídem, a causa de evidente error de hecho consistente en la falta de apreciación de las copias de las declaraciones de renta de la demandada que aparecen de folios 85 a 89 del segundo cuaderno. El punto de vista central del impugnador puede sintetizarse en este argumento: que estando acreditado por medio de las referidas pruebas el capital del patrono, que es menor de $ 20.000.00, al decretar el *ad quem* una condena por cesantía equivalente al ciento por ciento del derecho violó el artículo 249, por aplicación indebida, ya que esta norma establece una cesantía del 50% de la ordinaria para patronos de capital inferior al mencionado. A esta infracción llegó el sentenciador debido a que omitió considerar las referidas copias de las declaraciones de renta.

SE CONSIDERA:

En verdad en el expediente obran las pruebas a que contrae su acusación el recurrente. Sin embargo, de ellas no resulta el error evidente de hecho que alega el casacionista por cuanto la simple copia de la declaración de renta no constituye la prueba idónea para establecer el patrimonio gravable de las personas. En efecto, en fallo de noviembre 4 de 1959, en caso semejante al de autos, esta corporación consagró la siguiente doctrina, que hoy reitera:

"La prueba idónea para que los demandados hubiesen podido acreditar o demostrar el capital de su empresa o unidad de explotación económica correspondiente a la actividad que se desarrolla en los talleres denominados 'Arte Cristiano', en donde prestó sus servicios personales y dependientes el demandante, no podía ser otra que la exigida por la ley, o sea la prueba del patrimonio gravable en 31 de diciembre de 1953, que corresponde al año inmediatamente anterior a la fecha en que se extinguió la relación de trabajo existente entre ellos y el demandante, puesto que el trabajador se retiró del servicio en octubre de 1954. Ahora bien: el valor del patrimonio gravable a que se refiere el artículo 195 del Código Sustantivo del Trabajo, no es siempre el que resulte de la declaración de renta y patrimonio confeccionada por el contribuyente, sino el que tenga por tal la respectiva Administración de Hacienda Nacional, el cual puede a veces no coincidir con aquéllas, como lo tiene entendido la jurisprudencia al respecto, y en la que se ha dicho además, que al patrono es a quien compete acreditar el valor de su patrimonio gravable liquidado en el último año inmediatamente anterior, mediante la copia de la declaración de renta respectiva autorizada por el funcionario competente, autorización que consiste en la certificación de haberse hallado correcta la respectiva

declaración de renta, por lo cual sirve de base para la liquidación del impuesto o los impuestos respectivos.

"La copia de la declaración de renta que obra a folios 14 y 15 y que señala como mal apreciada el recurrente, no es suficiente por sí sola para acreditar cuál es el patrimonio gravable del declarante correspondiente al año de 1953, pues no se presentó por la parte patronal el certificado correspondiente de la Administración de Hacienda Nacional sobre el hecho de ser ella correcta y legal. Por otra parte, dicha declaración se refiere a la renta y patrimonio de la sociedad demandada 'R. Gómez & Cía. Ltda.', persona jurídica distinta de las personas naturales a quienes se comprobó que el demandante había prestado sus servicios y contra quienes dirigió su acción". (Juicio seguido por Efraín Torres C. contra Rafael Gómez Polop y otros).

Las razones expuestas son suficientes para que la Sala resuelva que el cargo no puede prosperar.

SEGUNDO CARGO

Está enunciado así: "La sentencia del Tribunal Superior de Manizales hizo más gravosa la situación del único apelante del fallo dictado por el Juez Unico del Trabajo de Armenia, que absolvió a la parte demandada de la condena por compensación de vacaciones. Es decir, que se configura la causal 2ª del artículo 187 del Código Procesal del Trabajo".

El recurrente efectúa, en la demostración del cargo, un detenido análisis de lo resuelto por el Juzgado del conocimiento y por el Tribunal destacando la circunstancia de que la parte que apeló de la decisión de primera instancia, que no contiene condena por vacaciones, fue la demandada.

SE CONSIDERA:

Ciertamente un simple examen de la situación procesal demuestra que es fundada la acusación. En efecto, consta en autos que del fallo de primera instancia, que limitó sus condenas a cesantía, primas de servicio y salarios moratorios y absolvió de la petición de vacaciones, únicamente apeló la parte demandada. Esta circunstancia pone de manifiesto la conformidad de la demandante ante tal decisión. De manera que al haber resuelto el juzgador de segundo grado condenar por vacaciones, se ha situado dentro del ámbito de la causal segunda de la casación laboral por cuanto, con la condena adicional por vacaciones, ha hecho más gravoso el *status* del único apelante.

Por lo expresado, el cargo prospera y habrá de casarse en este aspecto el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

Al prosperar el segundo cargo de la demanda de casación, la Corte, convertida en tribunal de instancia, rebajará la suma de $ 450.00, por concepto de vacaciones, del total de las condenas de la sentencia del *ad quem* que ascendió a la cantidad de $ 1.650.00. De manera que la suma líquida que debe pagar la demandada es la de $ 1.200.00.

Se mantiene la decisión sobre prima de servicios, no obstante que el Tribunal tiene en cuenta las simples copias de las declaraciones de renta que no son la prueba idónea para acreditar el capital del patrono, según se dijo en el análisis del primer cargo, por razón de que siendo perjudicial para la demandante ese pronunciamiento, se conformó con él pues no interpuso recurso de casación.

—

En mérito de los razonamientos que preceden, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida en cuanto por el ordinal primero de la parte resolutiva condenó a la parte demandada a pagar la suma de $ 1.650.00 (cesantía, primas de servicio y vacaciones) y, en su lugar, obrando como tribunal de instancia, rebaja dicha condena a la cantidad de $ 1.200.00 (cesantía y primas de servicio), de conformidad con lo expresado en la parte motiva de este fallo. NO LA CASA en lo demás.

Sin costas en el recurso.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto De Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES

Ineficacia de los cargos formulados contra la sentencia que acogió las peticiones de un jornalero agrícola. Violación indirecta y violación directa de la ley. El motivo de la errónea interpretación de la norma sustantiva.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. En el presente caso se formula el cargo por violación directa de las normas que señala el recurrente, en cuanto estima que hubo aplicación indebida de las mismas al hacerles producir consecuencias jurídicas contrarias a las que en ellas se contemplan; pero el planteamiento se sustenta sobre la base de discutir y no aceptar los hechos probados que encontró el Tribunal, lo que hace inestimable la acusación.

2. La impugnación de una sentencia por el concepto de errónea interpretación de disposiciones legales, configura una violación directa de la ley. En tal caso los hechos se tienen por admitidos tales como los encontró probados el sentenciador de instancia, correspondiéndole a la Corte examinar una cuestión puramente legal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE CASACION LABORAL.—Bogotá, D. E., veinticuatro de marzo de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A.).

Germán Méndez demandó en juicio ordinario laboral a José Ignacio Contreras, para que previa declaración de la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, se le condenase al pago de las sumas que resulten por concepto de cesantía, prima de servicios, vacaciones, dominicales y festivos, por calzado y overoles no suministrados, asistencia médica y hospitalaria, indemnización por mora en el pago de salarios y prestaciones y por las costas del juicio.

Para fundamentar la demanda, relacionó varios hechos, que se sintetizan, así:

Que a virtud de contrato verbal de trabajo, prestó sus servicios personales al señor José Ignacio Contreras, en el desempeño de labores agrícolas, en la finca de su propiedad llamada "Sáchica", situada en este Departamento, en forma continua desde el 1º de febrero de 1947 hasta el 30 de enero de 1954; que su actividad laboral consistió, principalmente, en la preparación de tierras, siembras, recolección de cosechas, hechura y reparación de cercas y cuidado de los ganados de propiedad del demandado; que estas funciones se cumplieron desde la iniciación de su relación de trabajo hasta el 30 de diciembre de 1950, con un salario, en dinero, de $ 2.00 diarios, y además, el suministro de alojamiento para él y su familia, en la casa de la hacienda, que debe computarse como salario en especie; que desde el 1º de enero de 1951 hasta el 30 de enero de 1954, el trabajo que le correspondió desempeñar fue el de tractorista, preparando las tierras de la citada finca y cuando estos trabajos se terminaban, realizaba otras actividades propias de la agricultura y la ganadería, devengando $ 3.00 diarios en dinero, más el salario en especie correspondiente a la vivienda que se le suministraba para habitación de él y de su familia. Que ante el Inspector de Asuntos Campesinos, reclamó del patrono el pago correspondiente a sus prestaciones y derechos sociales, sin que el demandado hubiese atendido esos requerimientos.

En derecho invocó la Ley 6ª de 1945 y el Decreto 2127 del mismo año. Los artículos 65, 249, 172 a 176, 186, 253 y 306 a 308 del Código Sustantivo del Trabajo. En cuanto al procedimiento, el Decreto 2158 de 1948.

El demandado, por medio de apoderado, dio respuesta a la demanda, oponiéndose a la acción instaurada y a que se hicieran las condenas pedidas "ya que oportunamente le fueron arregladas las prestaciones sociales, en las diferentes épocas en que en forma discontinua prestó algún servicio en la finca de 'Sáchica'." En cuanto a los hechos, negó unos y aceptó otros, haciendo las aclaraciones pertinentes, para dejar establecido que Méndez trabajó en los menesteres diarios de la finca de "Sáchica" pero no en forma permanente. Que el salario devengado por el trabajador fue inicialmente de dos pesos diarios, el que, en atención al costo de la vida, se le fue subiendo hasta llegar a la suma de tres pesos por cada día de trabajo, pero que no es verdad que se le hubiese dado alojamiento permanente. Que junto con sus salarios por los días trabajados, se le pagó lo correspondiente a dominicales.

El Juzgado del conocimiento, que lo fue el Séptimo del Círculo Judicial del Trabajo de esta ciudad, desató la controversia por sentencia de fecha 15 de marzo de 1957, en el sentido de condenar al demandado a pagar al actor, las siguientes cantidades: $ 602.50 por cesantía; $ 270.00 por prima de servicios; $ 540.00 por vacaciones (ordinales a), b) y c) del punto primero); al suministro de seis pares de calzado y seis overoles (ordinal b) del mismo punto); al pago de la suma de $ 3.00 diarios, a partir del 31 de enero de 1954 y hasta cuando se cancelen las prestaciones a que se refieren los numerales anteriores, por concepto de indemnización por mora. En el parágrafo del numeral primero, dispuso descontar de las condenas mencionadas, la cantidad de $ 95.00, recibidos por el actor al terminarse el contrato de trabajo. Absolvió al demandado de los demás cargos y lo condenó en costas (puntos segundo y tercero).

El demandado interpuso recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado. Decidió la alzada la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, por sentencia de fecha 9 de julio de 1957, por la cual confirmó los ordinales b), c) y d) del punto primero de la sentencia del Juzgado. Modificó el ordinal a) del numeral primero, en el sentido de fijar en $ 505.00 la condena por cesantía. Modificó el ordinal e) del mismo numeral, en el sentido de condenar al pago de la indemnización por mora, a razón de 3.00 diarios, a partir del 6 de julio de 1955. Confirmó los numerales segundo y tercero de la sentencia y condenó al demandado a pagar el 70% de las costas de la segunda instancia.

El apoderado de la parte vencida interpuso recurso de casación, que le fue concedido. Admitido y tramitado, la Corte pasa a decidirlo, teniendo en cuenta la demanda de casación. No hubo escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Persigue se case la sentencia recurrida para que la Corte, como tribunal de instancia, revoque el fallo de primer grado, y, en su lugar, absuelva al demandado de todos los cargos del libelo inicial. "En subsidio, que se case parcialmente la sentencia acusada y, como tribunal de instancia, modifique las condenas por prestaciones sociales, limitándolas a la suma de cuatrocientos cincuenta pesos ($ 450.00) o sean las causadas a partir del primero (1º) de enero de mil novecientos cincuenta y dos (1952), fecha desde la cual podría aceptarse la vigencia del contrato de trabajo, y, en cuanto a la indemnización moratoria, que sea revocada totalmente, por cuanto no hubo mala fe del demandado José Ignacio Contreras".

Con apoyo en la causal 1ª, consagrada en el numeral 1º del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, formula cuatro cargos. Se estudian en su orden, pero en forma conjunta los dos primeros, por la identidad que presentan, por indicarse unas mismas disposiciones como infringidas e invocarse igual motivo de violación, aplicación indebida de las normas que en ellos se señalan, como consecuencia de errores de hecho, por falta de apreciación y de equivocada estimación de las mismas pruebas.

PRIMER CARGO

Acusa la sentencia de ser violatoria, por aplicación indebida, de los artículos 65, 186, 189, 190, 249, 253 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, por haber incurrido el Tribunal en errores de hecho, provenientes de la no apreciación y estimación equivocada de varias pruebas.

Como pruebas no apreciadas señala la diligencia de absolución de posiciones de folios 59 y 60, especialmente en las respuestas dadas a las preguntas 4ª, 5ª y 6ª, las cuales transcribe y la declaración de Pedro Vargas de folios 29 y siguientes.

En relación con la prueba de confesión dice que de ella aparece sencilla y claramente, que el trabajo realizado por el actor fue discontinuo; que además, hasta el año de 1951, el demandante fue arrendatario del demandado y que, por consiguiente, mal podría ser trabajador permanente de la hacienda, ya que tenía que atender a las labores y exigencias de su parcela, lo que demuestra que sólo laboró en la citada hacienda

por algunos períodos, sin que éstos se hallen claramente determinados en el expediente.

En cuanto hace a la declaración de Vargas, dice que de su testimonio es necesario concluír que el demandado le pagó al actor el valor de las prestaciones sociales a que podía tener derecho. Agrega que Contreras obró siempre de buena fe y de ninguna manera en forma maliciosa.

Como pruebas erradamente apreciadas indica las declaraciones de Saúl Ramos (folios 52 vuelto y 53), Gustavo Rodríguez Parra (folios 53 vuelto y 54), Posidio Peña Gómez (folios 54 vuelto y 55), Emeterio Vásquez Bruno (55 vuelto y 56), las cuales, dice, son contradictorias y por tanto carentes de valor probatorio, por lo que no puede dárseles el carácter de plena prueba, como lo hizo el Tribunal.

Manifiesta luégo, que los errores de hecho en que incurrió el *ad quem* al dejar de apreciar las pruebas primeramente citadas y apreciar erróneamente las últimas, son los siguientes: No admitir que el demandado pagó el valor de las prestaciones sociales al demandante; dar por establecido que el demandado obró de mala fe en dicho pago, por lo cual lo condenó a la indemnización moratoria; dar por demostrado el tiempo servido y el salario devengado por el actor, cuestión no demostrada en el expediente, y finalmente, dar por demostrado que el demandante trabajó en forma continua, cuando de las pruebas analizadas se deduce todo lo contrario.

SEGUNDO CARGO

Afirma el recurrente, que el fallo impugnado violó indirectamente los artículos 65, 186, 190, 249, 253 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, por haber incurrido el Tribunal en errores de hecho, provenientes de la no apreciación y de la estimación equivocada de las mismas pruebas que señala en el primer cargo.

En su alegato sustentatario, vuelve a repetir los argumentos de que se vale en el primero, a objeto de demostrar, que con la confesión del demandante se acredita: que desde 1947 hasta 1951, éste no estuvo vinculado al demandado por un contrato de trabajo, sino que fue un simple arrendatario; que durante el tiempo que prestó sus servicios, su actividad fue discontinua, por razón de la naturaleza misma de sus labores; que recibió la totalidad de los salarios correspondientes a los lapsos trabajados, dominicales y "trabajo suplementario". En relación con la declaración del señor Pedro Vargas, de folios 29 y siguientes, hace un análisis similar al contenido en el primero.

Como pruebas erróneamente apreciadas y como errores de hecho en que incurrió el Tribunal, relaciona los señalados en el primer cargo, para llegar, también, a idénticas conclusiones.

Se estudian los cargos:

En el caso *sub judice,* tanto el Juez del conocimiento como el Tribunal encontraron plenamente acreditada la existencia de una relación de trabajo dependiente entre demandante y demandado, que se desarrolló en forma continua e ininterrumpida, iniciada el día primero de febrero de 1947 y que terminó el 30 de enero de 1954. La naturaleza y modalidades de esa relación contractual, principalmente en lo que atañe al término de su duración y a la forma de retribución de los servicios prestados por el trabajador, son cuestiones que deja plenamente esclarecidas el Juez *a quo* tras de verificar un juicioso y detenido examen de todas las pruebas aportadas al proceso. Entre éstas, se comprenden: la documental, aportada por el demandante junto con el libelo inicial, consistente en las actas de tres diligencias practicadas por el Inspector de Asuntos Campesinos de esta ciudad, para buscar una conciliación del diferendo existente entre las partes; las declaraciones de los testigos Saúl Ramos, Gustavo Rodríguez, Posidio Peña Gómez, Pedro Vargas y Salvador Cortés y, la propia confesión del demandado José Ignacio Contreras, hecha al absolver las posiciones que se le formularon dentro del juicio. El Tribunal, en este punto, encontró acertado el análisis y valoración probatoria hecho por el Juzgado, en cuanto expresó, lo siguiente:

"Como lo anota, con acierto, el *a quo,* en el caso de autos está debidamente demostrada una relación contractual laboral entre las partes que tuvo su iniciación, según se desprende de lo confesado por el demandado, el 1º de febrero de 1947 y terminó el 1º de enero de 1954 —fecha probable, pues si bien los varios testigos que depusieron en el juicio, no dieron una fecha exacta de la terminación del contrato, fueron contestes en afirmar que éste se extendió hasta el año de 1954—".

"En cuanto respecta al salario debe considerarse que el actor devengó en el último mes de servicios $ 3.00 diarios, de conformidad con lo confesado por el demandado en posiciones. Y como este último afirmó que en la mayor parte del tiempo el actor ganó $ 2.00 diarios y en ocasiones $ 2.50, deberán liquidarse las prestaciones causadas en los tres primeros años de conformidad con el último salario y el tiempo comprendido entre el 30 de diciembre de 1950 hacia atrás con el salario mínimo".

Ataca el acusador las anteriores consideraciones del Tribunal, pues considera equivocada la valoración probatoria, principalmente de las declaraciones que indica el cargo; refuerza su argumentación afirmando que a los errores de hecho, que atribuye a la sentencia, llegó el sentenciador no sólo por la equivocada apreciación de la prueba testimonial, sino también, por haber omitido apreciar la diligencia de absolución de posiciones del demandante y, concretamente, las respuestas dadas a algunas de las preguntas que se le formularon. Para la Sala no existe la menor duda de que, en los puntos relativos a la existencia del contrato de trabajo, a su duración y al salario devengado por el trabajador, es acertado el juicio del Tribunal, en cuanto dentro de la libertad de estimación probatoria que le concede la ley al juzgador laboral, y con sujeción a los principios científicos que informan la crítica de la prueba, encontró configurados plenamente en el *sub lite,* un contrato de trabajo entre las partes contendientes, que se desarrolló en forma continua y sin interrupción, desde el 1º de febrero de 1947 hasta el 30 de enero de 1954, siendo la suma de $ 3.00 diarios el último salario devengado por el trabajador.

La conclusión a que llegó el *ad quem,* no se modifica porque hubiese dejado de apreciar las respuestas dadas por el demandante al pliego de posiciones que absolvió dentro del juicio. En ellas el absolvente reafirma la existencia del contrato de trabajo, que en forma continua y permanente lo vinculó con el demandado, conforme lo había planteado en los hechos de la demanda. El que, al responder la quinta pregunta, manifieste que sólo recibió alojamiento para él y su familia durante los años de 1947, 1948, 1949 y 1950, pues que "en 1951 ya me pasé para una casa que edifiqué por cuenta mía", y que al dar respuesta a la pregunta décima, agregase que "hice un arreglo con el señor Contreras de que yo le trabajaba en la hacienda y fuera del jornal que me pagaba me daba la casa para vivir y una huerta para sembrar", son respuestas que no contienen confesión o aceptación de hechos que puedan perjudicar al demandante, que destruyan los fundamentos de su acción, ni que permitan suponer o afirmar, como lo hace el recurrente, que ellas indican claramente que el trabajo realizado por el demandante en la hacienda de "Sáchica", no fue permanente e ininterrumpido, sino discontinuo durante algunos períodos, no precisados dentro del juicio. Tampoco pueden dar base a la interpretación acomodaticia que a esa prueba da el recurrente, cuando afirma que de las posiciones se desprenden, como hechos fundamentales, que desde 1947 hasta 1951, el demandante no estuvo vinculado al señor Contreras por un contrato de trabajo, sino que fue simplemente un arrendatario, y que en el tiempo que le prestó servicios personales al demandado, su actividad fue discontinua "por la naturaleza misma de los trabajos agrícolas".

Se observa, además, que la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, en la forma y condiciones en que el Tribunal lo dio por establecido, es cuestión que no puede remitirse a duda si se tiene en cuenta que esa relación jurídica resulta no sólo de las pruebas que el recurrente señala, sino también de otras que se abstuvo de atacar y que constituyen soporte fundamental de la decisión impugnada, como son las actas de la diligencia de conciliación celebrada ante el Inspector de Asuntos Campesinos de esta ciudad, y la propia confesión del demandado, hecha al absolver las posiciones que le formularon en la primera instancia de este proceso. Al efecto consta de las actas mencionadas que en la diligencia realizada ante el nombrado funcionario el día 8 de junio de 1954 (folio 5), a lo expuesto por el reclamante Germán Méndez, el demandado José Ignacio Contreras pidió un aplazamiento de la audiencia, "para presentar a esta oficina los libros de jornales con el fin de poder establecer el tiempo exacto de servicios prestados por los reclamantes". Y en la segunda audiencia celebrada el 23 del mismo mes y año, después de dar algunas explicaciones para justificar la no presentación de las libretas de jornales y de manifestar que no se prestaba a ningún arreglo, agregó: "Reconozco que sí han trabajado conmigo el uno como trabajador ocasional el señor Emeterio Vásquez y el otro por algún tiempo como trabajador permanente el señor Germán Méndez". En las posiciones que absolvió Contreras al preguntársele "¿cómo es cierto sí o no que Germán Méndez, entró a prestarle servicios personales en labores agrícolas, hechura de cercas, cuidado de ganado, el día 1º de febrero de 1947? Contestó: Sí es cierto". Al responder a las preguntas tercera y cuarta, referentes al hecho de que el demandante desempeñó sus funciones como tractorista desde el mes de enero de 1951 hasta el 30 de enero de 1954, si bien es cierto que dijo no recordar las fechas precisas, sí aceptó que durante ese tiempo Germán Méndez "trabajó algunas veces como tractorista y otras en otras labores de campo, aunque no en forma continua", pues agregó en la respuesta dada a la pregunta cuarta, que el demandante "trabajó con el señor Alvaro Umaña y con el señor Teódulo Barrera y con algunas otras personas". Empero, esta aclaración no modifica el hecho sustancial confesado, pues constituye una

verdadera excepción que el absolvente demandado tenía obligación de probar dentro del juicio, y no lo hizo. Debe agregarse por otra parte que la prueba testimonial destruye esa aclaración o explicación del demandado, pues de ella aparece que el demandante sí prestó sus servicios en forma permanente y continua en la finca de José Ignacio Contreras, y bajo la inmediata dependencia de éste.

En el expediente no existe prueba de que el demandado hubiese pagado la totalidad de las prestaciones que corresponden al trabajador, por lo que no se ve cómo pudo el Tribunal incurrir en error de hecho al no admitir que el demandado "quedó exonerado de la obligación de pagar prestaciones sociales al señor Germán Méndez", según pretende el recurrente. Una determinación contraria del Tribunal, como habría sido la de no reconocer la existencia de los derechos y prestaciones del trabajador que emanan del contrato de trabajo que lo vinculó con el demandado, sí habría sido violatoria de la ley. Así las cosas, habiéndose comprobado la relación laboral de carácter subordinado entre las partes, y que a su terminación el demandado no cumplió la obligación de pagar al trabajador la totalidad de las prestaciones a que éste tenía derecho, condujo al *ad quem* a dar aplicación al mandato del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, condenando al renuente al pago de la indemnización allí prevista.

No apareciendo configurados los errores de hecho atribuídos por el recurrente al Tribunal, los cargos que se estudian no prosperan.

TERCER CARGO

Lo presenta como subsidiario de los anteriores y acusa la sentencia de ser violatoria de los artículos 65, 186, 189, 190, 249, 253 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo por aplicación indebida "que ha determinado consecuencias jurídicas contrarias a las contempladas y queridas por dichas normas".

Dice el recurrente, que aun admitiendo, en gracia de discusión, que sí existió contrato de trabajo entre las partes, que su duración se extendió a los años de 1952, 1953 y enero de 1954, y que el último salario devengado por el demandante fue de $ 3.00 diarios, las condenas por concepto de cesantía, vacaciones y prima de servicios han debido limitarse a dichos lapsos y no extenderse al tiempo comprendido entre el 1º de febrero de 1947 y el 30 de enero de 1954, como indebidamente lo hizo la sentencia acusada. Agrega que, en el caso de autos, se condenó a pagar al demandado sumas mayores de las que legalmente corresponden, ya que haciendo las operaciones aritméticas respectivas, se obtienen los siguientes resultados: por auxilio de cesantía $ 187.50, por vacaciones $ 90.00 y por prima de servicios $ 180.00, menos $ 95.00 que deben descontarse de las anteriores sumas, porque el trabajador los recibió por concepto de prestaciones. Respecto a la indemnización moratoria, arguye que no es procedente, por cuanto no hay elementos de juicio para concluír que en el expediente aparece la prueba de la mala fe patronal.

SE CONSIDERA:

Al efectuar el estudio de los dos primeros cargos, se dejó visto, que el Tribunal llegó a la conclusión de que estaba plenamente comprobada la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, que se ejecutó entre el 1º de febrero de 1947 y el 1º de enero de 1954, fechas que constituyen las de iniciación y terminación de la relación laboral. Ahora bien, como se aprecia de la transcripción que se ha hecho del cargo que se estudia, el recurrente sólo acepta con limitaciones la existencia del contrato de trabajo, y no como lo encontró probado el *ad quem*, puesto que sólo admite que esa relación contractual se desarrolló en los años de 1952, 1953 y el mes de enero de 1954, es decir, su argumentación principia por no aceptar y en cambio discutir, los hechos probados que encontró el Tribunal. La no conformidad del recurrente en casación con los hechos admitidos por el fallador de instancia, no pueden ser materia de ataque en este recurso extraordinario, sino en el caso de haber incurrido el Tribunal en errores de hecho o de derecho, que aparezcan de manifiesto en los autos, como consecuencia de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, lo que supone que el cargo se formule por violación indirecta de la ley.

En el presente caso, se formula el cargo por violación directa de las normas que señala el recurrente, en cuanto estima que hubo aplicación indebida de las mismas al hacerles producir consecuencias jurídicas contrarias a las que en ellas se contemplan. Este planteamiento, hace inestimable la acusación porque, como se ha visto, ella se sustenta sobre la base de discutir y no aceptar los hechos probados que encontró el Tribunal. Semejante posición requiere una actividad distinta del impugnador, formulando debidamente la acusación para demostrar que a consecuencia de la equivocada apreciación de determinadas pruebas o por falta de estimación de otras, el

Tribunal incurrió en el error de dar por probados los hechos que aceptó y que el recurrente rechaza.

Es de advertir, finalmente, que no pudiéndose atacar por medio de este cargo los hechos establecidos por el sentenciador, estos permanecen inmodificables para la Corte, y, sobré esta base, no resulta la violación de las disposiciones legales que invoca el recurrente, puesto que el Tribunal aplicó las reglas jurídicas que en ellas se contemplan a los hechos probados y regulados por las mismas y con las consecuencias jurídicas queridas por la ley, en cuanto ésta dispone que toda persona natural que presta sus servicios a otra, a virtud de un contrato de trabajo, tiene derecho a gozar de vacaciones anuales remuneradas en la forma prevista en el artículo 186, o a su compensación en dinero en los casos que contempla el numeral segundo del artículo 189; a un auxilio de cesantía, al terminar el contrato de trabajo, a razón de un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año, auxilio que se liquidará tomando como base el último salario mensual devengado por el trabajador según los artículos 249 y 253; a una prima de servicios, conforme al artículo 306, todos del Código Sustantivo del Trabajo, que constituyen, precisamente, el fundamento legal y jurídico de las condenas contenidas en el fallo impugnado, lo que, a su vez, condujo a la aplicación de la sanción prevista en el artículo 65 de la misma obra, por no haberse demostrado en el proceso que el patrono había cumplido la obligación de pagar al trabajador, al tiempo de la terminación del contrato, el valor total de las prestaciones a que tenía derecho.

El cargo no prospera.

CUARTO CARGO

Acusa violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por interpretación errónea. Para sustentarlo manifiesta que el juzgador de segunda instancia impuso la sanción a que se refiere la norma citada, sin considerar que la parte demandada discutió de buena fe la inexistencia del vínculo contractual laboral, y alegó con fundamento, que la situación con el ex trabajador Méndez había sido materia de un arreglo que puso fin a las diferencias existentes. Que en ninguna parte del expediente se halla probada la mala fe patronal, por lo que, al interpretar esa norma, el Tribunal expresó un concepto equivocado sobre su contenido, al no tener en cuenta el citado elemento "buena fe" que exonera al demandado del pago de salarios caídos.

Finalmente, cita y transcribe una jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo sobre el alcance y aplicación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, que estima oportuna para el caso debatido.

SE CONSIDERA:

Como tiene definido la jurisprudencia constante de la Corte, la impugnación de una sentencia por el concepto de errónea interpretación de disposiciones legales, configura una violación directa de la ley. En este caso, los hechos se tienen por admitidos tales como los encontró probados el Tribunal, correspondiéndole a la Corte considerar una cuestión puramente legal, cual es la de saber si, en presencia de esos hechos, hubo o no, por parte del sentenciador, quebrantamiento de una o varias disposiciones legales. Esa violación de acuerdo con el motivo que se aduce en el cargo que se estudia tiene que provenir de que el fallo atribuye al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, una significación y alcance que no le corresponde, esto es, que contraría el espíritu de esa disposición. El recurrente se abstiene de indicar o de reproducir los pasajes de la sentencia, que en su concepto son contrarios al contenido y alcance de la norma que estima infringida. Esta omisión imposibilita el que la Corte pueda hacer la confrontación entre el juicio o concepto errado que atribuye al sentenciador y el contenido de la disposición que se estima violada, lo que de por sí constituye una grave deficiencia, insalvable por la Sala, que impide realizar su función de unificar la jurisprudencia, al tiempo que hace inestimable la acusación. Ocurre, además, que el impugnador fundamenta también el cargo en el hecho de que el demandado "discutió de buena fe la inexistencia del vínculo laboral", lo que implica el examen de una cuestión de facto, que es ajena a la vía de impugnación por violación directa, que plantea el recurrente. El cargo no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto De Zubiría C. Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario

PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES

Fueron reclamadas por un trabajador de minas de carbón. Infructuosamente acusaron ambas partes la sentencia del Tribunal. Aplicación indebida e interpretación errónea. Violación directa y violación indirecta.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. La indebida aplicación de la ley, sea directa o indirecta, como su errónea interpretación, son motivos distintos de casación, para cuyo examen se requiere su formulación con la debida separación e independencia.

2. Si el recurrente califica como directa la violación indirecta de la ley, la acusación resulta incorrectamente formulada, sin que a la Corte le sea permitido corregir la equivocación, como lo ha venido sosteniendo tanto la casación civil como la del trabajo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE CASACION LABORAL.—Bogotá, D. E., veinticuatro de marzo de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez).

Marco Chauta Barrera demandó ante el Juez del Trabajo de Bogotá a Salvadora Jiménez v. de Rueda, para que, previo el trámite de un juicio ordinario, fuera condenada por sentencia al pago de cesantía, prima de servicio, indemnización por incapacidad permanente total a causa de accidente de trabajo y, por el mismo motivo, al valor de la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria por dos años, a los perjuicios materiales por incumplimiento de la obligación anterior, a la indemnización por mora y a las costas del juicio.

Como fundamentos de hecho de la demanda, el apoderado del actor enuncia los siguientes: Marco Chauta Barrera trabajó como minero en una mina de carbón de propiedad de Salvadora Jiménez de Rueda, mediante contrato verbal de trabajo, desde el 8 de febrero hasta el 23 de mayo de 1956, habiéndose convenido un salario de $ 240.00 mensuales; en la última fecha anotada fue golpeado violentamente por una vagoneta de la empresa, en la pierna derecha, lo que dio lugar a un accidente de trabajo; la demandada le prestó al actor los primeros auxilios y lo condujo al Hospital de San José, sufragando los gastos causados hasta el 2 de julio del año citado, negándose desde esa fecha a continuar en el servicio de tal obligación; el patrono le entregó al demandante pequeñas sumas de dinero como indemnización por la incapacidad de que padece a causa del accidente, e incumplió la obligación de suministrarle atención médica completa, incluyendo la farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria por el tiempo fijado en la ley, y no le ha suministrado los aparatos ortopédicos necesarios; tampoco le ha cubierto la cesantía y prima de servicio.

La respuesta a la demanda se opone a que se hagan las condenas que solicita. En cuanto a los hechos, niega el contrato de trabajo, diciendo de los demás que no son ciertos en la forma en que el actor los presenta, y que la demandada cumplió con exceso las obligaciones de su cargo en lo relativo al accidente de trabajo, teniendo en cuenta el capital de la empresa. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido y prescripción.

La sentencia de primer grado declaró no probadas las excepciones propuestas (numeral 2º) y condenó a Salvadora Jiménez de Rueda a pagar al demandante Chauta Barrera, la suma de $ 14.28 por auxilio de cesantía, y a la de $ 3.380.71 por salarios caídos (numerales 1º y 3º). La absuelve de los demás cargos (nume-

ral 4º) y la condena al 40% de las costas del juicio (numeral 5º).

Apelaron ambas partes. Elevados los autos al superior, la sentencia que decidió el recurso de alzada revocó el fallo del Juzgado *a quo* y, en su lugar, condena a la demandada a pagar al actor $ 31.66 por auxilio de cesantía y a la misma cantidad por prima de servicios proporcional al primer semestre de 1956 (numeral 1º). Por el segundo confirma los numerales 2º y 4º del fallo apelado; por el tercero modifica el 3º de la decisión de primer grado en el sentido de que la condena por indemnización moratoria es la cantidad de $ 3.176.00; por el cuarto lo adiciona, autorizando a la demandada para que descuente de las sumas anteriores la de $ 145.00 consignada en el Juzgado a órdenes del demandante, en caso de que éste la haya retirado; por el quinto modifica el numeral 5º de la sentencia del inferior, en el sentido de condenar a la demandada al pago del 50% de las costas de primera instancia, y por el sexto dispone que no haya costas en la segunda.

Demandante y demandada interpusieron el recurso de casación, que el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, les concedió. Elevados los autos a esta superioridad, fue admitido el recurso, y como se halla rituado en legal forma, ha llegado la oportunidad de decidirlo.

EL RECURSO DE LA PARTE DEMANDADA

Persigue el quebranto de la sentencia recurrida, en cuanto a la condena al pago de la indemnización por mora y costas, y a que, en consecuencia, la Corte absuelva en instancia a la señora Jiménez de Rueda de las obligaciones por tales conceptos.

Invoca la primera causal de casación. Contra el fallo del *ad quem* formula un solo cargo, el de violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo por aplicación indebida e interpretación errónea.

Sostiene el recurrente que la señora Jiménez de Rueda no supo, después de ocurrido el accidente de trabajo, porque ningún aviso recibió del demandante, según lo confiesa éste en posiciones (folio 36 vuelto), si había logrado recuperarse o no y, en el primer caso, si estaba dispuesto a continuar prestando sus servicios en la mina. Por tanto, ignorando que el contrato hubiera terminado, no podía estar obligada al pago de prestaciones. Al tener conocimiento del hecho, consignó en favor del actor la suma que estimó deberle. De lo expuesto deduce que el fallador violó el artículo 65 por aplicación indebida e interpretación errónea.

El opositor demandante expresa que nada dice el cargo en relación con los errores de hecho que alega; que la confesión del actor de que hace mérito es indivisible; y que el ataque contra el fallo recurrido es inaceptable porque "carece de la técnica de casación".

SE CONSIDERA:

La aplicación indebida de la ley se produce cuando entendida rectamente una norma y sin que medien errores de hecho o de derecho, se la aplica a un hecho probado pero que ella no regula, o cuando se aplica la regla al hecho probado llegando a consecuencias jurídicas distintas de las queridas por el legislador. Se presenta la interpretación errónea cuando se aplica la norma dándole un alcance distinto a su texto o al genuino pensamiento que la inspira, independientemente de toda cuestión probatoria.

La acusación vincula a una prueba —la de confesión del demandante— la violación del artículo 65 por el doble concepto anotado. La indebida aplicación de la ley, sea directa o indirecta, como su errónea interpretación, son motivos distintos de casación, para cuyo examen se requiere su formulación con la debida separación e independencia. No es posible, pues, alegarlos dentro de un solo cargo, respecto del mismo texto legal y con razones idénticas. El fundamento de cada motivo es distinto, como se anotó, y, además, la consideración sobre la prueba, como se dejó puntualizado, no juega en la violación de la ley por los conceptos que indica el acusador. Entiende la Sala que, en relación con la aplicación indebida de la norma mencionada, el cargo alega su violación directa, pues no la hace depender de errores de hecho y de derecho de parte del fallador.

Según lo expuesto, el cargo no se ajusta a las formalidades propias del recurso en examen, y, por tal motivo, la Corte no lo recibe.

EL RECURSO DE LA PARTE DEMANDANTE

Aspira a que la Corte case la sentencia del *ad quem* en cuanto niega algunas de las peticiones de la demanda y acoge otras por sumas inferiores a las pedidas, y a que revoque, reformándola, la del Juzgado *a quo*, y, en su lugar, condene a la demandada al pago de las sumas solicitadas en el libelo inicial por auxilio monetario a causa de accidente de trabajo, indemnización por incapacidad permanente parcial, derivada del accidente, salarios caídos y costas de segunda instancia.

Invoca la causal primera de casación y, con fundamento en ella, formula dos cargos.

PRIMER CARGO

Violación directa de los artículos 194, 195, 204, numerales 1º y 2º, ordinales a), b) y concordantes, 209, numeral 34 y Tabla del 44 al 48% y 249 del Código Sustantivo del Trabajo, a causa de errores de derecho evidentes, por errónea aceptación de una prueba, pues la sentencia da por acreditado un hecho exigiendo la ley determinada solemnidad para su comprobación.

En sustentación del cargo dice el recurrente:

Incurrió la sentencia en error de derecho al estimar la copia de la declaración de renta de la demandada, correspondiente al año de 1956. Lo explica así:

Según dicho documento, el capital vinculado a la empresa minera excede de $ 10.000.00 y, sin embargo, la sentencia afirma que es inferior a ese guarismo.

Por capital de una empresa se entiende el valor del patrimonio gravable declarado en el año inmediatamente anterior, conforme al artículo 195 del Código. El contrato de trabajo terminó en 1956, luego la prueba apta para demostrar el hecho expresado era la declaración de renta de 1955 y ocurre que la aducida por la demandada corresponde al año de 1956. Luego el hecho en mención no fue demostrado en legal forma.

Como consecuencia —dice el impugnador— del error de hecho evidente ya demostrado, la sentencia "infringió por violación directa", las normas legales que el cargo relaciona, haciéndolas producir consecuencias distintas de las que ellas contemplan. Sin tal violación, en la forma analizada, la sentencia no habría hecho, en forma parcial, las condenas pedidas, pues si aplica los preceptos acusados, "sin el error de derecho evidente y manifiesto en los autos", habría condenado a la demandada al pago de las sumas que la acusación relaciona.

El opositor demandado sostiene que el cargo no es eficaz, porque no cita las normas violadas, pues pretende extenderlo a todo el Código del Trabajo. Anota, además, que la declaración de renta de la demandada comprende todo su capital y no únicamente el de la explotación minera, que detalla por separado, cuyo valor es inferior a $ 10.000.00. Por tanto, concluye, el fallador aplicó correctamente el artículo 194 del Código al tomar como patrimonio de la señora Jiménez de Rueda el de $ 6.500.00, que es el que indica el mencionado documento como valor de la mina en que prestó sus servicios el actor.

SEGUNDO CARGO

Violación directa del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a causa de error de derecho evidente y manifiesto en los autos, al dar la sentencia por establecido un hecho con medio probatorio no autorizado por la ley.

Bajo el título "apreciación errónea de una prueba", dice el recurrente:

La sentencia del *ad quem* acepta como prueba de la consignación hecha por la demandada, en el Banco de la República, con fecha 30 de octubre de 1957 y por la suma de $ 145.00, a órdenes del Juzgado y con destino al trabajador, la simple afirmación del fallo del *a quo* sobre la ocurrencia de tal hecho. No obra en el juicio prueba que acredite la consignación. Por tanto, la afirmación contraria del fallador, lo hizo incurrir en error de derecho al dar por demostrado la ejecución de tal acto "con un medio no aceptado por la ley, cual es la simple afirmación del Juzgado de instancia de que 'el título respectivo se encuentra en el Juzgado'. Si no hubiera mediado la equivocada estimación de la prueba relativa a la consignación, no habría incurrido el Tribunal 'en el error de derecho evidente y manifiesto en los autos, que lo llevaron (sic) a la infracción directa del artículo citado' y habría concluído que la demandada le debe a Chauta Barrera la suma de $ 8.00 diarios, desde el 23 de septiembre de 1956 hasta la cancelación de los salarios, prestaciones e indemnizaciones legales insolutos".

Bajo el epígrafe "violación de ley sustantiva", expone el acusador: como consecuencia del error de derecho evidente que queda demostrado, la sentencia "infringió, por violación directa, el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo".

El opositor demandado replica la acusación diciendo que si el patrono consignó lo que estimaba deber al trabajador, como consta en autos, no es aceptable el reparo de que el hecho no ocurrió, por lo cual no resulta violado por el fallador el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Que si el demandante no ha querido retirar del Juzgado el valor de la consignación, de allí no se concluye que ésta no se hubiera efectuado.

SE ESTUDIAN LOS CARGOS:

El primero acusa violación directa de los textos legales que relaciona, derivada de error de derecho por equivocada apreciación de la declaración de renta de la parte demandada, y, al propio tiempo, error de hecho en la valoración de esa prueba. El segundo sostiene que la sentencia del *ad quem* infringe, por el mismo concepto —vio-

lación directa— el artículo 65 del estatuto laboral, a causa de error de derecho al estimar la prueba relativa a la consignación que de las deudas a su cargo, provenientes del contrato de trabajo, dice haber realizado la parte demandada, respecto de la cual no hay en el juicio prueba distinta de la afirmación que en tal sentido hace el Juzgado *a quo,* prohijada por la sentencia recurrida.

Observa la Corte:

Los cargos no se ajustan a las exigencias de orden técnico que estructuran el recurso extraordinario. Hay violación directa de la ley cuando al hecho probado en el juicio no aplica la sentencia la norma que lo regula. Para su operancia se requiere que la cuestión de hecho resulte de manera clara en el proceso. Si hay necesidad de examinar pruebas para investigar los posibles errores en que haya incurrido la sentencia al valorarlas, sean de hecho o de derecho, se está fuera del campo de la violación directa. En tal evento, la infracción no resulta de la simple confrontación entre el hecho y la norma, sino entre ésta y los errores que al apreciar o dejar de estimar las pruebas sobre existencia o inexistencia del hecho, cometa la sentencia. Esta modalidad de infracción de la ley la ha venido calificando la doctrina de indirecta, pues el error de juicio se produce a través de las dos clases de errores mencionados, de manera que a la violación de la norma se llega como consecuencia del error. En la mecánica del recurso, el error, de hecho o de derecho, es el medio para llegar al desconocimiento del precepto. En cambio, la infracción directa elimina esa operación, pues no toma en cuenta la actividad probatoria del fallador.

Las dos formas de violación de la ley son distintas y, por consiguiente, inconfundibles. Lo cual quiere decir que si a la indirecta la califica de directa el recurrente, la acusación se formula de manera incorrecta, sin que a la Corte le sea permitido corregir la equivocación como lo ha venido sosteniendo tanto la casación civil como la del trabajo.

No prospera, pues, ninguno de los dos cargos.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior 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 C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario

ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACION

Fue interpuesto por ambas partes contra la sentencia de un Tribunal —Sala Laboral— en juicio de lanzamiento de predios rurales. Sentencias que no admiten casación. Jurisprudencia.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

Las sentencias proferidas en segunda instancia por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en los juicios de lanzamiento o de restitución de predios rústicos, no son susceptibles del recurso de casación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE CASACION LABORAL.—Bogotá, D. E., veintiséis de marzo de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo).

En los juicios acumulados, por lanzamiento en predios rústicos, que promovieron Isidoro Duplat y otros contra Carlos Julio Parra y Purificación Rojas, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona —Sala Laboral— dictó sentencia con fecha siete de febrero del año en curso.

Interpuesto el recurso de casación por ambas partes, el Tribunal lo concedió y ordenó remitir el negocio a esta Sala.

Para resolver acerca de la admisibilidad, se considera:

Conforme a lo dispuesto en el artículo 22 del Decreto extraordinario 291 de 1957, los Jueces del Trabajo son competentes para conocer de los negocios a que se refiere el artículo 1º del mismo Decreto, o sea "los conflictos rurales que se susciten entre los propietarios o arrendadores de tierras y los ocupantes de ellas, arrendatarios, aparceros, colonos y similares", a excepción de las controversias que versen sobre propiedad y posesión de los predios rurales, las cuales continúan siendo de competencia de los Jueces civiles.

El mencionado artículo 22 ordena tramitar aquéllos negocios con arreglo a las normas contenidas en el Capítulo XIV del Código Procesal del Trabajo, que trata del procedimiento ordinario.

El artículo 24 establece el recurso de casación para los negocios así tramitados, y al efecto se remite al Capítulo XV del Código Procesal del Trabajo, cuyo artículo 86 en lo pertinente dice:

"*Objeto del recurso de casación. Sentencias susceptibles del recurso.* Con el fin principal de unificar la jurisprudencia nacional del trabajo, habrá lugar al recurso de casación:

"a) Contra las sentencias definitivas dictadas por los Tribunales Seccionales del Trabajo (ahora Tribunales Superiores del Distrito Judicial) en los *juicios ordinarios...*" (Subraya la Sala).

Ahora bien, el Decreto 291 de 1957, aparte de los asuntos sometidos al procedimiento laboral ordinario, consagra, como juicios especiales el "del lanzamiento en predios rústicos" y el "de la restitución en predios rústicos a petición del arrendatario", de la propia manera en que lo hacía el Código Judicial en sus artículos 1103 a 1119, y, como es obvio, señala el correspondiente trámite especial. En lo concerniente a recursos, sólo menciona, respecto de estos dos juicios, el de apelación para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial (artículo 39).

De lo dicho se deduce que las sentencias proferidas en segunda instancia por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en los juicios de lanzamiento o de restitución en predios rústicos, no son susceptibles del recurso de casación.

Por lo demás, esta Sala ya había estudiado y decidido el punto en auto de fecha 16 de agosto de 1960, en el que se expresó así:

"...en lo que atañe a la competencia de la jurisdicción del trabajo para conocer de los nego-

cios a que se refiere el citado Decreto, con toda claridad puede apreciarse que el estatuto en cuestión contempla las siguientes situaciones jurídicas objetivamente definidas:

"a) De los artículos 22 a 25, la aplicación del procedimiento ordinario laboral (expresamente lo dice el artículo 22) y la del recurso de casación (artículo 24).

"b) Del artículo 26 al 32, se regula en forma especial lo relativo al lanzamiento de predios rústicos.

"c) Del artículo 33 al 38, lo atinente a la restitución de predios rústicos.

"d) A continuación vienen las 'disposiciones varias' dentro de las cuales está el artículo 39 que dice:

"Las sentencias y los autos dictados en *los dos juicios especiales que regulan los artículos anteriores* no son apelables por el demandado sino en el efecto devolutivo". (Subraya la Sala).

"Los dos juicios especiales a que se refiere este precepto no son otros que los determinados en los apartes b) y c) anteriores, como fácilmente puede constatarse.

"De manera, pues, que como en el caso de autos se trata de una acción de restitución que, dentro de la estructura del Decreto número 0291 de 1957, tiene la denominación y trámite de un juicio especial, no del ordinario previsto en los artículos 22 a 25, no cabe duda que el recurso de casación no es admisible en este caso.

"'Y no lo es porque, según el artículo 24 del Decreto mencionado, se establece que el recurso de casación es procedente 'en los negocios de que tratan los artículos anteriores'. ¿Cuáles son esos negocios? Pues los que se han tramitado de conformidad con el procedimiento ordinario laboral, según expresamente lo dispone el artículo 22, que dice:

'Los Jueces del Trabajo serán competentes para conocer de los negocios a que se refiere el artículo 1º de este Decreto, mediante el procedimiento indicado en el Capítulo XIV del Código Procesal del Trabajo, sujetándose en materia de avalúos a las reglas del presente Decreto...'.

"De modo, pues, que de acuerdo con las voces del referido Decreto, el recurso de casación sólo es admisible en el juicio rituado en concordancia con el procedimiento ordinario, que es la materia a que se refiere dicho Capítulo. Y no cabe en los juicios especiales reglamentados por el Decreto en referencia, como tampoco en los de tal clase que contempla el Código Procesal del Trabajo".

Y como la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona —Sala Laboral—, contra la cual se ha interpuesto el recurso de casación a que se ha hecho referencia, pone fin a un juicio especial de lanzamiento en predios rústicos, tal recurso no es admisible.

Finalmente conviene anotar, en orden a la regularidad formal de las providencias que dicten las Salas Laborales de los Tribunales Superiores, que, de acuerdo con el artículo 30 del Decreto extraordinario número 1 de 1957, ellas deben ser adoptadas con intervención de tres Magistrados, y que donde haya uno solo en tales Salas, éste será siempre el ponente (o el Conjuez, si fuere el caso), y formará Sala de decisión con dos Magistrados de la Sala Civil, llamados en orden alfabético, requisito que dejó de observarse en este proceso tanto en el fallo como en los autos que concedieron el recurso de casación.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— declara inadmisible y NO ADMITE el recurso de casación interpuesto por AMBAS PARTES contra la providencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, de que se ha hecho mérito, y ordena devolver el expediente al Tribunal de origen.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Luis Alberto Bravo, Roberto De Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDEMNIZACION DE PLAZO PRESUNTIVO

No prosperan los cargos que se hicieron contra la sentencia que condenó a una empresa distribuidora de mercancías a pagar ciertas prestaciones. Confesión ficta. Incidentes en materia laboral. Jurisprudencia. Salario base para liquidar prestaciones e indemnizaciones.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. De los dos supuestos de hecho que contempla el artículo 64 del Código del Trabajo, ruptura ilegal del contrato e indemnización de perjuicios, el primero guarda en relación con el segundo, un estrecho vínculo de causalidad. La ruptura ilegal del contrato es la causa, la indemnización de perjuicios el efecto, por lo cual ésta sin aquélla no se produce.

2. La norma del artículo 56 del Código de Procedimiento Laboral, sobre confesión ficta, se aplica de plano, sin la observancia de ninguna otra formalidad ni previo incidente, si el hecho en que se funda, o sea la resistencia de la parte obligada a la inspección judicial, aparece acreditado en el proceso, según la apreciación que de él haga el fallador.

3. El salario del demandante, en el caso de autos, provenía de tres fuentes: asignación fija, comisiones y viáticos permanentes (en total $ 600). Así las cosas, si durante los últimos 45 días de la relación laboral el empleado se mantuvo a disposición del patrono pero sin efectuar viaje alguno por culpa de éste, no sólo adquirió el derecho al salario que antes venía devengando ($ 600), como lo previene el artículo 140 del Código, sino también el de que las obligaciones reclamadas y demostradas en el juicio se liquidaran de acuerdo con dicha base salarial.

4. Al salario que define el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo se refiere el estatuto laboral cuando fija el que ha de servir para liquidar la cesantía (art. 253), el perjuicio por el lucro cesante (art. 64), la indemnización moratoria (art. 65) y las vacaciones, cuando deban compensarse en dinero (art. 7º del Decreto 617 de 1954). Ninguno de estos textos habla de salario fijo u ordinario.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE CASACION LABORAL.—Bogotá, D. E., veintiocho de marzo de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez).

MATERIA DEL PLEITO

Marco Aurelio Fonseca promovió juicio ordinario contra la sociedad de responsabilidad limitada, denominada "Distribuidora Palmín", domiciliada en Bogotá, representada por cualquiera de sus dos administradores, Itec Epelboim o Eric Mildemberg, para que por sentencia fuera condenada al pago de salarios insolutos, auxilio de cesantía, vacaciones por un año, primas de servicio y reajuste de esta prestación, remuneración por trabajo en domingos y feriados, viáticos, lucro cesante, indemnización por mora y costas del juicio.

El apoderado del actor adujo estos hechos fundamentales: que Marco Aurelio Fonseca laboró al servicio de la Distribuidora desde el 1º de febero de 1954 hasta el 15 de agosto de 1955, mediante contrato verbal de trabajo de duración indefinida; que ejerció el cargo de chofer y además los de vendedor de productos de la empresa y cobrador de créditos de la misma; que el salario

pactado fue el de $ 600.00, integrado por estas partidas: sueldo fijo de $ 200.00, comisión del 2% sobre el valor de mercancías vendidas, que en promedio alcanzó a la suma de $ 260.00, y viáticos por viajes en las rutas que le fueron asignadas, o sea Honda, La Dorada, Villavicencio y La Mesa, que recorría semanalmente, recibiendo por tal concepto la cantidad de $ 140.00; que devengó el salario de $ 600.00 mensualmente, durante el último año de servicios; que la sociedad, en nota para el empleado de fecha 1º de julio de 1955 dio por terminado el contrato con preaviso de 45 días, en forma ilegal, pues no se pactó cláusula de reserva, a pesar de lo cual el demandante, durante dicho término, se mantuvo a disposición del patrono; que al expirar el contrato la Distribuidora le quedó a deber a Fonseca la primera quincena de agosto de 1955, la compensación en dinero por vacaciones durante un año, el salario del mes de julio de ese año en lo concerniente a viáticos, la parte proporcional de la prima de servicios del primer semestre de 1954 y la remuneración por los domingos y feriados que trabajó; y que la prima de servicio del segundo semestre de 1954 y primero de 1955 le fueron canceladas sin incluír el salario por viáticos.

Las súplicas se fundan en los artículos 127, 130, 249, 253, 306, 47, 65 y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo y en las pertinentes de los Decretos 616 y 617 de 1954.

La respuesta a la demanda desconoce el derecho que ejercita. En cuanto a los hechos niega el que afirma el contrato de trabajo. Manifiesta que la sociedad no le cubrió al actor las vacaciones y la primera quincena de agosto de 1955, porque no se presentó a sus oficinas. Negó los demás hechos y propuso la excepción de compensación hasta la suma de $ 264.00. Acompañó al memorial respectivo un título de depósito por $ 1.020.00, valor de lo que el patrono confiesa deber al demandante.

Trabado el juicio y agotado el procedimiento de rigor, fue desatado por sentencia proferida por el Juzgado 4º del Trabajo de Bogotá. El numeral primero de su parte dispositiva condena a "Distribuidora Palmín Limitada" a pagar a Marco Aurelio Fonseca, lo siguiente: a) $ 925.00 por cesantía; b) $ 300.00 por vacaciones; c) $ 850.00 por primas de servicio; d) $ 100.00 por salarios insolutos; e) $ 3.300.00 por salarios del plazo presuntivo, y f) $ 1.140.00 por salarios caídos. De las sumas anteriores dispone deducir la de $ 1.340.45, valor de la consignación hecha por la sociedad y de lo recibido por el actor por concepto de primas de servicio. Por el numeral segundo absuelve a la compañía de los demás cargos; por el tercero declara no probada la excepción de compensación y por el cuarto la condena al pago de las costas del juicio.

Apeló la parte demandada. Remitidos los autos al superior, la sentencia que lo decide confirmó los ordinales a), b), d) y f), numeral primero del fallo del *a quo*, modificó su ordinal c) reduciendo a $ 36.25 la condena por prima de servicio y el ordinal e) disminuyendo la condena por lucro cesante a $ 900.00. Lo confirma también en cuanto dispone deducir del monto de las condenas la suma de $ 1.340.45, y en las decisiones de sus numerales 2º, 3º y 4º. No hubo condena en costas.

Contra la providencia anterior interpuso el recurso de casación el apoderado de la sociedad, que le fue concedido. Admitido aquí por la Sala y debidamente preparado, se pasa a decidir.

LA DEMANDA DE CASACION

Aspira a que la Corte case parcialmente la decisión recurrida, en cuanto condena a la sociedad al pago de sumas no debidas, y además, para que modifique la cuantía de algunas condenas aceptadas por ella y oportunamente canceladas.

Formula tres cargos con fundamento en la primera causal de casación.

PRIMER CARGO

Violación indirecta, por aplicación indebida, del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, a causa de la violación de medio de los artículos 56 y 37 del Código Procesal Laboral, a consecuencia de apreciación errónea de la prueba contenida a folios 39 a 44 y falta de apreciación de la corriente a folios 58 a 61.

Sostiene el recurrente que no era del caso dar por establecido como fecha de iniciación del contrato el 1º de febrero de 1954 por confesión ficta, fundada en declaratoria de renuencia de la sociedad a la práctica de una inspección ocular sobre sus libros y documentos, hecha por el Juez y confirmada por el Tribunal, porque no puede imponerse la sanción que establece el artículo 56 del Código Procesal Laboral, sin previo incidente, de manera análoga a como se procede cuando el llamado a absolver posiciones en juicio no comparece en la hora y lugar designados, según lo dispuesto en el artículo 618 del Código Judicial.

Descartada la confesión ficta, la fecha de ingreso al servicio no la demuestra la declaración de Jorge Casas, erróneamente apreciada por el Tribunal, pues el testigo dice que conoció a Fonseca prestando sus servicios a la sociedad desde

enero de 1954 y éste afirma en la demanda y posiciones rendidas en el juicio, que los servicios comenzaron en febrero de ese año. Coadyuva —dice el recurrente— a la aplicación indebida del artículo 64, la falta de apreciación de la prueba contenida en la confesión provocada del demandante, al responder la sexta pregunta del interrogatorio. La pregunta afirma si es o no cierto que la empresa Palmín (no la Distribuidora Palmín Ltda.) le pagó la primera quincena de febrero de 1954, y el absolvente contestó negativamente, aclarando que no recuerda si la recibió o no, remitiéndose a sus libros de contabilidad. No negó, pues, que durante dicho lapso de tiempo hubiera estado al servicio de empresa distinta de la demandada, situación que no podía desconocer, pues bien sabía que con la Distribuidora Palmín "sólo había empezado la labor el 15 de febrero de 1954 y no el 1º, que es la afirmación no desvirtuada de la sociedad que represento". Así, pues, concluye el cargo, por aplicar el Tribunal "un artículo de plano, darle a una prueba alcance que no tiene y dejar de apreciar otra, encontró demostrado un contrato por tiempo superior al realmente existente. Y no obstante esta duda en la fecha de iniciación de los servicios, produjo una condena como si estuviese plenamente acreditada". La Corte debe, por consiguiente, casar la sentencia recurrida y revocar en instancia la condena por lucro cesante contenida en el fallo de primer grado.

Dice el opositor, después de una disertación destinada a demostrar que la actitud de la sociedad sí fue de renuencia a la práctica de la inspección judicial, según las pruebas del proceso de que hace mérito, que, aun prescindiendo de la inspección, demuestran la iniciación del contrato el 1º de febrero de 1954, dos medios probatorios, a saber: el recibo del folio 14, aducido por la parte demandada al juicio, y la declaración de Luis Jorge Casas. El recibo da fe de que el demandante recibió del patrono sueldos y comisiones durante todo el mes de febrero de 1954 y no desde el 15 de ese mes. El testigo nombrado confirma que los servicios se iniciaron en la fecha primeramente citada. No la cita de manera exacta pero dice que conoció al actor trabajando en la sociedad desde enero de 1954, con lo cual queda abierto el margen interpretativo que pudo ser el último día del mes de enero o el 1º de febrero del año citado.

Agrega el opositor, refiriéndose a la confesión provocada del demandante, que no da pie para afirmar que aceptó como fecha inicial de sus servicios una distinta de la del 1º de febrero de 1954, como lo deduce el cargo, fundado en la consideración de que el absolvente dijo, en la respuesta a la pregunta sexta del interrogatorio, no recordar si le fue o no pagada la primera quincena de febrero por la sociedad Palmín Ltda., distinta de Distribuidora Palmín, porque es factible que una persona preste sus servicios a dos o más patronos, simultáneamente, evento que pudo configurarse en este asunto, al cual se refieren la pregunta tercera del cuadro de posiciones y la declaración del testigo Jorge Casas. Concluye, por tanto, que la sentencia no aplicó indebidamente el artículo 64 del Código del Trabajo.

SE CONSIDERA:

El artículo 64 del Código regula dos situaciones jurídicas: su primer inciso establece la condición resolutoria por incumplimiento del contrato, con indemnización plena de perjuicios para la parte responsable del hecho, y el inciso segundo señala el medio de fijar la indemnización por lucro cesante cuando es el patrono el que desconoce el vínculo ilegalmente, diciendo que equivale al monto de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo.

De los dos supuestos de hecho que contempla la norma —ruptura ilegal del contrato e indemnización de perjuicios— el primero guarda, en relación con el segundo, un estrecho vínculo de causalidad. La ruptura ilegal del contrato es la causa, la indemnización de perjuicios el efecto, por lo cual ésta sin aquélla no se produce.

El Tribunal condenó a la sociedad al pago de perjuicios por lucro cesante, porque, según las pruebas del proceso de que hace mérito, el patrono dio por terminado el contrato sin justa causa. Esta base fundamental de la sentencia acusada no la ataca el recurrente, y como en el orden lógico y jurídico no se puede producir una condena en tal sentido sin admitir previamente el incumplimiento del contrato, el cargo resulta estéril y sin fuerza capaz de desquiciar la decisión del *ad quem*. Con todo, como la cuantía de la indemnización a cargo del patrono puede prestarse a errores en su determinación, pues depende de dos requisitos, el valor del salario y el tiempo de servicios, la Sala examina el cargo por el segundo aspecto, al cual se concreta la acusación.

Según la sentencia recurrida, el tiempo servido comprende el período del 1º de febrero de 1954 al 15 de agosto de 1955. En su concepto dos pruebas demuestran el hecho: el testimonio de Jorge Casas (folios 39 a 44) y la declaración de confeso hecha por el Juzgado *a quo*, acertada en su sentir, la cual tuvo por fundamento la renuencia de la sociedad a la práctica de la inspección ocu-

lar. De los dos elementos probatorios, le dá preferencia al segundo, que examina detenidamente y por todos sus aspectos.

Para el recurrente es inaceptable aplicar el artículo 56 del Código Procesal Laboral de plano, sin previo incidente, por lo cual era el caso de rechazar la confesión ficta de la sociedad. Esta Sala de la Corte tuvo ocasión de estudiar el punto que la acusación plantea y llegó a la conclusión de que la norma en referencia se aplica de plano sin la observancia de ninguna otra formalidad, si el hecho en que se funda, o sea, la resistencia de la parte obligada a la inspección judicial, aparece acreditado en el proceso, según la apreciación que de él haga el fallador. Así lo sostuvo la corporación en sentencia de fecha 4 de julio de 1960, proferida en el juicio seguido por Isidro J. Ríos contra Acerías Paz del Río S. A. (*Gaceta Judicial* XCIII, primera parte, páginas 324 y siguientes) de la cual se transcriben los siguientes pasos:

"No regula los incidentes el Código de Procedimiento Laboral; de ellos se ocupa para decir que sólo se pueden proponer en la primera audiencia de trámite, en cuyo caso se sustancian sin interrumpir el curso del juicio y se deciden en la sentencia, por regla general (artículo 37 de la obra citada) y para expresar que el Juez tiene facultad para admitirlos o rechazarlos, indicando en el primer caso el trámite a que los sujeta (artículo 38 ibídem).

"La materia queda, pues, regida por las normas pertinentes del Código de Procedimiento Civil, conforme al artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral. Domina el instituto, en el primer cuerpo de leyes, el artículo 394, según el cual "el Juez debe desechar de plano los incidentes que no procedan según el caso, conforme a la ley...".

"Para saber, pues, si una cuestión accidental en el proceso admite el incidente, es necesario que así lo disponga el legislador de manera expresa. Si así no ocurre, le está prohibido al Juez darle el trato incidental, pues al respecto sus facultades son regladas y no discrecionales. Para la solución del punto no sería pertinente acudir a la norma contenida en el artículo 40 del Código de Procedimiento Laboral, que autoriza al Juez para prescribir una forma determinada cuando para el acto procesal de que se trate no la haya previsto la ley, porque el artículo 56 de la obra citada es normativo en su integridad de la situación procesal que contempla, sin subordinar su aplicación a formalidad alguna ulterior. Basta que en el acto de la inspección la parte que deba colaborar a su práctica la rehuse sin razones valederas, que el juzgador aprecia libremente, para que en la sentencia le dé aplicación al artículo 56. No abre éste la puerta al incidente y no lo reclama texto alguno del Procedimiento Civil ni del de Trabajo. Exigir, pues, la ritualidad incidental como condición previa para darle cabida a las sanciones que la previsión establece, es impertinente, porque el principio sobre uso de las formas en el proceso no es arbitrario ni el Juez puede utilizarlo sin salirse de las prescripciones que al respecto traza la ley.

"Para el caso tampoco sería procedente recurrir al artículo 299 del Código Judicial, que ordena sustanciar como artículo la acción exhibitoria, sin cuya observancia el Juez no puede aplicar la sanción del 303 ibídem (igual a la del artículo 56 del Código de Procedimiento Laboral), cuando quien se resiste al reconocimiento es la parte obligada a él, porque el primero de esos estatutos en su artículo 302 deslinda la exhibición de la inspección ocular al estatuír que a la primera puede ir anexa la práctica de la segunda, y en tal evento manda aplicar las reglas relativas a la inspección. Por tanto, si el proceso civil sobre el punto de que se trata no consiente la analogía, menos podría apelarse a ella en el proceso de trabajo, pues las normas de éste gobiernan la renuencia a la práctica de la inspección y ello basta a términos del artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral, para que no tengan cabida las que el Código Judicial establece sobre ese medio de prueba.

"De ser procedente la aplicación por analogía al proceso del trabajo los ordenamientos del Código Judicial, sólo podrían tomarse en cuenta los contenidos en ese Código sobre inspección ocular, pues la analogía opera cuando se trata de materias semejantes, pero no cuando éstas son distintas. Y el Código citado, en su tratado sobre inspección ocular, no contempla el fenómeno de resistencia a su ejecución, ni por consiguiente, sanción alguna al respecto.

"Que la renuencia a la exhibición, cuando proviene de uno de los litigantes, tenga en el proceso civil la misma sanción que para igual fenómeno en la inspección ocular establece el proceso del trabajo, no autoriza para sostener que la pena en este último no pueda aplicarse sin el incidente previo de que trata el Código Judicial. No sería ese un sistema lógico de interpretación, pues la ley debe aplicarse en su integridad pero no haciendo confluír estatutos distintos, para tomar de cada uno lo que convenga al exégeta. Si alguna enseñanza se desprende de la igualdad de tratamiento que la rebeldía tiene en las dos instituciones, no sería otra que la de ver en ella

una constante del legislador en la reprobación de la falta, que reprime de idéntica manera en los dos procesos. La pena es drástica pero sin duda proporcionada a la gravedad de la ofensa, ya que la justicia es institución respetable y quienes la personifican en su actividad merecen pleno acatamiento. Si la desobediencia a los mandatos del Juez, en ejercicio de sus funciones, no tuviera significación alguna y les fuera permitido a los litigantes observarlos o no, su consecuencia a la larga sería el debilitamiento, hasta su extinción, del poder coactivo de la jurisdicción, que a la postre vendría a quedar sustituído por la venganza privada, supremo regulador de los conflictos de intereses en los albores de la civilización".

La Sala reitera la doctrina anterior y con fundamento en ella concluye que no es eficaz el ataque contra el fallo acusado por violación del artículo 56 del Código Procesal Laboral en relación con el 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

Por lo que hace a la declaración del testigo Jorge Casas, si se aprecia en su integridad y no de modo fragmentario, no resulta estimada con desacierto por el fallador. Sobre la fecha inicial del contrato, dice el deponente: que conoció al demandante como trabajador de la Distribuidora Palmín desde enero de 1954, agregando que la fecha exacta no la puede precisar (folio 40); que no puede decir hasta qué fecha le pagó esa empresa salarios al actor (folio 43); que seguramente el demandante comenzó a recibir pagos del salario de la Distribuidora desde el mes de febrero de 1954 (folio 43).

El punto, por lo menos, es dudoso, y cuando esto ocurre no es admisible el ataque por error de hecho en la estimación de la prueba, pues el yerro de esta clase debe ser evidente y a la evidencia se opone la duda. Si son opuestos los datos sobre la fecha en que empezó a trabajar el demandante con la Distribuidora, el Tribunal tenía libertad para escoger cualquiera de ellos, es decir, el mes de enero o el de febrero de 1954.

En cuanto al error de hecho por falta de apreciación de la confesión del actor, observa la Sala: en la respuesta a la pregunta sexta del cuadro de posiciones negó el demandante que hubiera recibido de la "Empresa Palmín Ltda." el sueldo de la primera quincena de febrero de 1954, remitiéndose a lo que constara en los libros de la sociedad, luego no se puede decir como lo hace el acusador, que el absolvente confesó el hecho de que sus servicios con "Distribuidora Palmín Ltda.", sociedad distinta de la anterior, se iniciaron el 15 y no el 1º de febrero del año mencionado. Si en el proceso se hubiera probado que Fonseca recibió de "Empresa Palmín" el salario de los primeros quince días del mes de febrero y, además, que había pactado con la Distribuidora la exclusividad en la prestación del servicio, lo que el impugnador afirma, por vía de simple inducción, habría podido aceptarse. Se concluye de lo expuesto, que no resulta establecido el error de hecho alegado por el recurrente.

Por lo demás, cierra toda discusión sobre el punto, el documento del folio 14, aportado al juicio por la sociedad. Lo firma el demandante y declara en él que recibió del patrono la suma allí indicada por sueldos y comisiones, "durante los últimos once meses del año de 1954". El documento hace la discriminación del valor correspondiente a cada mes, comenzando desde el de febrero de 1954. El patrono, como lo observa con acierto el opositor, admitió el hecho de que el empleado empezó a trabajar con la Distribuidora el 1º de febrero de 1954 y no el 15 de ese mes, como lo dice con toda claridad el citado documento. Frente a ese testimonio procesal, no se alcanza la razón para sostener afirmaciones contrarias a su contenido.

SEGUNDO CARGO

Violación indirecta de los artículos 249, 252, 253, 186 (artículo 7º del Decreto 617 de 1954), 64 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida, a causa de error de hecho evidente por falta de apreciación de unas pruebas y no apreciación de otras.

Consistió el error de hecho en que el Tribunal toma por base para liquidar las deudas por cesantía, vacaciones, lucro cesante y salarios caídos, una asignación de $ 600.00, demostrando las pruebas del juicio que la última devengada por el trabajador fue la de $ 200.00.

La acusación, en su desarrollo, no hace derivar el error de hecho que alega de "falta de apreciación de unas pruebas y no apreciación de otras", sino el fenómeno contrario, o sea el de error de la clase expresada en la estimación de pruebas. No obstante la inconformidad entre el planteamiento del cargo y su motivación, la Sala se atiene a lo que ésta expone.

Las pruebas mal apreciadas son las siguientes: los hechos II y III de la demanda inicial; la declaración de Luis Jorge Casas (folios 39 a 44), y la confesión provocada del representante de la sociedad (folios 69 a 75).

Demuestran esos elementos de juicio —dice el recurrente— que el salario fijo convenido por las partes fue el de $ 200.00; que del 1º de julio al 15 de agosto de 1955, o sea durante 45 días, término del preaviso dado por la sociedad al demandante al declarar terminado el vínculo, el

empleado permaneció en las oficinas de aquélla sin trabajar. Por tal motivo no realizó ningún viaje y, de consiguiente no percibió ni el 2% de comisión por ventas ni hubo lugar al pago de viáticos por la suma de $ 140.00 mensuales. En acatamiento a la razón expuesta el fallo del *a quo*, al estudiar la súplica relativa a la condena por salarios insolutos en quince días, manifiesta que deben liquidarse tomando por base el salario fijo de $ 200.00, determinación acogida por la sentencia del Tribunal.

Acreditado, pues, continúa el cargo, que en los últimos 45 días no percibió el demandante remuneración por viáticos y comisiones, el salario que devengó fue el de $ 200.00 y no el de $ 600.00, como lo sostiene el fallador. Por tanto, las condenas por cesantía, vacaciones, lucro cesante y salarios caídos, han debido hacerse tomando por base la primera cifra y no la segunda. Así lo disponen los preceptos legales reguladores de las obligaciones mencionadas, que el cargo cita. En consecuencia —concluye el recurrente— la Corte debe casar parcialmente el fallo recurrido, revocar en instancia el de primer grado y ajustar las condenas al sueldo realmente demostrado en el juicio.

Dice el opositor en la réplica al cargo que el trabajador gozaba de un salario variable por su naturaleza, integrado por sueldo fijo, comisiones y viáticos, que en el último año de servicios ascendió a $ 600.00 mensuales, demostrado por confesión del representante de la empresa en posiciones y por las declaraciones de Luis J. Casas y Carlos J. Arévalo; que la liquidación de prestaciones y derechos del empleado con remuneración variable se debe hacer con base en el salario devengado en el último año de servicios; que así lo ordenan para liquidar cesantía y vacaciones el artículo 253 del Código, y el 8º del Decreto 617 de 1954; que al mismo régimen está sometida la liquidación de perjuicios por lucro cesante, pues debe comprender todas las remuneraciones que hubiera podido percibir el trabajador, ya que es de presumir que quien ha disfrutado de comisiones y viáticos permanentes seguirá gozándolos en cuantía por lo menos igual a la derivada en el último año de servicios; que existe razón idéntica para que los salarios caídos se liquiden con la misma base utilizada para el del lucro cesante; que dentro del último año de servicios queda comprendido el término de 45 días del preaviso dado por la sociedad al demandante; que si durante este término el actor no pudo desempeñar a cabalidad sus funciones, fue porque la empresa no lo permitió, quitándole el vehículo que manejaba, a pesar de lo cual, permaneció a disposición del patrono en sus oficinas, como lo acreditan las declaraciones de Casas y Arévalo. En tales condiciones, el hecho de no haberle dejado devengar al trabajador comisiones y viáticos, constituye flagrante violación del contrato y de la ley, que no puede constituírse en fuente de provecho para la empresa, pues nadie puede lucrarse de su propia culpa.

SE CONSIDERA:

El salario para liquidar las condenas a que el cargo se refiere no lo deduce el Tribunal de las pruebas que menciona el recurrente sino de la confesión ficta de la sociedad, como lo expresa con toda claridad en la parte motiva de su decisión, en estos términos: "En consecuencia, como la parte demandante se proponía demostrar por medio de dicha prueba (la de inspección ocular) el tiempo de servicios y el salario devengado por el actor, deberá tenerse como probado el que se afirma en la demanda, o sea el comprendido desde el 1º de febrero de 1954 hasta el 15 de agosto de 1955 y un sueldo fijo de $ 200.00 más la comisión del 2%, que ascendía, en promedio mensual, en el último año de servicios, según lo que se afirmó en las posiciones que el actor le formuló al representante de la sociedad demandada y que fue aceptado por éste a $ 260.00. Además, la suma de $ 140.00 mensuales recibida por el actor en el último año de trabajo, por concepto de viáticos".

Como el acusador no ataca el anterior fundamento de la sentencia del *ad quem*, de por sí suficiente para mantenerla, sino bases distintas que ella no contiene, el error de hecho que alega por equivocada estimación de medios probatorios, extraños a los argumentos de aquélla, carece de fundamento. Según lo expuesto, de haberse producido el yerro que el cargo aduce, no sería por mala apreciación de esos medios sino por el fenómeno contrario.

Pero, prescindiendo del defecto anotado en la formulación del cargo, el argumento en que se sustenta es del todo ineficaz. Se funda en la consideración de que el demandante, en los últimos 45 días de vigencia del contrato (1º de julio al 15 de agosto de 1955) se mantuvo a disposición del patrono, sin realizar ningún viaje, y que, como la causa del salario por comisiones y viáticos eran sus correrías en las rutas que le fueron asignadas, por sustracción de materia no pudo devengar remuneración alguna por los expresados conceptos, quedando ella limitada a la fija u ordinaria de $ 200.00.

Observa la Sala: si Marco Aurelio Fonseca no hizo viaje alguno a partir del 1º de julio de

1955, se debió ello a hecho ajeno a su voluntad, del cual es responsable exclusivo la Distribuidora, ya que ésta, en la fecha mencionada, dio por terminado el contrato, según confesión provocada de su representante (folio 72). El motivo que adujo para tomar la determinación no figura entre las causas legales de extinción del vínculo, como tampoco era procedente el preaviso de 45 días de que hizo uso, dada la modalidad de la relación de trabajo, en cuanto a su duración. Sobre el punto en examen, dice con exactitud jurídica la sentencia del *ad quem:* "Es pertinente observar que las partes no celebraron contrato escrito de trabajo con cláusula de reserva, por lo cual el preaviso a que se refiere la documental (alude a la nota de la empresa para el empleado sobre terminación del contrato, folio 2) no producía efecto alguno. Por lo demás, la causal invocada para el despido del demandante no es de las que la ley considera justas para dar por terminado el contrato de trabajo por parte del patrono. En consecuencia deberá condenarse a la sociedad demandada a pagar al actor los salarios que hicieron falta para vencerse el último término del contrato presuntivo...".

Los anteriores conceptos del fallador, que el recurrente no ataca, infirman toda su argumentación, basada en la razón de que durante el término del preaviso (45 días) el empleado no realizó ningún viaje, por lo cual sólo adquirió el derecho a la remuneración fija u ordinaria de $ 200.00.

Conviene hacer además estas consideraciones:

Constituye salario no sólo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, como las primas, porcentajes sobre ventas, comisiones o participación de utilidades, conforme a lo dispuesto en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo. Debe anotarse que el artículo 130 ibídem considera como salario los viáticos en la parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento, y que ese carácter tuvieron en el caso litigioso los asignados al demandante, según resulta de la confesión ficta de la sociedad, como lo sostiene el fallador. El salario de Marco Aurelio Fonseca provenía de tres fuentes: asignación fija de $ 200.00, comisiones y viáticos permanentes, arrojando aquéllas la suma de $ 260.00 y los viáticos la de $ 140.00 mensuales, durante todo el tiempo de servicios.

Así las cosas, si durante los últimos 45 días de la relación laboral el empleado se mantuvo a disposición del patrono pero sin efectuar viaje alguno por culpa de éste, no sólo adquirió el derecho al salario que antes venía devengando ($ 600.00), como lo previene el artículo 140 del Código, sino también el de que las obligaciones reclamadas y demostradas en el juicio se liquidaran de acuerdo con dicha base salarial.

El artículo 140 habla de salario, sin otra calificación, no de salario ordinario o fijo. Al respecto ha dicho esta Sala de la Corte: "Cuando el Código habla de 'salario' solamente, es claro que deben entenderse comprendidos todos los elementos que lo constituyen conforme al artículo 127, tal como ocurre en los casos indicados por los artículos 64, 249, 230, 278, 292 y 306, entre otros; en cambio, cuando se refiere o emplea la expresión 'salario ordinario', es lógico que de ese concepto sean excluídos los demás elementos que concurren a constituír 'la remuneración fija u ordinaria', a que se refiere la ley, como ocurre en los eventos contemplados por los artículos 173, 174, 192 y 204 del mismo Código" (*Gaceta Ju*fue uno uniforme de $ 600.00.

Al salario que define el artículo 127 se refiere el estatuto laboral cuando fija el que ha de servir para liquidar la cesantía (artículo 253), el perjuicio por el lucro cesante (artículo 64), la indemnización moratoria (artículo 65) y las vacaciones, cuando deban compensarse en dinero (artículo 7º del Decreto 617 de 1954). Ninguno de esos textos habla de salario fijo u ordinario. No hay para qué tener en cuenta salarios variables, pues el que se dio por establecido en el juicio mediante confesión ficta del demandado, *dicial,* XCI, página 1059).

En el caso litigioso ocurre que los fallos de instancia, para condenar al pago de salarios insolutos por quince días, tomaron únicamente el sueldo fijo u ordinario de $ 200.00 al mes. De la decisión al respecto se vale el acusador para sostener que el mismo criterio ha debido seguir el Tribunal para liquidar las condenas por vacaciones, cesantía, lucro cesante e indemnización moratoria. Observa la Sala que, lo pertinente, según lo que se ha dejado expuesto, era haber utilizado el salario que indica el artículo 127, pero de que así no se hubiera hecho, apenas significa que la sentencia del *ad quem* incurrió en un error, que, como es obvio, no tiene la virtud de vincular al Tribunal en sus demás resoluciones, ni puede tampoco aducirse como argumento para pedirle a la Corte que adopte la misma orientación trazada por aquél.

El sentenciador liquidó correctamente las deudas por cesantía, vacaciones e indemnización moratoria, con sujeción a los textos legales que el recurrente señala como violados, tomando por base el salario que ellos indican. En cuanto al perjuicio por lucro cesante, no es exacto que el

ad quem lo hubiera liquidado con la base salarial de $ 600.00, como lo afirma el impugnante, sino con una inferior, la de $ 460.00, excluyendo de la remuneración devengada por el demandante la partida correspondiente a viáticos. Si sobre el particular algún reparo merece la decisión recurrida, no sería precisamente el de haber violado el artículo 64 del Código por aplicación indebida, a causa de error de hecho, por no haberse atenido al salario de $ 200.00, sino el de quebranto de la norma por dicho concepto y de manera directa, pues a pesar de haber aceptado que durante todo el tiempo del contrato Fonseca devengó no sólo el salario fijo de $ 200.00 y el de $ 260.00 por comisiones, sino también el de $ 140.00 por viáticos, no le hizo producir a la norma la totalidad de sus efectos, derivados de lo que ella preceptúa y de lo previsto en el artículo 127, pues sometió el salario, que fue de $ 600.00, a un recorte de $ 140.00, contra el mandato de las dos disposiciones. En la sentencia antes citada, del 10 de noviembre de 1959 (*Gaceta Judicial* XCI) dijo la Sala, en relación con el salario básico para liquidar el lucro cesante, lo que se transcribe a continuación: "El artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo al fijar en forma expresa el monto del lucro cesante por concepto de indemnización de perjuicios, cuando es el patrono quien incumple, en el equivalente de los salarios por el tiempo que faltare para completarse el plazo pactado o presuntivo del contrato, no limita ni restringe lo que se entiende por *salario*. Por tanto, debe tomarse este concepto en la plenitud de su noción, conforme al significado y contenido del artículo 127 ibídem, sin que sea lícito considerar como tal solamente una de sus formas, cual es la remuneración fija u ordinaria, dejando por fuera otros elementos que concurrieron a constituír lo que la ley llama *salario*, y que sin más denominación se emplea en el artículo 64 del Código para fijar el valor del lucro cesante por concepto de la indemnización de que allí se trata".

Por lo expuesto, la Corte no recibe el cargo.

TERCER CARGO

Violación del artículo 252 en armonía con el 249 del Código Sustantivo del Trabajo, de modo indirecto, por falta de aplicación, a causa de error de hecho evidente por errónea apreciación de las pruebas corrientes a folios 137 a 139.

Sostiene el recurrente que la sociedad demandada es una empresa industrial con capital inferior a $ 20.000.00, como lo acreditan las pruebas mencionadas, las cuales no apreció la sentencia a pesar de haberse referido a ellas. Sin el error, la sentencia habría producido la condena por cesantía a razón de 15 días por año de servicio y no con el salario de un mes.

Alega el opositor que la simple razón social de la compañía "Distribuidora Palmín", denota su carácter comercial, como lo corrobora el registro público de comercio del folio 139, el cual discrimina las actividades comerciales de que se ocupa.

SE CONSIDERA:

Son fundadas las razones que aduce el apoderado de la parte opositora al refutar el cargo, pues es evidente que una empresa distribuidora de mercancías tiene carácter comercial y no industrial. Por lo demás, el documento del folio 137 da cuenta de la liquidación de renta y patrimonio de la sociedad correspondiente al año de 1955, y el capital de la empresa que puede tomar en cuenta el fallador, para todos los fines de la ley laboral, según su artículo 195, es el valor del patrimonio gravable declarado en el año anterior, esto es, el anterior al de vigencia del contrato, y, en el caso de autos, aquél expiró en 1955.

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.

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.

CONTRATO PRESUNTIVO. — INDEMNIZACION MORATORIA. — PREAVISO

Fecha de terminación del contrato de trabajo en caso de preaviso. Condiciones de validez del preaviso. Indemnización moratoria en caso de quiebra de la empresa patronal.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Aunque en principio es cierto que el preaviso no puede tenerse como causa del despido sino al vencimiento del plazo señalado en la respectiva notificación escrita, no lo es menos que quien da el preaviso está obligado estrictamente a observar la totalidad de sus obligaciones legales y contractuales hasta la fecha en que venza el plazo correspondiente. Así, por ejemplo, si es el patrono quien anuncia con antelación el despido, tiene entretanto las obligaciones que enumera el artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo y las que además se hayan estipulado en el contrato, principalmente la de pagar la remuneración pactada. Y si deja de hacerlo, el preaviso pierde su eficacia, y se produce por tal omisión la ruptura unilateral e ilegal del contrato, con las consecuencias que la ley le atribuye a este acto.

2. Regulado el preaviso por la ley, como lo está en la nuestra, no tiene validez sino dentro de los períodos, por las causas o las circunstancias que ella señala en los artículos 1º del Decreto 616 de 1954 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo.

3. Dadas la naturaleza especial de la quiebra y la índole jurídica de la indemnización por mora, que supone un reprochable comportamiento personal del patrono, tal sanción no puede correr contra aquélla, una vez que el estado de quiebra se declara judicialmente, a menos que se comprobase contumacia del Síndico en cuanto al pago de los créditos laborales.

4. En sentir de la Sala, sólo se requiere el hecho de que el contrato de trabajo haya terminado, para que surja la obligación del patrono de poner a disposición del trabajador los salarios y prestaciones que le adeude o crea adeudarle.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE CASACION LABORAL.—Bogotá, D. E., treinta y uno de marzo de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo).

Emilio Patiño Torres, por conducto de apoderado, demandó a la Masa de Acreedores de la Quiebra de "Roldán Calle & Cía. Limitada", representada por su Síndico, para que fuera condenada a pagarle varias sumas de dinero por concepto de auxilio de cesantía, vacaciones, indemnización por incumplimiento del plazo presuntivo, o en subsidio de ésta condenación por preaviso, indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales y las costas del juicio.

Dijo en su demanda que la sociedad Roldán Calle & Cía. Limitada, que tuvo su domicilio en Medellín, fue declarada en quiebra por el Juzgado Primero del Circuito Civil de esa ciudad; que desde el 3 de octubre de 1955 hasta el 10 de febrero de 1957, le prestó sus servicios a dicha sociedad, primero como Jefe de Relaciones Públicas en las dependencias de Bogotá, y luégo como Gerente en Cartagena, mediante el pago de una remuneración, que últimamente fue de $ 1.000.00; que su jornada de trabajo se extendía de las ocho de la mañana a las doce del día y de las dos a las seis de la tarde; que no disfrutó de vacaciones ni se le pagó cesantía al terminar el contrato; que éste fue celebrado por tiempo indefinido y sin cláusula de reserva; que el 7 de enero de 1957 recibió de la sociedad mencionada una

carta "que sólo le fue entregada al actor el 11 del mismo mes", en la cual se le despedía sin justa causa con preaviso de 45 días, pero que el despido se hizo efectivo el 10 de febrero siguiente, antes de que terminara el ilegal preaviso, y que desde esa fecha ha tratado de obtener, sin resultado alguno, el pago de las sumas que se le adeudan por los conceptos que puntualiza el libelo.

Cita en derecho los artículos 22, 23, 24, 45, 47, 49, 57, 63, 64, 65, 186 a 192, 249, 253 y "demás pertinentes del Código Civil", como también los Decretos 616 y 617 de 1954.

En la contestación, el Síndico de la quiebra de Roldán Calle & Cía. Limitada, manifiesta que ignora totalmente los hechos por no habérsele entregado los papeles relativos a su cargo, y que, por tanto, se atiene a lo que resulte probado en el juicio. Propone como excepción la de petición antes de tiempo, originada en la imposibilidad para representar debidamente a la empresa quebrada.

El Juzgado Tercero del Trabajo del Círculo Judicial de Medellín, que conoció del litigio, condenó a la Masa de Acreedores de la Quiebra de "Roldán Calle & Cía. Limitada" a pagar al actor $ 1.352.71 por cesantía; $ 1.765.59 por violación del contrato de trabajo de duración presuntiva y $ 33.33 diarios, contados desde el 11 de febrero de 1957 hasta cuando se verifique el pago por los conceptos anteriores, a título de indemnización por mora. Absolvió de los demás cargos.

Apelada esta sentencia por ambas partes para ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, éste la confirmó en cuanto condena por auxilio de cesantía y en cuanto absuelve por vacaciones y costas, y la revocó en cuanto condena por violación del contrato de trabajo de duración presuntiva y a título de indemnización por mora en el pago de prestaciones, súplicas éstas de las cuales absuelve a la parte demandada. No declaró la excepción propuesta.

El apoderado de la parte demandante interpuso el recurso de casación que, concedido, admitido y tramitado legalmente, va a decidirse previo el estudio de la demanda de casación. No hubo escrito de oposición.

EL RECURSO

Pretende el recurrente que se infirme la sentencia recurrida, una vez casada parcialmente, para confirmar la condenación pronunciada por el Juez de primer grado, reconociendo al demandante la indemnización por violación del contrato presuntivo o en subsidio el preaviso y la indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales.

Invocando la causal primera del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo, formula dos cargos.

PRIMER CARGO

Violación por vía indirecta de los artículos 45, 47, 48, 49, 51, 61, 63 y 64 del Código Sustantivo del Trabajo y del primero del Decreto extraordinario 616 de 1954, a través de error de hecho proveniente de la equivocada apreciación de varias pruebas.

Las razones que expone el recurrente en desarrollo del cargo pueden resumirse así:

El fallador dio por no demostrado, estándolo, el despido del demandante, y atribuyó validez, sin tenerla, al preaviso que a éste se le dio por el empleador. Tal error de hecho provino de la apreciación equivocada de las siguientes pruebas:

Primera. Carta de despido enviada a Emilio Patiño Torres, el día 11 de enero de 1957, por el Gerente de "Roldán Calle & Cía. Limitada", visible al folio 2 del expediente, y

Segunda. Dictamen rendido por el perito Antonio Giraldo en audiencia del 28 de mayo de 1957, que obra a folios 14 y 15 de los autos.

Dice el recurrente que si se hubiesen estimado en debida forma estas pruebas, se le habría reconocido al señor Patiño Torres el valor de los salarios por el tiempo faltante para la terminación del plazo presuntivo del contrato, o subsidiariamente, un mes de sueldo por concepto de preaviso.

SE CONSIDERA:

La carta a que alude el recurrente dice así:

"Medellín, enero 7 de 1957.—Señor don Emilio Patiño.—Cartagena.—Apreciado señor y amigo: Tiene por objeto la presente manifestarle que la compañía ha hecho una negociación que implica un cambio sustancial en la actual organización, por lo cual es preciso dar por terminados los actuales contratos de trabajo que tiene con sus trabajadores y proceder a liquidarles lo que les adeuda por concepto de prestaciones sociales. El preaviso legal de cuarenta y cinco días que hay que darle a usted empieza a contarse desde la fecha de recibo de la presente. Para constancia enviamos a usted por duplicado la presente notificación con el fin de que nos devuelva la copia

con su firma y fecha. La sociedad se complace en manifestarle su profundo agradecimiento por los servicios que le ha prestado y sin motivo para más, nos suscribimos como sus atentos amigos y seguros servidores (firmado) Roldán Calle & Cía. Limitada. *Esmar Posada,* Gerente.

En el informe del perito, aparte de la relación de los cargos que desempeñó el demandante, del monto y de las modalidades de los sueldos que devengó, de las comisiones, primas y vacaciones que se le pagaron, aparece, en el capítulo "sueldos pagados", el siguiente dato en relación con el problema que plantea el recurrente:

"1957.

Mes de enero ... ...$ 1.000.00

Primera década de febrero ... ... 330.00"

El Tribunal sentenciador, con base en el informe del perito, condena a pagar al demandante el auxilio de cesantía.

En cuanto a la súplica de lucro cesante y a la subsidiaria de indemnización por preaviso (ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo) confronta la carta del folio 2 con las afirmaciones contenidas en la propia demanda, según las cuales el despido de Patiño ocurrió el 10 de febrero de 1957, y al respecto anota que no siendo el preaviso un despido inmediato, sino la notificación que hace una parte a la otra de que el contrato terminará una vez vencido cierto plazo, si antes de vencerse éste ocurre la desvinculación, la causa no es el preaviso, sino otra distinta, que es preciso demostrar.

El fallador discurre de este modo:

"Como fundamento de su condenación por despido injusto, la sentencia apelada dice:

"En virtud de esa decisión (el preaviso), el demandante trabajó hasta el 10 de febrero siguiente, cuando se operó el despido.

"No es cierto que en virtud del preaviso Patiño Torres hubiera trabajado hasta el 10 de febrero de 1957. Si en realidad ese preaviso hubiera logrado su plena virtualidad, el demandante ha debido trabajar hasta el 26 de febrero de 1957. Y agrega que en aquella fecha 'se operó el despido'.

"Este es el hecho que era preciso establecer.

"El mismo que indica el demandante en el hecho arriba copiado:

"La empresa dijo a Patiño (el 10 de febrero de 1957) que lo despedía.

"El propio demandante se da cuenta de que un despido el 10 de febrero de 1957, por parte de la empresa, sería el que justificaría la indemnización que reclama.

"Pero ese hecho del despido no se estableció y no existe prueba alguna dentro del proceso que lo demuestre o que siquiera lo insinúe. El demandante Patiño Torres trajo el testimonio de Julio Franco Pareja, quien sólo sabe una cosa: aquél recibió preaviso; pero no dice nada de despido el 10 de febrero de 1957.

"Como no se demostró el despido, procede la absolución del demandado del cargo a título de indemnización por ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo".

Aunque en principio es cierto, como lo anota el fallador, que el preaviso no puede tenerse como causa del despido sino al vencimiento del plazo señalado en la respectiva notificación escrita, no lo es menos que quien da el preaviso está obligado estrictamente a observar la totalidad de sus obligaciones legales y contractuales hasta la fecha en que venza el plazo correspondiente. Así, por ejemplo, si es el patrono quien anuncia con antelación el despido, tiene entre tanto las obligaciones que enumera el artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo y las que además se hayan estipulado en el contrato, principalmente la de pagar la remuneración pactada. Y si deja de hacerlo, el preaviso pierde su eficacia, y se produce por tal omisión la ruptura unilateral e ilegal del contrato, con las consecuencias que la ley le atribuye a este acto.

Además, regulado el preaviso por la ley, como lo está en la nuestra, no tiene validez sino dentro de los períodos, por las causas o en las circunstancias que ella señala en los artículos 1º del Decreto 616 de 1954 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo.

Ahora bien, en el caso de autos, la carta en que el patrono comunica al trabajador su intención de despedirlo, no invoca la cláusula de reserva, ya que no basta al efecto señalar caprichosamente un plazo igual al que es propio de dicha cláusula. Por otra parte, los motivos que aduce para poner fin al contrato, no pueden ubicarse dentro de las denominadas "justas causas" por el artículo 63 del Código Sustantivo del Trabajo, y por tanto el preaviso no tenía fundamento alguno atendible.

Y como el dictamen pericial acredita suficientemente que el patrono dejó de pagar los salarios al demandante el 10 de febrero de 1957, aquél incurrió, sin lugar a duda, en ruptura unilateral e ilegal del contrato, lo que acarrea la indemnización prevista en el artículo 64 de la obra citada.

Así, pues, está demostrado que el fallador apreció en forma equivocada la carta del folio 2

y no estimó la parte del dictamen pericial en que aparece que al demandante se le dejó de pagar su salario el 10 de febrero de 1957, lo cual configura un error de hecho manifiesto, que, habiendo incidido sobre la parte resolutiva de la sentencia acusada, conduce a su quebrantamiento.

Esta Sala, convertida en tribunal de instancia, decidirá lo que sea del caso.

SEGUNDO CARGO

En éste acusa de violación en forma directa por errónea interpretación el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Sostiene el recurrente que la conclusión a que llega el sentenciador en el sentido de que la indemnización moratoria no corre contra la quiebra, implica rebeldía contra el texto claro de la mencionada disposición.

Arguye que las cargas laborales no las sufre la quiebra "como patrono propiamente dicho sino que le resultan en razón de causahabiente del quebrado que trasmite a sus acreedores todos los derechos y obligaciones que tenía al ocurrir el cese en el pago de las acreencias que desde luego motivaron el concurso"; que "la transmisión de los bienes y derechos del quebrado a sus acreedores conlleva desde luego las obligaciones de aquél con sus correspondientes cargas moratorias, v. g., intereses por créditos vencidos, y que la indemnización por mora es una especie de interés que el Código Sustantivo del Trabajo estableció como obligación secundaria contra el patrono que no paga sus obligaciones principales: salarios y prestaciones sociales. Transmitidos a la quiebra los salarios y las prestaciones sociales de los trabajadores del quebrado, es apenas lógico que a la misma masa ingresen las indemnizaciones moratorias por su no pago oportuno"; que "en nuestro Código Civil existen los llamados créditos privilegiados y como a tales considera los provenientes de salarios y prestaciones tanto el estatuto citado como el Código Sustantivo del Trabajo" y que por ello es infundada la observación de que no es justo ni jurídico que los demás acreedores de la masa o concurso sufran la sanción por mora; que "una de las obligaciones principales del Síndico de la quiebra, si no la principal, es la referente al pago de los salarios y prestaciones sociales de los trabajadores, conforme a lo preceptuado por el Decreto 750 de 1940 en su artículo 24"; que, además, "los salarios y prestaciones sociales de los trabajadores del quebrado son gastos de la quiebra y no deudas sometidas a la prelación de créditos"; de tal suerte que el Síndico del concurso debe y tiene la obligación de pagar las deudas provenientes del contrato de trabajo, ya en forma directa ora por consignación ante los jueces como lo prevé el inciso segundo del citado artículo 65. En apoyo de sus argumentos cita varias sentencias del Tribunal Supremo del Trabajo y de la Sala Laboral de la Corte.

SE CONSIDERA:

El Tribunal fallador reproduce los motivos que en respaldo de su tesis expuso al decidir el juicio de Julio Arboleda contra la Masa de Acreedores de la Quiebra de Roldán Calle & Cía. Limitada, a saber:

"a) La sanción de indemnización por mora, como tal, es personalísima y no puede ser trasladada a otro;

"b) La quiebra es persona jurídica distinta del quebrado mismo y, por tanto, no tiene por qué cargar con sanciones personalísimas dispuestas para éste;

"c) La sanción del artículo 65 —en consonancia con lo ya expuesto— cae al patrono que no paga, y la quiebra, en este caso, no ha sido nunca patrono de Arboleda;

"d) La quiebra responde, en este caso, como sucesora en los derechos y obligaciones del quebrado de carácter puramente patrimonial (no de las sanciones personalísimas), ya que no es obligada como patrono sustituto;

"e) Si bien la quiebra representa al quebrado, es una persona jurídica *sui generis*, puesto que también obra en beneficio y representación de los acreedores;

"f) Por ser representante de los acreedores, no sería ni justo ni jurídico que éstos, como tales, sufrieran una sanción de mora en relación con otro acreedor;

"g) Si bien la honorable Corte sostiene que la quiebra debe indemnización por mora, ello es para el caso del artículo 24 del Decreto-ley 750 de 1940, o sea, cuando la quiebra es la que ha impuesto el despido, pero aquí, el despido se verificó *antes* de la quiebra, y

"h) Hay que considerar la situación de la quiebra, que no tiene un manejo libre y soberano de sus bienes, puesto que debe someterse a avalúos previos, aprobación y elaboración de presupuestos de gastos, visto bueno del Juez, etc., lo que la imposibilita para hacer pago inmediato y oportuno".

Más adelante agrega:

"Pero el momento de desvinculación sí tiene importancia en lo referente a indemnización por mora. Si el trabajador se desvincula antes de la declaratoria de quiebra, la masa viene a responder como causahabiente del quebrado, y no como patrono sustituto. En tal carácter, debe pagar las prestaciones y salarios causados contra éste (el quebrado), pero no puede estar sometida a una sanción por hecho que aquél no ejecutó. Toda sanción (y el artículo 65 es antes que todo una sanción) tiene carácter de personalísima, de modo que, jurídicamente, no puede ser trasladada contra terceros. También hace mucha fuerza a la Sala el que la masa constituye una persona jurídica —sujeto de derechos y obligaciones— distinta al quebrado. Como tal, está integrada por las personas de los acreedores mismos. Al hacerla víctima de la indemnización por mora, se estaría condenando a los acreedores en beneficio de otro acreedor. Y la mora es contra el deudor. —Integrada por los acreedores, la masa es causahabiente *patrimonial* del quebrado, no personal. Hereda, por decirlo así, los bienes del quebrado, las obligaciones y derechos vigentes sobre esos bienes, pero no recibe ni sus cargas ni sus ventajas de tipo personal. Se refiere todo lo anterior, es obvio, a la indemnización por mora como sanción sucesiva, que correría día a día desde la quiebra. Otra cosa es la mora habida antes de la quiebra, porque ésta se ha convertido ya en un valor patrimonial, en una obligación deducida por ministerio de la ley. La sanción es ya un valor objetivado y radicado en cabeza de una persona, que queda luégo en estado de quiebra ... Finalmente, el Tribunal estima que en este caso no hay indemnización por mora, ni aun entre la desvinculación y la declaratoria de quiebra. La mayoría de la Sala ha sostenido que para sancionar al patrono por el no pago de prestaciones sociales y salarios es preciso establecer que el trabajador estuvo presente, ante el patrono, al momento de la desvinculación, a fin de permitir a éste el pago oportuno. Según esta tesis, no es que se exija una reclamación expresa del trabajador, sino la presencia de éste para facilitar el pago. Porque puede ocurrir que abandone intempestivamente su puesto, poniendo en situación difícil, por la duda, a su patrono. Se agrega que en caso de despido, el patrono que no paga sí queda de inmediato en mora, porque en tal evento esa oportunidad existió de por sí, siendo él el causante de la desvinculación. Ignorándose la causa de la desvinculación, no puede haber, por no estar demostrada la presencia del trabajador, indemnización por mora sino desde que aparezca una reclamación expresa. En este caso, esa reclamación (la notificación de la demanda) vino a operar con posterioridad a la quiebra, y ésta, según se vio arriba no está sujeta a la sanción".

Evidentemente, como lo sostiene el fallador, dadas la naturaleza especial de la quiebra y la índole jurídica de la indemnización por mora, que supone un reprochable comportamiento personal del patrono, tal sanción no puede correr contra aquélla, una vez que el estado de quiebra se declara judicialmente, a menos que se compruebase contumacia del Síndico en cuanto al pago de los créditos laborales. Pero lo que sí entraña un entendimiento equivocado de la ley es que, admitiéndose que la mora habida antes de la quiebra se convierte en un valor patrimonial en favor de quien la sufrió, no debe sin embargo cubrirse la que se causó entre la desvinculación y la declaratoria de quiebra, si falta la constancia de que el trabajador estuvo presente ante el patrono al momento de la desvinculación, a fin de permitir a éste el pago oportuno, pues ello implica la exigencia de una condición que no cabe derivar de la norma contenida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

En sentir de esta Sala, sólo se requiere el hecho de que el contrato de trabajo haya terminado, para que surja la obligación del patrono de poner a disposición del trabajador los salarios y prestaciones que le adeuda o cree adeudarle, ya sea haciéndole la entrega material de los valores correspondientes o consignándolos ante la autoridad respectiva, si el interesado se niega o no se presenta a recibirlos. La hipótesis de que el trabajador abandone intempestivamente su puesto, creando una situación dudosa al patrono, está fuera de lugar, porque éste, en tal caso, tiene expedita la vía para dar por terminado el contrato por incumplimiento del trabajador de la obligación de asistir al lugar en donde debe prestar sus servicios (artículo 60, numeral 4º, y 62, numeral 8º).

Limitada al aspecto que se indica, prospera la acusación, y en consecuencia habrá de casarse el fallo en lo pertinente.

Para resolver en instancia se considera:

Del contrato de trabajo entre Roldán Calle & Cía. Limitada y Emilio Patiño Torres, no hay testimonio escrito en los autos. Tampoco hay constancia de que se hubiera estipulado aisladamente la cláusula de reserva.

Según el dictamen pericial (folios 14 y 15), Patiño comenzó a prestar sus servicios a Roldán Calle & Cía. Limitada el día 3 de octubre de 1955, como Jefe de Relaciones Públicas, en las

oficinas de Bogotá. Posteriormente, el 3 de noviembre de 1956, fue trasladado a Cartagena con el cargo de Gerente. Desde el mes de octubre del último año mencionado devengó un sueldo mensual de $ 1.000.00.

Conforme a la carta de fecha 7 de enero de 1957, dirigida por el Gerente de la sociedad al demandante, aquél notificó a éste su intención de dar por terminado el contrato de trabajo por haber hecho "una negociación que implica un cambio sustancial en la actual organización". La misma carta señala un plazo de 45 días para hacer efectivo el despido. No obstante, a partir del 11 de febrero siguiente dejó de pagarse a Patiño la remuneración que le correspondía.

El Juzgado 2º Civil del Circuito de Medellín declaró en estado de quiebra a la sociedad comercial "Roldán Calle & Cía. Limitada", con sede en la misma ciudad, y designó Síndico de la quiebra al doctor Jesús Arango Muñoz, por medio de providencia de fecha 12 de marzo de 1957 (folios 27 vuelto a 29).

No estando estipulada la cláusula de reserva ni siendo justa causa la que se adujo por el patrono para dar por terminado el contrato de trabajo, su ruptura asume el carácter de unilateral e ilegal, y, por tanto, el actor tiene derecho a que se le pague a título de lucro cesante el monto de los salarios correspondientes al tiempo comprendido entre el 11 de febrero y el 2 de abril de 1957, lapso que faltaba para cumplirse el plazo presuntivo del contrato, a razón de $ 1.000.00 mensuales. Esto es, la suma de $ 1.666.67.

Como el patrono, al dejar de pagar la remuneración a Patiño, dio por terminado tácitamente el contrato, y no hay constancia de que le cubriera la deuda a su cargo por concepto de prestaciones sociales, deberá satisfacerle, como indemnización, en los términos del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo imputable a la renuencia del mismo patrono, o sea desde el 11 de febrero hasta el 12 de marzo de 1957, exclusive, fecha esta última en que se declaró judicialmente en estado de quiebra a la sociedad, lo que arroja la suma de $ 966.60.

—

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, objeto del presente recurso, y, en su lugar, modificando la de primer grado, condena a la Masa de Acreedores de la Quiebra de "Roldán Calle & Cía. Limitada" a pagar al demandante señor Emilio Patiño Torres la suma de un mil seiscientos sesenta y seis pesos con sesenta y siete centavos ($ 1.666.67) moneda corriente, por concepto de lucro cesante y novecientos sesenta y seis pesos con sesenta centavos ($ 966.60) moneda corriente por indemnización moratoria. No la casa en lo demás.

Sin costas en el recurso.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto De Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CESANTIA. — INDEMNIZACION MORATORIA. — COMPETENCIA DE LA JUSTICIA LABORAL

El trabajador, al ser despedido, fue denunciado criminalmente, pero resultó absuelto. Además de sus prestaciones pidió indemnización por perjuicios derivados del denuncio. Retención de cesantía. Errores de derecho en la estimación de pruebas. Confesión ficta. Ambito de la competencia laboral.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. El derecho de retención autorizado por el 250 del Código Sustantivo del Trabajo, se refiere exclusivamente al auxilio de cesantía, de suerte que el patrono carece de facultad para hacerlo extensivo a otras deudas y prestaciones laborales, so pena de incurrir en la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del Código del Trabajo.

2. En los juicios del trabajo, representa una limitación a la amplia autonomía del juzgador, el mandato de la ley que exija determinada solemnidad ad substantiam actus, **en cuyo caso no se podrá admitir la prueba de un hecho por otro medio. De allí que el error de derecho, como medio de impugnar una sentencia en la casación del trabajo, tenga un campo de aplicación muy limitado.** (Art. 87 del C. P. L.).

3. Se consagra en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo la conocida figura jurídica de la responsabilidad contractual, y es claro que con fundamento en esa disposición legal, la jurisdicción del trabajo tiene competencia para conocer y decidir sobre la acción indemnizatoria de perjuicios sufridos por las partes vinculadas a un contrato de trabajo, por incumplimiento de lo pactado. En cambio no ocurre lo mismo si los perjuicios demandados no tienen por origen el contrato de trabajo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE CASACION LABORAL.—Bogotá, D. E., treinta y uno de marzo de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A.).

Pablo A. Rodelo, por medio de apoderado, demandó a la empresa "Flota Angulo Ltda.", representada por su Gerente Alfredo Angulo, para que, previos los trámites de un juicio ordinario de trabajo, fuese condenada a pagarle: $ 600.00 por auxilio de cesantía, $ 600.00 por prima de servicios, $ 75.00 por vacaciones, $ 105.00 por descanso en días feriados, $ 600.00 por trabajo de una hora diaria extra durante todo el tiempo de servicios, $ 150.00 por concepto del 25% de recargo de la remuneración del trabajo extra, $ 1.050 como indemnización moratoria, $ 20.000 "por concepto de los perjuicios materiales y morales" sufridos a consecuencia de habérsele denunciado criminalmente sin fundamento alguno. Pidió, además, el pago "de los salarios últimos" y costas del proceso.

Como fundamentos de hecho, expresó los siguientes:

Que entró a prestar sus servicios a la empresa demandada el día 7 de abril de 1951 y trabajó hasta el 2 de noviembre de 1954, en que "fue despedido para entrar a la cárcel por denuncio presentados" por el Gerente de la misma sociedad; que se le acusó del delito de hurto de "una pieza vieja de automóvil que encontraron en una grúa del Municipio de Barranquilla" y que por virtud de esa denuncia, estuvo detenido

en la cárcel durante seis meses, más o menos, de manera injusta, tal como se desprende de la sentencia pronunciada por el Juez Cuarto del Circuito Penal de Barranquilla; que durante todo el tiempo en que prestó sus servicios a la empresa observó una conducta intachable; que fue desprestigiado por el aludido denuncio criminal, hecho que lo presenta "despreciable ante sus amistades y hombres de trabajo", y que le ha dificultado consecución de empleo, causándole graves perjuicios; que devengó un salario de $ 5.00 diarios, más el correspondiente al tiempo extra servido; que no se le han pagado los derechos y prestaciones sociales reclamados, por lo que se le debe indemnizar "todo el tiempo transcurrido desde la fecha de la detención hasta la fecha en que la dicha sociedad depositó una ínfima suma de dinero" que fue lo que estimó deberle; que el denuncio y su detención en la cárcel, le ha causado "ingentes perjuicios morales y materiales que repercuten y seguirán repercutiendo" en su vida, "por lo cual merece una seria reparación en su honra, que no puede ser otra que la lucrativa".

En derecho, se apoyó en los artículos 249, 186, 306, 162, 177, 64 y 65 y pertinentes del Código Sustantivo del Trabajo; artículo 25 y pertinentes del Código Procesal del Trabajo.

La empresa no dio respuesta a la demanda, en su oportunidad legal. Al celebrarse la primera audiencia de trámite, el apoderado de la misma negó que a Rodelo se le hubiese despedido "pues —dijo— la empresa se limitó a poner en conocimiento de las autoridades unos hechos para que de allí la justicia sacara las conclusiones del caso, tras la investigación respectiva". Agregó, en esa oportunidad, que se oponía a las pretensiones de la demanda.

El Juzgado Primero del Trabajo de Barranquilla, que conoció del negocio, por sentencia de fecha 18 de junio de 1956, desató la controversia condenando a la Flota Angulo Ltda., a pagar al actor la suma de $ 492.37 por los conceptos de cesantía, primas, vacaciones y salarios caídos. Absolvió de los demás cargos de la demanda y se abstuvo de condenar en costas.

Por apelación interpuesta por las partes, subió el negocio al conocimiento del extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla, entidad que, cumplidos los trámites de rigor, por fallo de 1º de octubre de 1956, confirmó en todas sus partes la sentencia del Juzgado.

Contra la anterior providencia interpuso el recurso de casación el apoderado del actor, el que admitido y tramitado legalmente, va a resolverse, previo estudio de la correspondiente demanda que lo sustenta. No se presentó escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Lo formula así:

"La presente demanda está encaminada a obtener la casación parcial del fallo impugnado.

"De acuerdo con el primer cargo, que se formulará por infracción directa del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a través de la aplicación indebida del artículo 250 de la misma obra, se pretende la modificación de lá sentencia acusada en el sentido de que se condene a la empresa demandada al pago de los salarios caídos desde el día 2 de noviembre de 1954, fecha de detención del trabajador demandante, hasta el día 23 de abril de 1955. A partir de esta fecha el Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla reconoció al demandante el derecho a percibir, en calidad de indemnización, salarios caídos hasta la fecha en la cual la empresa demandada consignó una determinada suma por concepto de prestaciones debidas.

"De acuerdo con el segundo cargo, que se formulará por error de derecho en la apreciación de la prueba de inspección ocular, error de derecho que condujo a la violación de los artículos 249, 186 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, se pretende la modificación de la sentencia acusada en el sentido de que se condene a la empresa demandada a pagar el valor de la cesantía, vacaciones y primas, liquidando tales prestaciones con base en el hecho afirmado en la demanda de que el trabajador entró al servicio de la empresa el día 7 de abril de 1951, en lugar del 16 de mayo de 1953, fecha esta última acogida en su fallo por el honorable Tribunal Seccional de Barranquilla.

"De acuerdo con el tercer cargo, que se formulará por infracción directa de los artículos 55 y 56 del Código Sustantivo del Trabajo, se pretende la modificación de la sentencia acusada en el sentido de que se declare que el juzgador era competente y estaba obligado a decidir sobre la petición de la demanda relacionada con la indemnización de los perjuicios materiales y morales ocasionados al trabajador demandante y de los cuales pudiese ser responsable la empresa demandada a causa de la denuncia penal presentada por el Gerente de ésta contra el mencionado trabajador". Sin señalar la causal de casación en que fundamenta el recurso, formula tres cargos contra la sentencia impugnada.

PRIMER CARGO

Acusa el fallo recurrido de violar, por infracción directa, el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a través de la indebida aplicación del artículo 250 de la misma obra.

Al sustentarlo, dice que el *a quo* reconoció al trabajador el derecho de percibir la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo por el retardo en el pago del valor de las prestaciones que la parte demandada le debía, pero que dicho retardo lo computó únicamente a partir del día 23 de abril de 1955, fecha en la que el trabajador fue absuelto y puesto en libertad por la justicia penal y no desde el 2 de noviembre de 1954 en que fue expulsado de la Empresa, dejando de aplicar así, durante este lapso, la citada disposición. Agrega, que el *ad quem* aceptó esa decisión del Juzgado, y para comprobarlo, transcribe lo pertinente del fallo para afirmar luégo, que de lo expresado por el Tribunal, salta a la vista la aplicación indebida del artículo 250 del Código Sustantivo del Trabajo, pues no se limita a admitir la retención del auxilio de cesantía del trabajador, sino que acepta también la "exoneración de responsabilidad de la empresa por mora en el pago de las demás prestaciones sociales (vacaciones y primas) con base en una aplicación indebida, mucho más allá de su propio alcance" de esta norma.

Manifiesta que si la empresa estaba en su derecho al retener el auxilio de cesantía, no lo estaba al retener el valor de las demás prestaciones debidas al trabajador, pues el artículo 250 no la autoriza para ello, por lo que, debió condenársela al pago de los salarios caídos correspondientes al tiempo transcurrido entre el 2 de noviembre de 1954 y el 23 de abril de 1955, por la retención injustificada del valor de esas prestaciones.

Afirma que la violación de los artículos 65 y 250 del Código Sustantivo del Trabajo incidió en la parte resolutiva del fallo y solicita, por tanto, la casación parcial de éste, modificándolo en el sentido indicado en el cargo.

SE CONSIDERA:

En la relación de los antecedentes de este negocio, se dejó consignado que tanto el *a quo* como el Tribunal, de las condenas pedidas en el libelo de demanda decretaron sólo las referentes a los extremos de cesantía, prima de servicios, vacaciones, y a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo por el período comprendido entre el 23 de abril y el 21 de mayo de 1955. No era, pues, la cesantía la única obligación pendiente de pago al tiempo de terminarse la relación laboral. Y si lo correspondiente a este derecho podía retenerlo el patrono, haciendo uso de la autorización contenida en el artículo 250 del Código Sustantivo del Trabajo, carecía de facultad para hacer lo propio respecto al valor de las deudas por concepto de vacaciones y prima de servicios, si se tiene en cuenta que el derecho de retención autorizado por el precepto citado, se refiere exclusivamente al auxilio de cesantía. Resultando insolutas, al terminar el contrato de trabajo, varias obligaciones a cargo del patrono y a favor del trabajador, por los conceptos indicados, según está acreditado en el proceso, ha debido recibir aplicación el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, como lo sostiene el recurrente, no sólo por el período comprendido entre el 23 de abril de 1955, fecha en que el actor fue absuelto del delito de hurto, de que se le había sindicado, y el 21 de mayo del mismo año, día de la consignación hecha por la empresa de lo que estimó deber, sino que debió extenderse al lapso de tiempo comprendido entre el día de la terminación del contrato, 2 de noviembre de 1954, y el de la consignación.

No habiéndolo reconocido y aplicado así el Tribunal, el cargo está justificado y habrá de casarse la sentencia, para producir la condena del caso, tomando en cuenta la fecha en que el contrato terminó y aquella en que la empresa hizo la consignación judicial, acto al que el Tribunal confirió poder liberatorio suficiente para hacer cesar la sanción indemnizatoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

SEGUNDO CARGO

Se acusa la sentencia "de haber violado los artículos 249, 186 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, por error de derecho en la apreciación de la prueba de inspección ocular (folios 59 a 62 del expediente) en relación con hechos afirmados en la demanda (hecho primero, folio 12), al no haber aplicado aquellas disposiciones legales al tiempo total de los servicios prestados por el trabajador demandante".

El recurrente, luégo de transcribir la parte de la sentencia en que se examina lo referente a cesantía, dice que la forma errada en derecho, de apreciar los resultados de la inspección ocular, sirvió de base al Tribunal para condenar a la empresa a pagar el auxilio de cesantía sobre un tiempo de servicios computado apenas desde el

día 16 de mayo de 1953 y no desde el 7 de abril de 1951, como estaba afirmado en el hecho primero de la demanda, con violación del artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo. Agrega que "esa misma forma de la apreciación de los resultados de la inspección ocular, fue la que determinó el monto de la condenación al pago de las primas (violación del artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo) y de las vacaciones (violación del artículo 186 del Código Sustantivo del Trabajo) debidas al trabajador".

Después de reproducir unos apartes de la diligencia de inspección ocular, dice que la empresa nunca llegó a presentar los libros y papeles de contabilidad correspondientes al tiempo anterior al 17 de mayo de 1953, según prometió hacerlo, y que, tanto el Juzgado del conocimiento como el *ad quem*, en sus respectivos fallos, en lugar de aplicarle las sanciones previstas por el artículo 57 del Decreto-ley 2158 de 1948 declarando la confesión ficta de la demandada, respecto al tiempo de servicios prestados por el trabajador entre el 7 de abril de 1951 y el 16 de mayo de 1953, respaldaron su comportamiento, absolviéndola respecto al período de tiempo "para el cual ésta fue renuente en la presentación de los libros, rolles y demás papeles de contabilidad". Concluye de lo anterior, que el juzgador incurrió en grave error de derecho al no darle el valor de confesión ficta al acto de renuencia de la empresa en la diligencia de inspección ocular, desconociendo, en tal forma, la disposición del citado artículo 57 del Código Procesal del Trabajo, error que lo condujo a la violación de los artículos 249, 186 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo que indica en el cargo.

SE ESTUDIA:

Toda la argumentación del recurrente se encamina a demostrar que el tiempo durante el cual el demandante Rodelo prestó sus servicios a la Flota Angulo Ltda., no fue el constatado por el *a quo* en la diligencia de inspección ocular, o sea, el comprendido entre el 16 de mayo de 1953 y el 2 de noviembre de 1954, que aceptó como hecho probado tanto el Juez del conocimiento como el Tribunal, sino que, por el contrario, tales servicios abarcan el período transcurrido entre el 7 de abril de 1951 y el 2 de noviembre de 1954, que corresponde al tiempo afirmado por el actor en su demanda. Todo, con la finalidad de conseguir se realice una nueva liquidación de los derechos del demandante por concepto de cesantía, prima de servicios y vacaciones. Con tales propósitos, atribuye al sentenciador la violación de las normas legales que indica, como consecuencia de haber incurrido en error de derecho en la apreciación de la prueba de inspección ocular, en relación con lo afirmado en el hecho primero de la demanda.

El punto referente a la duración del contrato de trabajo que vinculó a las partes contendientes en este juicio, lo examina y define el Tribunal al realizar el estudio del auxilio de cesantía. La sentencia dice, al respecto, lo siguiente:

"El valor probatorio de esta petición es estimado por lo establecido en la diligencia de inspección ocular, verificada en las oficinas o dependencias de la empresa, teniendo en cuenta, que en el expediente no milita otra prueba que tienda a demostrar más de lo que en la referida inspección ocular se estableció, en donde quedó ampliamente demostrado que el tiempo servido por el trabajador Rodelo en la empresa de transportes 'Flota Angulo Ltda.' fue desde el día 16 de mayo de 1953 a 2 de noviembre de 1954, sin que el actor probara por otro medio, que el tiempo servido fue mayor".

Por lo que hace a la prueba de inspección ocular a que alude el sentenciador, del acta respectiva aparece lo siguiente:

"Seguidamente el señor Juez solicita del empleado visitado (el Secretario Contador de la entidad demandada), ponga de presente los libros de contabilidad, rolles, tarjetas de pagos y demás documentos pertenecientes al demandante y sobre los cuales ha de versar la diligencia de inspección ocular. Del estudio de los documentos presentados por la demandada, se constató lo siguiente: se constató que según los comprobantes que existen en la oficina, el demandante trabajó del 16 de mayo de 1953 al 2 de noviembre de 1954, y la empresa manifiesta que no tiene en esta oficina ni en su poder los rolles y libros a partir de 1951. Se constató que existe un comprobante en el cual la empresa liquida al demandante por cesantía $ 243.75 en mayo de 1955, pero el Juzgado deja constancia que ese comprobante no está firmado por el demandante, y la empresa manifiesta que eso está depositado en el Banco de la República. La empresa manifiesta que los libros del año de 1951 a 1953 los van a buscar en la oficina de la Gerencia y los presentarán oportunamente al Juzgado". Continúa el acta de esa diligencia relatando otros hechos y circunstancias observados por el Juez, referentes a los distintos pagos efectuados por la empresa al demandante en los meses de 1953 y de enero a octubre de 1954, para finalizar, con la siguiente declaración: "No siendo otro el objeto de la diligencia de inspección ocular se da por terminada y se suspende la audiencia para continuarla el día 28 de los corrientes a las dos de la tarde". El

acta aparece suscrita por el Juez y Secretario del Juzgado, por el funcionario de la empresa que suministró los informes y documentos, por el Gerente de la misma, el testigo actuario y los apoderados de las partes. Es de advertir que en ella no aparece constancia de observación alguna formulada por el apoderado de la parte demandante.

En cuanto al hecho primero de la demanda, es del siguiente tenor: "Mi mandante entró al servicio de la empresa demandada el día 7 de abril del año de 1951, y fue despedido para entrar a la cárcel por denuncio presentado por el Gerente de la entidad Flota Angulo Limitada el día 2 de noviembre de 1954".

Se ha dejado expuesto, en su oportunidad, que la convicción a que llegó el Tribunal sobre los hechos alegados y las pruebas aportadas por los litigantes no fue totalmente favorable a las pretensiones del trabajador demandante. Esto explica su reacción contra el fallo que otorgó más valor a algunos de los hechos alegados por la parte contraria que a los propios del demandante, por lo que estima injusta y contraria a derecho y revocable por la vía del error de derecho, la sentencia que puso fin a la segunda instancia de este juicio.

Ahora bien, como es de general conocimiento, el error de derecho consiste en atribuírle a una prueba un valor que legalmente no le corresponde o en dejar de atribuírle el valor que le asigna la ley. Este concepto implica que el Tribunal haya infringido algún precepto legal que otorga valor definido y concreto a determinados medios probatorios. En tales supuestos, esos preceptos legales se imponen a la apreciación y valoración libre y subjetiva del juzgador, pues representan limitaciones a la soberanía de que éste goza al respecto. Si lo anterior es de ocurrencia ordinaria en tratándose de la estimación probatoria en el juicio civil, resulta de mayor evidencia al hacer aplicación de estos principios en el ámbito del proceso laboral, en donde el juzgador no está sometido a tarifa legal, sino que se le permite formar su convicción teniendo en cuenta el sistema de la libre apreciación de la prueba, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la misma y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes.

En los juicios del trabajo, representa una limitación a la amplia autonomía del juzgador, el mandato de la ley que exija determinada solemnidad *ad substantiam actus,* en cuyo caso no se podrá admitir la prueba de un hecho por otro medio. De allí que el error de derecho, como medio de impugnar una sentencia en la casación del trabajo, tenga un campo de aplicación muy limitado, como ocurre solamente "cuando se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, pues en este caso no se debe admitir su prueba por otro medio, y también cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo", según las voces del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo.

Trasladando los anteriores conceptos jurídicos al caso de autos para hacer aplicación práctica de ellos, la Sala observa:

a) El mérito probatorio que el artículo 730 del Código Judicial confiere al acta de inspección ocular, de constituír plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el Juez, no es de aplicación rigurosa para el juzgador en materia laboral, pues esa norma contiene un principio atinente al sistema de la tarifa legal de pruebas que no rige el proceso del trabajo. Sin embargo, en el caso *sub judice,* tanto el *a quo* como el Tribunal, con buen acierto, dieron pleno valor probatorio al acta de la diligencia de inspección ocular, en cuanto a lo observado por el Juez en el examen y reconocimiento de los libros y papeles tenidos en cuenta al practicarla, y en que se constató, principalmente, el tiempo de servicios prestados por el trabajador a la empresa demandada, el salario y los pagos efectuados, por distintos conceptos, durante el período a que hacían referencia los documentos examinados;

b) El tiempo durante el cual un trabajador presta sus servicios subordinados a un patrono, constituye un hecho que procesalmente puede demostrarse por cualquiera de los medios de prueba establecidos por la ley, pues ésta no requiere, al efecto, prueba específica y determinada, por no exigir solemnidad especial para la validez del acto. Siendo esto así, no se ve cómo pudo el Tribunal incurrir en error de derecho, al estimar la prueba de la diligencia de inspección ocular, cuya acta respectiva obra de folio 59 a 62 del cuaderno principal, en cuanto no aceptó todo el tiempo de servicios afirmado por el demandante, en el hecho primero de la demanda;

c) El recurrente, además, se abstiene de incluír dentro de la proposición jurídica que contiene el cargo, los preceptos legales que, en su concepto, confieran valor probatorio definido y concreto a los medios de prueba que al ser apreciados equivocadamente por el Tribunal, le hi-

cieron incurrir en el error de derecho que le atribuye.

Por otra parte, planteada la acusación de la sentencia por violación de los artículos 249, 186 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo "por error de derecho en la apreciación de la prueba de inspección ocular", ocurre que, al sustentarla, el impugnador orienta su alegación a demostrar que por parte del *ad quem* hubo desconocimiento e inaplicación del artículo 57 del Decreto 2158 de 1948" al no darle el valor de confesión ficta al acto de renuencia de la empresa en la diligencia de inspección ocular". Semejante posición del recurrente, carece de todo respaldo procesal pues refleja únicamente su criterio personal o un interés de parte que carece de objetividad. En efecto, basta leer el texto del acta en que se hizo constar la diligencia de inspección ocular practicada en el juicio por el Juzgado del conocimiento, para apreciar, sin esfuerzo alguno, que no existió renuencia de la demandada a la práctica de esa inspección. Por el contrario, ella se llevó a efecto, y el Juez, con asistencia de los testigos actuarios, procedió al examen y reconocimiento de los documentos pertenecientes a la empresa, que se encontraron en la oficina, de todo lo cual se extendió la correspondiente acta, en donde se anotaron las cosas y hechos examinados y las observaciones del Juez y del empleado de la empresa que atendió los requerimientos del Juzgado para la práctica de la inspección. Si no hubo tal renuencia, no se ve, con qué fundamento legal, los juzgadores de instancia debían declarar confesa a la parte demandada, aplicándole la sanción que contempla el artículo 56 (y no el 57 que cita el recurrente) del Código Procesal del Trabajo. Se concluye que, no apareciendo configurados los elementos, requisitos y circunstancias previstos en la disposición a que se ha hecho referencia, para que pueda tener existencia real y objetiva en el proceso la prueba de confesión a que alude el recurrente, mal puede estructurarse sobre simple hipótesis y como resultado de la misma, el supuesto error de derecho que se hace constituír en no haber valorado una prueba inexistente.

El cargo no prospera.

TERCER CARGO

Acusa la sentencia de ser violatoria, por infracción directa, de los artículos 55 y 56 del Código Sustantivo del Trabajo, "al no haber tenido en cuenta tales disposiciones sustantivas cuando era el caso de darles plena aplicación".

Luégo de extractar apartes de la sentencia del Tribunal y de transcribir los artículos 55 y 56 del Código Sustantivo del Trabajo, manifiesta que entre las obligaciones de protección y seguridad para con los trabajadores, que incumben al patrono, al tenor del artículo 56 citado, ninguna es de tanta importancia, al lado de la protección y seguridad de la vida y de la integridad personal, como la protección de la libertad personal, y de la dignidad profesional y social del trabajador.

Dice, que si por culpa o mala fe del patrono, el trabajador se ve privado de su libertad, de ello deberá responder aquél como una "responsabilidad directamente emanada de las obligaciones inherentes al contrato laboral". Admite que en el caso de autos, la denuncia criminal presentada por la empresa contra el trabajador Rodelo, pudo no tener un carácter temerario, pues que tal cosa puede deducirse del hecho de que la justicia penal encontró bases suficientes para dictar, contra el trabajador, auto de detención preventiva, razón por la cual, al presentar el cargo, no pretende "buscar consecuencias económicas o incidencias en la parte resolutiva del fallo impugnado". Agrega que al tenor de lo dispuesto por los artículos 55 y 56 del Código Sustantivo del Trabajo, el Tribunal estaba en la obligación de pronunciarse sobre la responsabilidad de la empresa, derivada del hecho de la denuncia criminal presentada por el Gerente de ésta contra el trabajador demandante y resolver sobre la petición de la demanda en que se reclama el pago de los perjuicios morales y materiales que hubieran podido ser causados al actor, con ocasión de la aludida denuncia.

Finaliza la demanda solicitando de la Corte que se modifique la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Barranquilla, en el fallo dictado en este juicio.

SE ESTUDIA:

La manera como el recurrente formula y desarrolla este cargo, que, según su propia expresión, lo es, "en forma incompleta o mutilada sin precisar su alcance", persigue que la Corte exprese concepto doctrinario sobre el punto de si la jurisdicción del trabajo es competente o no, para producir condena por indemnización de perjuicios que puedan seguirse del delito de falsas imputaciones hechas ante las autoridades, por parte de un patrono contra su trabajador.

Tal planteamiento, incompleto no sólo por el aspecto que reconoce el recurrente, sino también por lo que hace a la formulación de la proposición jurídica que en él se expresa, puesto que no se indican las normas sustanciadas de carác-

ter laboral que reconozcan el derecho reclamado por el trabajador, constituye motivo suficiente para que el cargo sea inestimable por la Sala. Se evidencia lo anterior, si se tiene en cuenta la finalidad principal de este recurso extraordinario, unificar la jurisprudencia nacional, en que la Corte para cumplir su función, precisa estudiar y decidir si la ley ha sido o no violada por la sentencia de un Tribunal; de allí que el precepto que se estime infringido, debe ser señalado concretamente por el recurrente para que la Corte pueda enfrentarlo a la sentencia, pues por este medio, cumple la defensa de la ley y realiza la proclamación de la doctrina y espíritu que en su concepto inspira a los diversos textos de la ley sustancial.

No obstante lo anterior, la Sala hace, a continuación, algunas consideraciones al margen del recurso, sobre el punto que plantea el acusador, únicamente con el propósito de rectificarle su equivocada apreciación sobre los conceptos expresados por los juzgadores de instancia.

El examen del *petitum* de la demanda con que se inició el juicio, en el punto referente a la indemnización de perjuicios reclamados por el actor, permite precisar su formulación, alcance y contenido, que es el siguiente: "h) Al pago de la suma de veinte mil pesos moneda legal por concepto de los perjuicios materiales y morales sufridos por mi mandante por haberlo denunciado criminalmente sin fundamento alguno, si se opone a la presente demanda la parte demandada, o sea $ 20.000.00". La sentencia del *a quo* sobre este punto, expresa lo siguiente: "El Juzgado observa que los perjuicios que se reclaman no son aquellos originados en el contrato de trabajo, en su ruptura injusta, sino aquellos derivados de un denuncio criminal formulado por la empresa contra el actor. El Juzgado no es competente para conocer de esta clase de perjuicios ya que entrar a estudiarlos sería invadir un terreno que no le pertenece puesto que su competencia no llega hasta allá". Y el Tribunal, al decidir el recurso de apelación, dijo: "Toca a la justicia penal entrar a resolver estos perjuicios, ya que ella en nada (sic) tiene que ver con el contrato de trabajo celebrado y son perjuicios que se pretende nacidos precisamente de la acción penal que el Gerente de Flota Angulo Ltda. instauró contra el trabajador Rodelo. El tribunal no tiene por qué entrar a invadir el campo penal, ya que el Código de Procedimiento Penal es claro al respecto. El examen de esta petición escapa de la órbita de la competencia de este Tribunal, por lo que se confirmará lo resuelto por el inferior que llegó a las mismas conclusiones en la sentencia final".

Síntesis del concepto emitido por los Juzgadores de instancia, sobre el aspecto que se examina, es el de que, no habiéndose demandado la indemnización de perjuicios con causa en la ejecución del contrato de trabajo, o en su ruptura injusta, sino con fundamento en el denuncio criminal formulado por el patrono contra el trabajador, que éste consideró injusto y temerario, la jurisdicción del trabajo carece de competencia para decidir el punto.

La Sala considera: Es verdad que el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, siguiendo la orientación señalada por el Código Civil (artículo 1546), establece especialmente para los contratos de trabajo, el precepto de que en todos ellos "va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable", indemnización que comprende el daño emergente y el lucro cesante. Se consagra en esta norma la conocida figura jurídica de la responsabilidad contractual. Es claro que con fundamento en esa disposición legal, la jurisdicción del trabajo tiene competencia para conocer y decidir sobre la acción indemnizatoria de perjuicios sufridos por las partes vinculadas a un contrato de trabajo, por incumplimiento de lo pactado. Así ocurre por ejemplo, si el patrono para terminar unilateralmente el contrato de trabajo, alega como causa justificativa la contemplada en el numeral 5º, literal A) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, que rebatida por el trabajador, no fuere justificada judicialmente, dejaría de ser justa, para tornarse ilegal el despido, dando origen al derecho indemnizatorio de perjuicios, por incumplimiento del contrato.

En cambio, no ocurre lo propio si los perjuicios demandados no tienen por origen el contrato de trabajo. Tal sucede si la obligación de indemnizar nace a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos (artículo 1494 del Código Civil). En este caso la responsabilidad civil que el hecho genera y que se traduce en la indemnización de perjuicios es de origen extracontractual (artículo 2341 del Código Civil). La obligación de indemnizar sólo surge como consecuencia de haberse deducido la responsabilidad penal, cuestiones que tanto en sus fases de conocimiento y decisión, corresponden a la justicia penal, conforme a lo estatuído por los artículos 92 y siguientes del Código Penal, y 8º, 24 y 32 del Código de Procedimiento Penal. Si el perjudicado con la infracción no hubiere intervenido en el proceso penal y no se conformare con la sentencia en lo tocante a la indemnización "podrá ejercer ante los jueces civiles la acción correspondiente, den-

tro de los términos establecidos para la prescripción de la acción civil'' según las voces del artículo 25 del Código de Procedimiento Penal.

Ahora bien, en el caso de autos, el trabajador instauró la acción indemnizatoria de perjuicios aduciendo como causa que el patrono había presentado contra él un denuncio criminal, sin fundamento alguno. Este hecho, atribuído al patrono está previsto como infracción penal, bajo la denominación genérica de ''falsas imputaciones hechas ante las autoridades'', que tipifican y sancionan los artículos 187 a 190 del Código Penal. Y, se ha visto antes que corresponde a la justicia penal el conocimiento de tales hechos y de la acción para la reparación de los perjuicios consiguientes.

Por lo demás, aceptando que dentro de la obligación patronal impuesta por el artículo 56 del Código Sustantivo del Trabajo, de dar protección y seguridad a sus trabajadores, se comprende la de proteger como bien supremo su libertad y dignidad profesional y social, es lo cierto que no puede llegarse, en su interpretación y aplicación, al extremo, inadmisible, de que el patrono está inhibido para denunciar ante la autoridad cualquier hecho delictivo que directa o indirectamente pueda atribuír al trabajador. Tal criterio va contra mandato expreso de la Constitución y de la ley, que impone a todo ciudadano el deber de denunciar ante las autoridades los delitos de que se tenga conocimiento, sin que el hecho de la denuncia le obligue a demostrar la verdad de sus afirmaciones, pues que ello es precisamente el objeto de la investigación que se adelante. Basta tener la creencia de que un ilícito penal se ha cometido, para que la denuncia pueda presentarse, según ha dicho en varias decisiones, la Sala Penal de la Corte.

Cosa distinta es, que junto a la existencia del deber legal de denunciar los delitos de que se tenga conocimiento, se halle consagrado, a la vez como delito, el hacer falsas imputaciones ante las autoridades. Por todo lo expuesto, el cargo no prospera.

CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

A virtud de haber prosperado el primer cargo, procede la Sala a dictar el fallo de instancia, para reemplazar, en punto referente a la condena sobre indemnización de perjuicios moratorios, la decisión del Tribunal. Para ello, además de las razones que se expusieron en casación, se considera:

El contrato de trabajo, según hecho admitido por las partes y por el Tribunal, terminó el día 2 de noviembre de 1954. La empresa demandada hizo la consignación judicial de lo que estimó deber al trabajador, el día 21 de mayo de 1955, y a ese acto, los juzgadores de instancia le confirieron poder liberatorio suficiente, para hacer cesar la sanción de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Habiendo quedado a deber el patrono, al tiempo de la terminación del contrato, varias sumas de dinero al trabajador, por concepto de vacaciones y prima de servicios, además del auxilio de cesantía, la indemnización por mora en el pago del valor de esos derechos, debe comprender el tiempo transcurrido entre el 2 de noviembre de 1954 y el 21 mayo de 1955. Hechas las operaciones aritméticas, teniendo en cuenta para ello el tiempo de la mora y el salario diario de $ 6.36, el valor de la indemnización de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, asciende a la suma de $ 1.265.64.

—

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, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida, proferida por el extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla, en cuanto confirma la condena del Juez *a quo* por concepto de salarios caídos, y en su lugar, modifica el literal d) del numeral 1º de la parte resolutiva de la sentencia de primer grado, condenando a la empresa demandada ''Flota Angulo Ltda.'', a pagar al demandante Pablo Antonio Rodelo, la suma de $ 1.265.64 como indemnización de perjuicios moratorios conforme al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

NO LA CASA en lo demás.

Sin costas en el recurso.

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

Luis Alberto Bravo, Diógenes Sepúlveda Mejía, Conjuez; *Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.*

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REINTEGRO DEL TRABAJADOR DESPEDIDO. — PERJUICIOS MORATORIOS

No prosperan los cargos formulados contra la sentencia acusada, relacionada con salarios y prestaciones reclamados por un trabajador del Aseo contra el Municipio de Bogotá. Casos en que la ley ordena el reintegro del trabajador. Indemnización moratoria.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. La legislación colombiana no consagra el derecho al reintegro del trabajador despedido sino "para los trabajadores que disfrutan de fuero sindical, conforme a reglamentación extraña al juicio ordinario de trabajo; y también en los casos de maternidad que prevén los artículos 12 del Decreto 1632 de 1938 y 241 del Código Sustantivo del Trabajo y en los eventos de suspensión del contrato por llamada del trabajador a prestar servicio militar obligatorio (numerales 5º de los artículos 44 del Decreto 2127 de 1945 y 51 del C. S. del T.), **o por la paralización temporal de actividades de que tratan los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 44 del Decreto 2127 de 1945 y los mismos numerales del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, en armonía con el 45 del citado Decreto 2127 y 52 del Código". Así se expresó esta Sala en caso análogo al de autos.**

2. También dijo esta Sala en sentencia de 30 de septiembre de 1960: "El derecho al pago de perjuicios moratorios se funda a vista de lo dispuesto en el Decreto 797 de 1949, en la existencia de deudas insolutas a favor del trabajador al terminar la convención laboral. Para los casos en que la ley autoriza el reintegro, el incumplimiento del patrono de esa obligación conduce a su satisfacción por equivalencia, es decir, al pago de los salarios a que el trabajador tendría derecho si hubiera sido restituído en su empleo. Pero no siendo procedente el reintegro en el caso que se estudia, la indemnización de perjuicios por mora carece de fundamento".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE CASACION LABORAL.—Bogotá, D. E., tres de abril de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo).

Tulio Aponte, por medio de apoderado, demandó al Municipio de Bogotá, representado por su Personero, para que fuera condenado a pagarle indemnización moratoria, aumento de jornal, salarios durante el tiempo faltante para cumplirse el plazo presuntivo del contrato e intereses legales.

Dice en la demanda que prestó sus servicios al Municipio desde el 11 de febrero de 1947 hasta el 20 de febrero de 1953, como obrero en el ramo de aseo; que devengó un salario de $ 4.19 al día durante los últimos tres meses de labores; que fue despedido sin justa causa y no se le pagó el auxilio de cesantía ni los salarios correspondientes al preaviso.

Fundó su derecho en el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949; en los artículos 11 y 17 de la Ley 6ª de 1945; 43 y 51 del Decreto 2127 del mismo año; en los Decretos 38 y 71 de 1949 y 70 y 71 de 1950 y en los artículos 47 del Código Sustantivo del Trabajo y 7º de la Ley 24 de 1947.

El Municipio rechazó las pretensiones del actor y propuso las excepciones de inepta demanda, incompetencia de jurisdicción, carencia de acción y título, prescripción, pago y las demás que resultaren demostradas.

En la primera audiencia de trámite, el apoderado de Aponte corrigió la petición relativa a "salarios caídos", en el sentido de que éstos se le paguen, "desde la fecha de su despido (20 de

febrero de 1953) hasta que sea reintegrado a su antiguo cargo''. La corrección fue aceptada.

El Juzgado del conocimiento, que lo fue el Cuarto del Trabajo de Bogotá, declaró probada la excepción de pago, respecto a la petición de aumento de salario, y absolvió a la entidad demandada de los demás cargos, con costas a cargo de la parte actora. Habiendo apelado ésta del referido fallo, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá lo confirmó en parte, revocó el numeral 2º y en su lugar condenó al Distrito Especial de Bogotá a pagar al demandante la suma de $ 708.11 por concepto de lucro cesante y modificó la condena en costas para reducirlas al 80%. Absolvió de éstas en la segunda instancia.

Ambas partes interpusieron el recurso de casación. Como el de la demandada se declaró desierto, se estudiará el del trabajador demandante, que fue concedido, admitido y tramitado en debida forma.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Persigue la casación de la sentencia para que sea reemplazada por una que acoja, en su integridad, las súplicas del libelo inicial, y al efecto formula dos cargos.

PRIMER CARGO

(*Reintegro - Reanudación del contrato*).

Sostiene el recurrente que al no haber condenado el Tribunal a la reanudación del contrato ni al reintegro de Tulio Aponte, violó directamente por aplicación indebida el Decreto 797 de 1949 y el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945.

SE ESTUDIA EL CARGO:

Para resolver este punto basta reproducir lo que esta Sala expuso en caso análogo:

''En reiterada jurisprudencia se ha expresado que la legislación colombiana no consagra el derecho al reintegro del trabajador despedido sino para los trabajadores que disfrutan de fuero sindical, conforme a reglamentación extraña al juicio ordinario de trabajo; y también en los casos de maternidad que prevén los artículos 12 del Decreto 1632 de 1938 y 241 del Código Sustantivo del Trabajo y en los eventos de suspensión del contrato por llamada del trabajador a prestar servicio militar obligatorio (numerales 5º de los artículos 44 del Decreto 2127 de 1945 y 51 del Código Sustantivo del Trabajo), o por la paralización temporal de actividades de que tratan los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 44 del Decreto 2127 de 1945 y los mismos numerales del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, en armonía con los artículos 45 del citado Decreto 2127 y 52 del Código'.

''El artículo 11 de la Ley 6ª de 1945 no impone la obligación de reintegrar al trabajador cuyo contrato se haya dado por terminado, ni tampoco lo hace el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, que se limita a disponer que si el patrono no paga oportunamente lo que le adeuda a aquél, subsiste a su cargo la obligación de satisfacerle el valor de los salarios, hasta cuando efectúe el pago de la referida deuda o haga el depósito ante autoridad competente.

''El demandante no tenía, pues, derecho para obtener la declaratoria de reanudación del contrato ni su reintegro al cargo, por lo cual la sentencia que así lo decidió no pudo violar, por ese motivo, los textos legales que cita el recurrente''. (Martín Redondo contra el Municipio de Bogotá. *Gaceta Judicial* números 2221-2222, página 206).

En consecuencia, este cargo no prospera.

SEGUNDO CARGO

(*Salarios caídos*)

Relacionando este cargo con las disposiciones que el recurrente cita en forma general y con el concepto de infracción que señala de igual modo, podría entenderse que acusa por violación directa, aplicación indebida, interpretación errónea, y, también por quebranto indirecto, a través de errores de hecho, de los siguientes artículos: 49 y 50 del Decreto 2127 de 1945; 1º, parágrafo 2º, del Decreto 797 de 1949; 11 de la Ley 6ª de 1945 y 12 de la Ley 153 de 1887.

En síntesis, el recurrente sostiene que el fallador no tiene base legal para declarar que el Decreto 797 de 1949 es inaplicable por exceder la potestad reglamentaria, y que por tanto la entidad demandada debe pagar ''salarios caídos''.

SE CONSIDERA:

Aunque en la demanda inicial (numeral 1º) se pide que la Administración Municipal de Bogotá reconozca y pague al demandante el monto de los jornales dejados de percibir por éste desde la fecha de su despido hasta que aquélla compruebe estar a paz y salvo con Tulio Aponte por

salarios y prestaciones, como el apoderado del actor enmendó esa petición para sustituírla por la de "los jornales dejados de percibir por Aponte, desde la fecha de su despido (20 de febrero de 1953) hasta que sea reintegrado a su antiguo cargo", y la enmienda fue admitida por el Juzgado del conocimiento, la pretensión sobre indemnización de perjuicios moratorios (salarios caídos) quedó subordinada a la de reintegro, la cual, respecto de la anterior, es principal.

Ahora bien: al estudiar el primer cargo se llegó a la conclusión de que no es viable, en el caso de autos, la acción de reintegro, porque no encaja dentro de los casos excepcionales para los cuales la autorizan mandatos expresos de la ley del trabajo. Eliminada así esta acción no hay lugar a que se estudie la de perjuicios por mora, que se hace depender de ella.

"El derecho al pago de perjuicios moratorios —dijo esta Sala en sentencia del 30 de septiembre de 1960— se funda a vista de lo dispuesto en el Decreto 797 de 1949, en la existencia de deudas insolutas à favor del trabajador al terminar la convención laboral. Para los casos en que la ley autoriza el reintegro, el incumplimiento del patrono de esa obligación conduce a su satisfacción por equivalencia, es decir, al pago de los salarios a que el trabajador tendría derecho si hubiera sido restituído en su empleo. Pero no siendo procedente el reintegro en el caso que se estudia, la indemnización de perjuicios por mora carece de fundamento" (Campo Elías Valderrama contra el Municipio de Bogotá).

En atención a las breves consideraciones anteriores, este cargo que, además, no se ciñe a la técnica de casación, tampoco prospera.

—

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto De Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SERVICIOS DEL EMPLEADO PUBLICO Y SERVICIOS PERSONALES DE CARACTER PRIVADO

No tuvieron carácter privado sino público los servicios prestados al Departamento demandado por el médico demandante. No se demostró el evidente error de hecho alegado por el recurrente.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

Las relaciones corrientes de la Administración con las personas que la sirven son de carácter público. Este es el criterio general imperante y acostumbrado, pues la Nación, el Departamento y el Municipio no constituyen otra cosa que una vasta organización de servicios de tal índole. Luego, cuando se alega una relación de tipo diferente, es necesario que ella esté adecuadamente demostrada para deducir de ahí las consecuencias jurídicas pertinentes.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE CASACION LABORAL.—Bogotá, D. E., abril tres de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Roberto De Zubiría C.).

Por conducto de apoderado y ante el Juzgado Primero del Círculo del Trabajo de Medellín, el doctor Carlos Piedrahita Muñoz promovió juicio ordinario laboral a fin de que por el procedimiento respectivo fuese condenado el Departamento de Antioquia a pagarle "por servicios profesionales prestados al personal del Departamento, por autorización del Médico-Jefe del Consultorio Departamental, la suma de cincuenta y ocho mil doscientos cincuenta pesos ($ 58.250.00) moneda legal, o la suma que determine el perito o los peritos médicos que el señor Juez designe dentro del juicio", que corresponde a servicios médicos prestados en el período de enero a julio 8 de 1958.

Los hechos que sirvieron de base a las peticiones formuladas pueden sintetizarse así:

Que por Decreto o Resolución número 291 de 1957 el actor fue designado Cirujano del Departamento de Antioquia, habiendo aceptado el cargo, tomado posesión de él y laborado hasta el 31 de diciembre del mismo año; que a partir del primero (1º) de enero de 1958 no figuró como empleado del Departamento porque el cargo fue suprimido, no se hizo apropiación presupuestal para dicho cargo y no se le comunicó nombramiento para ninguna otra posición dentro del cuerpo médico al servicio del Estado; que, no obstante la supresión del cargo, el señor Médico-Jefe del Consultorio Departamental lo siguió ocupando a partir del primero (1º) de enero de 1958 para que prestara sus servicios, ya como profesional particular, en intervenciones quirúrgicas a empleados del mismo Departamento, habiéndosele hecho figurar en la nómina conjunta del mes de enero como empleado adscrito al personal del Consultorio Médico Departamental, nómina que fue rechazada por el Departamento de Personal de la Gobernación de Antioquia porque el demandante no tenía ningún cargo dentro del Gobierno y no existía para el caso apropiación presupuestal; que ante esta circunstancia, de nuevo le llamó la atención al señor Médico-Jefe quien prometió el pago de los servicios y adquirió el compromiso verbal de arreglar el problema con el señor Secretario de Salud Pública del Departamento; que continuó prestando sus servicios hasta el día primero (1º) de junio de 1958, practicando todas las intervenciones quirúrgicas que se le solicitaban, llamándosele a distintas horas del día o de la noche a su consultorio profesional o a su casa de habitación, de acuerdo con la ur-

gencia de cada caso, habiendo pedido en la citada fecha el reconocimiento de los servicios profesionales u honorarios, mediante contrato si era el caso; que el doctor Puerta, Médico-Jefe, firmó y aceptó el cuadro correspondiente a los empleados del Departamento atendidos pero no quiso firmar el contrato para el reconocimiento de los honorarios profesionales y prometió arreglar el problema en la Secretaría de Salud Pública, la cual con base en el Decreto número 227-bis dictado el 13 de mayo de 1958 le comunicó un nuevo nombramiento por medio del oficio número 1817 del 22 del mismo mes, para el cargo de Cirujano Sub-Jefe del Consultorio Departamental, con retroactividad al primero (1º) de enero del año mencionado, nombramiento que no aceptó y así se lo hizo saber a la Secretaría de Salud Pública; que el mismo Médico-Jefe lo siguió ocupando desde el mes de junio hasta los primeros días del mes de julio siguiente y le requirió sus servicios para otras intervenciones quirúrgicas a empleados del Estado, aun con el conocimiento de que no era empleado del Departamento de Antioquia y que, mediante el oficio número 2319 de julio 2 se le comunicó por la Secretaría de Salud el Decreto o Resolución número 290 de 1º de julio de 1958, por el cual se modificaba el número 227-bis de mayo 13 que hace referencia al nombramiento antes aludido, siendo este último nombramiento ya en propiedad y también con retroactividad al primero de enero, sin que igualmente hubiera aceptado el cargo y así se lo manifestó a la citada Secretaría en comunicación de julio 9; que el 13 de junio de 1958 le solicitó entonces al Departamento de Personal de la Gobernación de Antioquia el reconocimiento de las cuentas por servicios quirúrgicos prestados a los empleados de la entidad por autorización del señor Médico-Jefe y de acuerdo con las listas aceptadas y refrendadas, reconocimiento que fue negado a través de la Resolución número 538 de julio 25 con base en los siguientes razonamientos: "Que el Decreto departamental número 105 de 1942 autoriza al señor Médico Departamental para celebrar contratos con facultativos particulares, pero a condición de que lleven el visto bueno del Jefe de Asuntos Sociales; Que el suscrito desempeñaba, o era, mejor, un 'empleado de hecho'; Que el carácter de empleado de hecho estaba legalizado con los Decretos de nombramiento que le hizo la Secretaría de Salud números 227-bis de mayo 13 y 290 de julio primero de 1958". Que contra dicho proveído interpuso el recurso de reposición, para agotar la vía administrativa, y el Departamento de Personal se negó a reponerlo mediante la Resolución número 703 de noviembre 25, en la que se sostiene que era empleado del Departamento.

Finalmente, la parte actora expresa que no tenía el carácter de empleado del Departamento de Antioquia porque, de acuerdo con la ley y el Código Contencioso Administrativo, ha debido designársele por la autoridad competente, para un cargo determinado, posesionársele en forma legal previo el lleno de los requisitos establecidos y ejercicio del cargo, porque todo empleo público debe tener su denominación y a él debe corresponder una apropiación presupuestal y, que en su caso no se cumplen ninguno de estos requisitos; que simplemente se ha querido legalizar una situación de hecho con los referidos Decretos números 227-bis de mayo y 290 de julio 1º de 1958, con el exclusivo fin de burlar los servicios profesionales ya que con muchos especialistas el Consultorio Médico Departamental celebra contratos mediante los cuales se pagan los servicios que se prestan en determinado momento a empleados de la entidad y que en tales condiciones se encuentra su caso, por lo que el Departamento debe cubrirle el valor de sus honorarios profesionales.

Como fundamentos de derecho se citaron los artículos números 2067, 2079 y 2144 del Código Civil; Decretos números 0456 y 0931 de 1956 y Decreto número 2158 de 1948.

En representación del Departamento, el señor Gobernador dio respuesta a la demanda inicial oponiéndose a que se hicieran las declaraciones solicitadas, y en cuanto a los hechos admitió varios de ellos, negó otros, algunos pidió que se demostraran y manifestó que las disposiciones legales invocadas por el demandante aunque se encuentran vigentes no eran aplicables en su mayoría a la controversia; expresó que para que el Departamento se obligue a responder por los servicios que se soliciten a profesionales es preciso que el funcionario que contrate obre con sujeción al Decreto Departamental número 105 de 1942; que en el caso de autos no hubo ánimo de contratar, por cuanto el Médico-Jefe no celebró contratos con el doctor Piedrahita Muñoz porque lo consideraba como empleado en su carácter de "Cirujano del Departamento", con dedicación exclusiva, para que había sido nombrado por Decreto número 291 de 1957 y del cual se retiró en el mes de julio de 1958; que las órdenes impartidas al citado profesional durante la época anotada, tuvieron siempre el mismo carácter y éste las atendió en las mismas condiciones iniciales de su vigencia, y sus funciones fueron idénticas; que, inclusive, cuando el cargo desempeñado varió de denominación, conservó las mismas funciones habiendo aceptado en el mes de enero

de 1958 figurar en la nómina de empleados convencido como estaba de que por razón de las funciones desempeñadas ellas correspondían al cargo, a pesar de la variación del nombre de Cirujano por el de Cirujano Subjefe en el Decreto número 533 de 1957. Asímismo manifiesta que no se presentó falta absoluta del cargo, conforme a los casos previstos en el artículo 305 del Código de Régimen Político y Municipal y por ello no fue reemplazado, pudiendo considerársele como un funcionario de hecho cuyos actos son válidos no obstante la irregularidad que sobrevino a su investidura y por tanto es merecedor a que se le reconozcan los sueldos correspondientes. Por último, que el Gobierno Departamental dictó los Decretos números 227-bis y 290 de 1958, para facilitar el cobro de los sueldos del actor, lo que demuestra la falta de ánimo de la entidad demandada a la celebración del contrato que pretende el demandante, quien no quiere reconocer la calidad de funcionario que tenía y quien además sabía, como Jefe que fue del Consultorio Departamental, cómo se celebraban esa clase de contratos de servicios profesionales.

El Juzgado del conocimiento puso término a la primera instancia en fallo fechado el 22 de junio de 1959, declarando establecida "la excepción perentoria de carácter temporal de 'petición de un modo indebido'." Guardó silencio sobre costas.

La parte vencida apeló de la providencia anterior y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín desató el recurso de alzada mediante sentencia de fecha julio 25 de 1959, revocando el proveído del *a quo* y en su lugar resolvió absolver al Departamento de Antioquia de todos los cargos formulados en el escrito de demanda. Igualmente nada dispuso sobre costas.

El procurador judicial de la parte demandante recurrió en casación contra el fallo de segundo grado. Concedido por el *ad quem* y admitido y tramitado en legal forma por esta superioridad, pasa a decidirlo previo estudio de la demanda sustentatoria y del escrito de réplica presentados en tiempo.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Aspira el recurrente a que la sentencia del Tribunal sea casada totalmente y a que la Sala, como tribunal de instancia, condene al Departamento de Antioquia al pago de los honorarios reclamados cuya cuantía se estableció procesalmente en la suma de $ 53.000.00.

Con fundamento en la causal primera de la casación laboral, el impugnador presenta dos cargos: uno principal y otro subsidiario.

PRIMER CARGO

Está enunciado así:

"Violación indirecta de los artículos 1973, 2000, 2002, 2003, 2054, 2069, 2144 y 2184, ordinal 3º, del Código Civil, por falta de aplicación, y de los artículos 6º y 97 —ordinal 16— y 281 del Código Político y Municipal en relación con los artículos 246, 248 y 251 ibídem, por evidentes errores de hecho en que incurrió el sentenciador como consecuencia de haber apreciado equivocadamente unas pruebas y haber dejado de apreciar otras. Tales errores fueron:

"a) No dar por demostrado, estándolo, que el empleo público departamental que ocupaba el actor fue suprimido el 31 de diciembre de 1957;

"b) Dar por demostrado, sin estarlo, que el empleo para el cual se nombró al actor en mayo de 1958 era en esencia el mismo que desempeñó normalmente hasta diciembre de 1957;

"c) No dar por demostrado, estándolo, que el actor rechazó expresamente los nombramientos que se le hicieron para el nuevo empleo y que a pesar de ello el Médico Jefe del Consultorio Departamental autorizó sus servicios quirúrgicos en 1958;

"d) Dar por demostrado, sin estarlo, que el actor fue incluído en la nómina de enero de 1958 y que gestionó el pago de sus 'sueldos' ante el Médico Jefe".

Las pruebas objeto de la acusación están señaladas en la demostración del cargo. En uno de sus párrafos dice:

"Si el sentenciador no hubiera apreciado erróneamente los Decretos 291 de 1957 y 227-bis (folios 35 y 81) y 290 (folios 17 y 32) de 1958 y la declaración del doctor Juan Esteban Puerta (folios 85 a 86 vuelto), como los apreció, y si hubiera tomado en cuenta la certificación oficial del folio 2, las documentales de folios 3 a 12, los esqueletos sobre contratos verbales de folio 41, el Decreto 308 de 1958 (folio 116), el avalúo pericial de folios 92 y 96 a 98 y el oficio 2486 de 11 de julio de 1958 (folio 36), que no apreció, habría eludido los errores de hecho en que incurrió y llegado a conclusiones distintas.

"Porque el empleo público departamental para el cual fue nombrado el actor en julio de 1957, del que se posesionó (folio 73) y que desempeñó

hasta el 31 de diciembre de este año, fue el de 'Cirujano del Consultorio Departamental', con sueldo mensual de $ 900.00, *sin horario fijo* sino 'de tiempo requerido' —como explica el doctor Puerta— y *sin dedicación exclusiva* a esa labor, de modo que una vez terminadas las intervenciones quirúrgicas y las revisiones post-operatorias, nada tenía que ver en el Consultorio Departamental y podía dedicarse a su clientela particular. En cambio, el empleo creado en mayo de 1958 (y que el actor *no aceptó*), ya no era de simple 'Cirujano' sino de 'cirujano *Sub-Jefe del Consultorio Médico Departamental';* por lo mismo, quien desempeñaba ese empleo debía, aparte de las intervenciones quirúrgicas durante el tiempo que éstas requirieran, atender también a las funciones correspondientes a la *Subjefatura* del Consultorio, con obvia superioridad jerárquica respecto de los demás médicos y empleados de dicho Consultorio, distintos del Médico-Jefe; consecuencialmente, ya no bastaría una *dedicación ocasional* o 'de tiempo requerido', sino *'dedicación exclusiva'* o sea 'de tiempo completo' y con abandono de cualquiera otra actividad; finalmente, el sueldo se fijó en $ 1.200.00 (folios 13 y 37) en vez de $ 900.00.

"Es evidente que no se trataba de un simple 'cambio de denominación y aumento de salario', como erróneamente entiende el sentenciador, sino de un empleo esencialmente distinto: el uno sin funciones de subjefatura del Consultorio, adicionales a las de cirugía, y el otro con tales funciones; el uno de tiempo eventual y el otro con dedicación exclusiva. Si el nombre, las funciones, la jornada, el sueldo y la exclusividad fueron distintos, resulta absurdo pretender que los dos empleos eran idénticos o equivalentes.

"Entonces lo que ocurrió fue, sencillamente, que en 31 de diciembre de 1957 desapareció el empleo que venía desempeñando el actor, y que en mayo de 1958 se creó otro empleo distinto, con nombre distinto, con funciones distintas, con jornada distinta, con dedicación distinta, con sueldo distinto, nuevo empleo *que el actor no aceptó, que rechazó expresamente, del cual jamás tomó posesión y que nunca desempeñó.* Negar esto, como lo niega el sentenciador, es ir contra la evidencia y caer en clarísimos errores de hecho.

"Pero el sentenciador se aferra a su teoría: 'No hay prueba en el juicio de que ese cargo de cirujano para la asistencia médica departamental, creado en la Ordenanza 19 de 1945, hubiera sido suprimido' (folio 128). Ya se dijo que la citada Ordenanza creó unos puestos de cirujanos en un Instituto Departamental de Higiene y Asistencia Social, establecimiento público autónomo que nada tiene que ver con el Consultorio Departamental organizado *doce años* más tarde y del cual fue cirujano el actor. Además, es el propio Gobierno Departamental quien declara en el Decreto 308 de 1958: *'Por supresión del cargo de Cirujano del Departamento* y por no aceptación del doctor Carlos Piedrahita del *nuevo cargo* de Cirujano *Subjefe con dedicación exclusiva,* equivalente a aquél, nómbrase... etc.'. Lo de la equivalencia de ambos cargos, es un concepto; pero lo de la *supresión* del primitivo cargo es una confesión (folio 116) de un hecho potestativo del Departamento y a todas luces evidente".

SE CONSIDERA:

Las razones expuestas por el Tribunal para su decisión absolutoria, en lo pertinente, son las siguientes:

"... El doctor Piedrahita Muñoz, por consiguiente, no perdió su calidad de empleado departamental, durante el año de 1958, por el simple hecho de que se hubiera variado la denominación de su cargo de cirujano de la asistencia médica departamental, en el tiempo en que a partir de enero hasta julio del mismo año, continuó prestando sus servicios en igual forma a como lo venía haciendo en el año de 1957, cuando el empleo se llamaba de otra manera. Y en estas condiciones, la circunstancia de que fuera necesaria una nueva posesión venía a ser un requisito interno, que podía ser exigido o no por el reglamento que varió la denominación, y que tenía simplemente finalidades de organización, para efecto de los registros que deben llevarse, pero que por ser un mero requisito adjetivo no alteraba en ninguna forma la clase de relación jurídica que venía existiendo entre el Departamento de Antioquia y un empleado suyo.

Por otra parte, el hecho de que para el pago de ese empleo no se hubiera dispuesto la asignación correspondiente en el presupuesto departamental de 1958, es un aspecto que nada significa para definir la calidad de empleado del doctor Piedrahita Muñoz. Si el puesto estaba creado por Ordenanza departamental, para funciones específicas, y fue desempeñado por el empleado, era aquélla una cuestión que no incidía dentro de la relación jurídica que había entre el Departamento de Antioquia y quien ejercía el cargo, pues la asignación de una partida dentro del presupuesto dice relación a técnicas y procedimientos internos para la inversión de los fondos públicos, pero no es norma de derecho para definir de qué clase fue jurídicamente la vinculación entre las partes

en el año de 1958. Y tampoco implicaba una supresión del puesto, que había sido creado por ordenanza departamental, y que subsistía mientras esta norma no dejara de regir, hubiera o no provisión de fondos en el presupuesto para pagar al empleado que lo desempeñara.

"Pero es claro que existía una situación irregular, porque el puesto que desempeñaba el doctor Piedrahita Muñoz, siendo de funciones idénticas a las que había desarrollado en el año de 1957, no correspondía a la denominación que se le daba en el presupuesto de 1958, en el que además figuraba con un sueldo superior. Mientras no se subsanara la discordancia no podía el demandante cobrar sus sueldos, al igual que el doctor Juan Esteban Puerta, Médico Jefe del Consultorio Departamental, quien se encontraba en una situación análoga. Entonces fue cuando el demandante urgió al doctor Puerta para que se regularizara su posición, a fin de lograr el cobro de sus sueldos, conforme lo expresó el último en su declaración, y por ello éste intervino ante la Secretaría de Salud para arreglar ese estado de cosas. Y entonces la Gobernación de Antioquia dictó los Decretos 227-bis del 13 de mayo de 1958 y 290 del 1º de julio siguiente, en los que se designaba al demandante el puesto que venía desempeñando, dándole ya al cargo la debida denominación, con el sueldo apropiado, para subsanar la situación anotada y permitir al demandante el cobro de los sueldos que se le debían por servicios ya prestados como empleado, y por ello el nombramiento era con retroactividad al 1º de enero de 1958. El hecho de que el demandante dijera que no aceptaba, ninguna influencia tenía sobre la situación, porque esa manifestación del doctor Piedrahita en nada podía afectar una vinculación anterior como empleado departamental, ya jurídicamente definida.

"El doctor Piedrahita Muñoz, en conclusión, no prestó al Departamento de Antioquia, por el tiempo mencionado en el libelo, servicios de carácter privado, que le den derecho a honorarios o remuneraciones especiales, puesto que su relación jurídica con la entidad demandada no fue la definida en el artículo 2144 del Código Civil, que se cita por el demandante para fundamentar su libelo, sino la de un empleado departamental".

OBSERVA LA SALA:

No ofrece reparos a las partes la calidad de empleado público que tuvo el actor desde julio hasta diciembre de 1957. El problema radica en su situación en el lapso comprendido entre enero y julio de 1958. En efecto, para el Departamento demandado esa situación sigió siendo esencialmente la misma que existió hasta 1957; en cambio, para el demandante ella varió para convertirse en una relación de servicios profesionales privados acreedora a honorarios que deben ser reconocidos según el procedimiento del Decreto 456 de 1956.

Para dilucidar el problema debatido, aparecen como elementos de convicción documentos, manifestaciones de las partes, la declaración del doctor Juan Esteban Puerta y un dictamen pericial. Véase, pues, qué indican estas pruebas.

Consta en el informativo que en el mes de enero de 1958, el promotor del juicio figuró en la nómina de empleados del Consultorio Médico del Departamento (folio 24). Y consta asímismo que al doctor Piedrahita, igual que al doctor Puerta, no se le pagó el salario de ese período por glosas que le hicieron a dicha nómina, la que era presentada por este último. Con la declaración del doctor Puerta se halla acreditado también que los servicios profesionales del doctor Piedrahita, a partir de 1958, fueron del mismo carácter de los prestados con anterioridad a ese año.

Ante el rechazo de la nómina de que se ha hablado, el demandante formuló el reclamo del caso al Médico Jefe del Consultorio Departamental, doctor Puerta, quien "adquirió el compromiso verbal de arreglar este problema con el señor Secretario de Salud del Departamento" (folio 24). Y manifiesta el propio demandante a folio 24: "Sexto. Continué prestando mis servicios hasta el día junio primero de 1958 y practicando todas las intervenciones cuando me lo solicitaba el señor Médico Jefe del Consultorio Departamental. Se me llamaba a distintas horas del día o de la noche a mi consultorio profesional o a mi casa de habitación, de acuerdo con la urgencia de cada caso. En esta fecha solicité del señor Médico Jefe del Consultorio Departamental el reconocimiento, mediante contrato si era el caso, de mis servicios profesionales, u honorarios, de acuerdo con el trabajo realizado. El doctor Puerta firmó y aceptó el cuadro correspondiente a los empleados del Departamento por mí atendidos, en mi condición de profesional. El doctor Puerta no quiso firmar contrato para el reconocimiento de mis honorarios profesionales por los servicios prestados a empleados del Departamento y prometió arreglar el problema en la Secretaría de Salud".

Se aprecia, pues, que los servicios del doctor Piedrahita siempre fueron los mismos y que en ellos no hubo solución de continuidad entre los años de 1957 y 1958. El problema de la falta de pago de sus servicios se presentó por el cambio

en la denominación de su cargo. De lo confesado por el actor se desprende que lo que él reclamaba era ese pago. Y, además, en junio de 1958, solicitaba, por conducto del doctor Puerta, que se celebrara contrato por sus servicios "u honorarios, de acuerdo con el trabajo realizado". Está reconocido también por el confesante que el doctor Puerta no se avino a firmar ese contrato.

También obran en autos los documentos que acreditan los nombramientos hechos al doctor Piedrahita por el Departamento de Antioquia, en mayo y julio de 1958, con retroactividad al primero de enero del mismo año, que no fueron aceptados por dicho facultativo pero sin que por tal manifestación dejara de cumplir sus obligaciones para con el Departamento.

De todo lo anterior surge con meridiana claridad que el demandante en 1958 prestó los mismos servicios que en 1957 cuando estuvo vinculado al Departamento de Antioquia por una indiscutida relación de servicio público. Aparece también que se le adeuda la remuneración por el trabajo cumplido durante 1958. En cambio, lo que sí no encuentra acreditado la Sala es el convenio "por servicios personales de carácter privado". Por el contrario, de lo que dan cuenta las pruebas es de la negativa permanente del Departamento a celebrar contrato, es decir, a modificar la relación jurídica oficial que desde un comienzo existió entre demandante y demandado. Es lógico pensar que para poder demandar honorarios profesionales, como lo ha hecho el actor, se requiere un acuerdo jurídico que así lo permita. Pero ante la firme oposición del Departamento a alterar la relación que desde un principio ligó a las partes, no es posible imponerle a dicha entidad pública un convenio contrario a su voluntad. Las relaciones corrientes de la Administración con las personas que la sirven son de carácter público. Este es el criterio general imperante y acostumbrado, pues la Nación, el Departamento y el Municipio no constituyen otra cosa que una vasta organización de servicios de tal índole. Luego, cuando se alega una relación de tipo diferente, es necesario que ella esté adecuadamente demostrada para deducir de ahí las consecuencias jurídicas pertinentes. No es ésta la situación que se contempla en el *sub lite* puesto que, como se ha visto, el Departamento no ha aceptado una relación distinta a la que inicialmente acordaron las partes y, de otro lado, no hay prueba que destruya esa posición.

No se ha demostrado, pues, el evidente error de hecho que alega el recurrente. En tal virtud el cargo no puede prosperar.

SEGUNDO CARGO

Esta acusación tiene el carácter de subsidiaria y está formulada así: "Violación directa de los artículos 2054 y 2184, ordinal 3º del Código Civil, en relación con los artículos 1973, 2000, 2002, 2003, 2069 y 2144 ibídem, por falta de aplicación; del artículo 281 del Código Político y Municipal, por interpretación errónea y consecuencial aplicación indebida, y de los artículos 6º, 246, 248 y 251 del mismo Código Político y Municipal, por falta de aplicación".

El cargo se desarrolla en estos términos:

"Si acaso llegara la honorable Sala a sostener que no hubo defectos del sentenciador en la apreciación del haz probatorio, y que no incurrió en los errores de hecho puntualizados en el cargo principal, entonces tendríamos una clara violación directa de las normas civiles que obligan a pagar los servicios de las profesiones liberales a quienes los utilizan; una interpretación errónea del artículo 281 del Código Político y Municipal, pues cuando éste dice que ningún empleado administrativo dejará de funcionar mientras no sea reemplazado, párte del supuesto obvio de que el empleado subsista, ya que si el empleo desaparece no podrá haber ni suplente ni reemplazo, como ocurrió en el caso de autos; y falta de aplicación de las otras disposiciones administrativas citadas, que impiden hablar de empleados sin funciones predeterminadas y sin previa posesión, y dejan al arbitrio de los ciudadanos el aceptar o rechazar los empleos que no sean de forzosa aceptación".

SE CONSIDERA:

No habiendo prosperado el cargo anterior, resulta que no es atendible el que se examina. En efecto, ya quedó visto que el problema fundamental ha sido el de la precisión de la clase de vínculo jurídico que ligó a las partes en las labores cumplidas durante el año de 1958. Es decir, se trata de un problema de orden probatorio del cual el Tribunal dedujo una calificación de la relación jurídica existente en el *sub lite* que la Sala encuentra ajustada a la realidad que establecen las pruebas. De suerte, pues, que pretender deducir una violación directa de la ley cuando en el proceso se interponen sustanciales interrogantes de hecho, esto es, qué tipo de relación vinculó a las partes, es un planteamiento que no se acomoda a la técnica del recurso extraordinario. Si no existiese discusión acerca de tal relación el cargo resultaría adecuado. Empero, como

hay encontrados puntos de vista sobre ese hecho, es por ello por lo que la acusación aparece ineficaz para quebrantar la decisión impugnada. Por lo anotado, el cargo no prospera.

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto De Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PENSION DE JUBILACION. — SUSTITUCION PATRONAL. — EXTRA Y ULTRA PETITA

Prueba del capital de una empresa. Sustitución patronal y pensión de jubilación. Desde cuándo comienza a deberse la pensión de jubilación. Jubilación en concurrencia con cesantía. Fallos extra y ultra petita.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Según la demanda inicial de este juicio laboral, la actora prestó servicios a las sociedades demandadas hasta el 15 de enero de 1958, afirmación que fue aceptada por la respuesta a dicha pieza. Así, pues, habiendo expirado el contrato en 1958, la prueba que del capital ha debido presentar la parte demandada era su declaración de patrimonio correspondiente a 1957, de acuerdo con el artículo 195 del Código Sustantivo del Trabajo.

2. Para efectos de la pensión jubilatoria, lo esencial es que los servicios hayan sido prestados a una misma empresa por veinte años, siendo indiferente que durante ese tiempo haya cambiado de dueño, y que el cambio dé lugar a una sustitución patronal, o que dicho fenómeno no se produzca.

3. Según el artículo 262 del Código Sustantivo del Trabajo la pensión se debe desde que la pida el trabajador, siempre que en esa fecha reúna los requisitos del artículo 260. El fallo recurrido dispone el pago de la pensión desde el día siguiente al de expiración del contrato de trabajo, no obstante que la solicitud de pensión fue hecha tiempo después. No hay, por tanto, conformidad entre la decisión y lo que manda el mencionado precepto.

4. En derecho procesal es principio generalmente admitido el de que la demanda limita los poderes del Juez, en forma tal que no le está permitido decidir fuera de lo pedido o más allá de lo pedido. Una excepción a este principio es lo establecido en el artículo 50 del Código Procesal Laboral, el cual autoriza la resolución extra y ultra petita, pero la previsión legal limita el ejercicio de la facultad al Juez del primer grado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE CASACION LABORAL.—Bogotá, D. E., tres de abril de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez).

Teresa Vera Molina promovió juicio ordinario, ante el Juzgado del Trabajo de Medellín, contra las sociedades denominadas "Trilladoras Unidas Ltda.", y "Agencia Otis McAllister Ltda.", domiciliadas en dicha ciudad, para que por sentencia fueran condenadas solidariamente a pagarle: a) Una pensión mensual vitalicia de jubilación, y b) Los perjuicios correspondientes a la indemnización moratoria.

Como hechos fundamentales de la demanda, afirma su apoderado los que se destacan a continuación: Teresa Vera prestó servicios personales dependientes a la compañía "Steinwender Stoffregen Corporation", desde el 1º de enero de 1928 hasta el 30 de noviembre de 1947; la nombrada sociedad, domiciliada en los Estados Unidos de América, se dedicó en Colombia a la trilla y exportación de café, y liquidó sus negocios en el país en 1947; la sociedad mencionada fue reemplazada por "Trilladoras Unidas Ltda." y "Agencia Otis McAllister Ltda.", quienes siguieron el mismo género de negocios de su antecesora, dándose entre ésta y aquéllas una susti-

tución patronal; las dos compañías citadas constituyen una unidad de explotación económica; Teresa Vera continuó trabajando con "Trilladoras Unidas", según contrato celebrado al efecto, y con "Agencia Otis", desde el 1º de diciembre de 1947 hasta el 15 de enero de 1958, en el mismo cargo que había desempeñado en la primitiva sociedad; el tiempo servido por la demandante hasta el 8 de julio de 1954, fue de 26 años, según consta en el certificado expedido por el Gerente de "Trilladoras Unidas"; Teresa Vera fue despedida el 29 de noviembre de 1957, fecha en que tenía más de 50 años de edad; no ha sido posible un arreglo amigable sobre el pago de la pensión jubilatoria, propuesto por ella al representante de las dos compañías.

Las súplicas se apoyan en los artículos 23, 24, 26, 65, 67 a 69, 194, 195, 260 y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo, en las Leyes 10 de 1934, 6ª de 1945, 64 y 65 de 1946 y sus reformas y adiciones.

La respuesta a la demanda niega que las sociedades llamadas al juicio sean sucesoras de "Steinwender Stoffregen Corporation". Acepta el contrato de trabajo que aquélla afirma, distinto del que existió con la nombrada compañía, vigente desde el 1º de diciembre de 1947, así como lo relativo a su terminación. Manifiesta que las dos sociedades demandadas son personas jurídicas diferentes, cuyo patrimonio, en conjunto o separadamente, es inferior a $ 800.000.00. Agrega que, según carta del 15 de noviembre de 1947, la sociedad "Steinwender Stoffregen" terminó el contrato de trabajo con la demandante por liquidación de sus negocios, cubriéndole sus prestaciones; que el certificado expedido por el Gerente de McAllister Ltda. el 8 de julio de 1954, no es el de trabajo previsto en la ley, sino una carta privada al Consulado americano, destinado a facilitarle a Teresa Vera la visa de entrada a los Estados Unidos.

Trabada la litis en los términos expuestos y surtido el trámite de rigor, la sentencia que la decidió absuelve a "Trilladoras Unidas" y "Agencia Otis McAllister" de todos los cargos de la demanda, sin costas.

Apeló la parte vencida. La sentencia de segundo grado revoca la del Juzgado *a quo* y, en su lugar, condena a las dos sociedades demandadas a pagarle a la actora, solidariamente, una pensión mensual vitalicia de jubilación por la suma de $ 375.54, a partir del 16 de enero de 1958. Dispone además, que, para el disfrute de la pensión, la beneficiaria debe reintegrar previamente a "Trilladoras Unidas Ltda." la suma de $ 1.364.29, a "título de cesantía incompatible con el derecho de jubilación". Declara no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada y la absuelve de la indemnización por mora. No hubo condena en costas.

Demandante y demandados interpusieron el recurso de casación, que les fue concedido. Remitidos los autos a esta superioridad, admitió ella el recurso, que fue tramitado en legal forma, y, como ha llegado la oportunidad de decidirlo, a ello procede la Sala a continuación.

EL RECURSO DE LA PARTE DEMANDADA

Persigue el quebranto de la sentencia recurrida y, en su lugar, la confirmación de la de primer grado.

Con fundamento en la causal primera de casación formula tres cargos.

En atención a que en los cargos primero y segundo acusa el recurrente violación de unos mismos preceptos legales, con idéntica finalidad, serán estudiados conjuntamente.

PRIMER CARGO

Violación indirecta de los artículos 195, 260 y 262 del Código Sustantivo del Trabajo, a consecuencia de error de hecho manifiesto por falta de apreciación de unas pruebas.

Las pruebas que la sentencia no estimó son las siguientes: a) Permiso de prórroga por 60 días otorgado por la Administración de Hacienda de Cundinamarca a la Agencia Otis McAllister y a Trilladoras Unidas, para presentar la declaración de renta y patrimonio por el año gravable de 1957, con vencimiento al 30 de abril de 1958 (folios 40 y 40 vuelto); b) Liquidación del impuesto de renta y patrimonio, hecha por la nombrada oficina fiscal, correspondiente a las dos sociedades mencionadas, por el año gravable de 1956 (folios 38 y 39 y 41 y 42); c) Certificado expedido por la Administración de Hacienda de Cundinamarca al diligenciar el exhorto librado en el juicio en solicitud de informe sobre el patrimonio gravable de las dos compañías en 1956 y 1957, en el cual expresa que no era posible dar el dato del correspondiente a 1957 por no haberse practicado la liquidación (folios 67 y 70).

Consistió el error en que la sentencia no aceptó como patrimonio gravable de las dos sociedades en 1957 el que registra la liquidación del impuesto por el año gravable de 1956, pues si el de 1957 no estaba liquidado, trabada ya la litis, ha debido la sentencia aceptar como valor del patrimonio de ese año, el de 1956.

Dice el impugnador que el artículo 195 del Código no exige como prueba del patrimonio del patrono el que se liquida en diciembre del año anterior, sino el declarado por el contribuyente en el año inmediatamente anterior. Agrega que de las pruebas no apreciadas resulta que el patrimonio de las dos sociedades en 1957 era inferior a $ 800.000.00, por lo cual no estaban obligadas al pago de la pensión jubilatoria. Al condenarlas a esta prestación, el fallador viola, por indebida aplicación, las normas legales que el cargo cita.

SEGUNDO CARGO

Se presenta como subsidiario del anterior y por violación de los mismos textos legales que éste relaciona. La sentencia los quebranta en forma indirecta, a causa de error de derecho proveniente de no haber estimado las pruebas que el primer cargo menciona, relativas a la liquidación del impuesto sobre la renta y patrimonio de las dos compañías demandadas, correspondiente al año de 1956.

Dichas pruebas —sostiene el recurrente— acreditan que los patronos cumplieron con la obligación establecida en el artículo 195 del Código; el hecho que ellas acreditan —patrimonio gravable en 1957— de naturaleza solemne, no puede ser establecido por otro medio, y como la sentencia desconoció los elementos probatorios a que el cargo alude para dar por demostrado que el capital de las dos compañías era igual o superior a $ 800.000.00, siendo inferior a este guarismo, incurrió en error de derecho, con el consiguiente quebranto de los artículos 195, 260 y 262 del Código Sustantivo del Trabajo. Repite el argumento aducido en el primer cargo, según el cual el artículo 195 no exige como prueba del capital del patrón, el patrimonio liquidado en diciembre del año anterior, sino el declarado en ese año por el contribuyente.

Dice el opositor, refiriéndose a los dos cargos:

La prórroga del término para presentar la declaración de renta y patrimonio por el año de 1957, otorgado por la Administración de Hacienda, no exonera al patrono de la prueba exigida por el artículo 195 del Código. Además, las sociedades, al contestar la demanda, ofrecieron presentar en la inspección ocular las declaraciones de renta de 1956 y 1957. La prórroga de la Oficina de Hacienda se venció el 30 de abril de 1958 y la inspección se practicó en julio de ese año, sin que en ese acto hubieran aportado la prueba ofrecida, como tampoco lo hicieron posteriormente durante el debate probatorio. En el expediente consta que para la fecha de la inspección habían sido liquidados los impuestos por el año de 1957, según información del perito. Como prueba de la declaración de renta y patrimonio correspondiente a ese año no puede tomarse la del año de 1956, como lo pretende el recurrente, porque la norma legal citada exige que se presente la del año anterior, para el caso de autos la de 1957. Con base en tales razones concluye que no habiendo acreditado las dos compañías cuál era su patrimonio gravable en el año anterior al de expiración del contrato, hizo bien el fallador al aplicar la presunción del artículo 195 del estatuto laboral.

SE CONSIDERA:

En relación con el primer cargo, la Corte observa:

Según la demanda inicial (hecho 4º) la actora prestó servicios a las sociedades demandadas hasta el 15 de enero de 1958, afirmación aceptada por la respuesta a dicha pieza.

Prescribe el artículo 195, en su inciso primero:

"Para los efectos de este Código se entiende por capital de la empresa el valor del patrimonio gravable declarado en el año inmediatamente anterior según prueba que debe presentar el patrono. En caso de no presentarla, se presume que tiene el capital necesario para pagar la totalidad de la prestación demandada".

Habiendo expirado el contrato en 1958, la prueba que del capital ha debido presentar la parte demandada era su declaración de patrimonio correspondiente a 1957, de acuerdo con la citada norma.

Al estudiar el punto, dice el fallo del *ad quem:* "A los autos no se trajo la prueba idónea de que el capital de las sociedades demandadas, en conjunto, sea inferior a $ 800.000.00. En ninguno de los ángulos del expediente obra dicha elemento de juicio. Aparece sí una constancia del perito, según se lee a folios 106 a 110, pero, en forma alguna se arrimaron las copias de las declaraciones de renta correspondientes al año gravable de 1957. Ahora, se pidieron tales copias a la Administración de Hacienda de Cundinamarca, donde no fueron expedidas por no haberse liquidado el impuesto, pero dicha liquidación se produjo con mucha anterioridad al fallo de instancia, ya que el perito dice haberlas tenido a su alcance. Existen sí algunas copias de declaración de renta del año gravable de 1956, pero no son éstos los medios exigidos por el legislador para la demostración del capital de la empresa".

Como se ve, sí tuvo en cuenta la sentencia las declaraciones de renta y patrimonio presentadas al juicio por la parte demandada, luego el reparo de que incurrió en error de hecho por no haberlas estimado, carece de fundamento.

La ley del trabajo no autoriza para tomar como declaración de renta y patrimonio de un año la correspondiente al año anterior, ni la acusación señala preceptos fiscales o de otras leyes que así lo autoricen. Por tanto, el reparo de que el Tribunal dejó de estimar los documentos sobre prórrogas concedidas a las dos sociedades para la declaración de renta de 1957, y la liquidación del impuesto por el año gravable de 1956, a intento de demostrar error de hecho porque no aceptó como prueba del capital de las compañías el que registra la liquidación de 1956 en reemplazo de las de 1957, es de absoluta improcedencia.

La tesis de que el artículo 195 del Código Sustantivo del Trabajo no exige como prueba del capital del patrono la liquidación del impuesto sobre su patrimonio en el año inmediatamente anterior al de expiración del contrato sino al declarado en ese año anterior, tendría sentido si la parte demandada hubiera aducido al proceso copia de la declaración de renta y patrimonio correspondiente al año de 1957. Faltando esa prueba, sobra toda consideración entre los dos términos de la comparación, esto es, entre el acto que contiene la declaración de la renta y patrimonio y el proveniente del funcionario fiscal que liquida el impuesto. El razonamiento no se apoya en hechos probados en el proceso sino en simples hipótesis.

En cuanto al segundo cargo, la Sala observa:

Sobre la base de que el fallo recurrido ha debido admitir como prueba del capital de las dos sociedades demandadas por el año de 1957, sus declaraciones de renta y patrimonio del año anterior, el recurrente acusa error de derecho, porque no le dio a una prueba inexistente exigida por la ley *ad substantiam actus*, el mérito que ésta le asigna. Es resaltante la inconsistencia del argumento. En sana lógica no es posible deducir error alguno, de cualquier clase, con base en que el fallador guardó silencio sobre una prueba ausente de los autos. La sola enunciación del cargo hace patente su ineptitud.

Por lo expuesto, no prosperan los dos primeros cargos.

TERCER CARGO

Violación indirecta de los artículos 67, 68, 69, 70, 195, 260 y 262 del Código Sustantivo del Trabajo, a causa de error de hecho manifiesto en la apreciación de unas pruebas.

Relaciona como mal estimadas las siguientes:

a) El contrato de trabajo entre la demandante y Trilladoras Unidas Ltda.; b) El certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá, relativo a la compañía Steinwender Stoffregen Corporation (folios 5 a 9), y c) El certificado de la misma Cámara, relacionado con la sociedad citada en el punto anterior y con la Agencia Otis McAllister Ltda., expedido en cumplimiento de un exhorto librado en el juicio. Anota que se le pidió a la Cámara información sobre si la Agencia Otis tenía la administración de los negocios de la Steinwender Stoffregen y si tomó a su cargo el activo y pasivo de ésta, hechos acerca de los cuales la Cámara no pudo dar ninguna certificación.

Afirma el acusador que el contrato del punto a) demuestra que la actora se desvinculó del antiguo patrono; que los documentos de los puntos b) y c) acreditan la liquidación y extinción de la sociedad "Steinwender Stoffregen Corporation", y agrega: en la estimación de esas pruebas incurrió la sentencia en error de hecho al decir que se había operado una sustitución patronal. Para que ésta se produzca se requiere que la relación laboral con el antiguo patrono sea la misma con el sucesor, y el contrato mencionado pone de presente que éste es distinto del que existió con el patrono primitivo. Por haber sostenido el Tribunal que se trataba de un solo contrato, aplicó indebidamente las normas legales que cita en el cargo, pues si no acepta la sustitución, se habría abstenido de aplicarlas. En apoyo de su tesis hace mérito de decisiones de la jurisprudencia, según las cuales, para que haya sustitución de patronos no basta demostrar que el trabajador siguió laborando en la misma empresa, sino establecer que actuaba dentro del mismo contrato.

De la violación del artículo 67, según la interpretación jurisprudencial a que el cargo se refiere, hace derivar el recurrente el quebranto de los demás que relaciona.

Dice el opositor que como la antigua sociedad se liquidó y fue sustituída por las dos compañías demandadas, se operó la sustitución de patrono, pues lo importante para tal fin es la continuidad de la empresa; que prescindiendo del hecho de que la sustitución tuvo lugar el 1º de diciembre de 1947 y el contrato de folios 1 a 3 se firmó en agosto de 1949, esto es, dos años después, no se debe confundir, como lo hace el impugnante, el contrato con el documento, el acto jurídico con su prueba. Deduce de lo expuesto que el fallo del *ad quem* obró correctamente al

aceptar la sustitución, y, por tanto, que acertó en la aplicación de los preceptos legales que el cargo señala como violados.

Se estudia el cárgo.

Según el Tribunal, en el juicio están probados estos hechos:

a) Que Teresa Vera Molina laboró al servicio de la sociedad "Steinwender Stoffregen Corporation", del 1º de enero de 1931 al 30 de noviembre de 1947;

b) Que el 30 de noviembre de 1947 la nombrada sociedad se declaró disuelta y en estado de liquidación, habiéndola sucedido en el desarrollo de sus actividades (trilla y exportación de café) las compañías "Trilladoras Unidas Ltda." y "Agencia Otis McAllister Ltda.", demandadas en el juicio;

c) Que Teresa Vera continuó al servicio de los nuevos patronos, en las mismas oficinas del anterior, desde el 1º de diciembre de 1947 hasta el 15 de enero de 1958;

d) Que habiéndose mantenido la identidad del establecimiento y la continuidad de la demandante al servicio de las dos compañías que reemplazaron a la antigua, se operó una sustitución patronal;

e) Que el tiempo servido al patrono anterior y a sus sucesores, en la misma empresa, excede de 27 años;

f) Que a la fecha de la presentación de la demanda (marzo de 1958) la actora tenía más de 50 años de edad;

g) Que la parte demandada tiene un capital superior a $ 800.000.00, pues en autos no acreditó que fuera inferior a ese guarismo.

Con fundamento en los hechos expuestos y en lo previsto en los artículos 67, 195 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo, llegó a la conclusión de que la actora adquirió el derecho a la pensión jubilatoria que reclama en el juicio y, en consecuencia, condenó a la parte demandada al pago de la prestación.

El recurrente no niega el cambio de patrono, la continuidad del establecimiento y la continuidad de la demandante al servicio de los patronos sustitutos. Su discrepancia con el fallo recurrido consiste en que no hubo sustitución de patrono porque la actora celebró nuevo contrato de trabajo con uno de los sucesores de la antigua sociedad. En su concepto la sustitución era necesaria para que la demandante adquiriera el derecho a la jubilación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. El antiguo Tribunal Supremo sentó la doctrina a que alude el recurrente, según la cual, la sustitución patronal se produce cuando se reúnen estos requisitos: cambio de patrono, continuidad de la empresa y continuidad del empleado al servicio del nuevo patrono, sin que haya terminado la relación de trabajo con el patrono anterior. Así lo sostuvo en varias sentencias, entre las cuales pueden citarse las del 31 de mayo y 24 de junio de 1950 (*Gaceta del Trabajo*, tomo 5º páginas 483 y 534, respectivamente), reiterada en decisiones posteriores.

A esa jurisprudencia se acoge el recurrente en pro de la tesis que sustenta. Habiendo terminado la relación de trabajo con el patrono anterior, el tiempo servido a éste (16 años 11 meses) no puede sumarse al prestado al nuevo patrono (10 años 45 días). En consecuencia, siendo inferior a 20 años el tiempo de servicios prestado por la actora a las sociedades demandadas, requerido por la ley para la adquisición del derecho a la pensión, aquélla no se ha hecho acreedora a la prestación. Aunque el cargo no tiene este desarrollo, tal es la conclusión que se deduce de su contenido.

2. Para efectos de la pensión jubilatoria, lo esencial es que los servicios hayan sido prestados a una misma empresa por veinte años, siendo indiferente que durante ese tiempo haya cambiado de dueño, y que el cambio dé lugar a una sustitución patronal, o que dicho fenómeno no se produzca. Cuando hay cambio de patrono, el derecho del trabajador a la pensión no depende de que ese hecho opere una sustitución patronal, como lo entiende el recurrente. Su base jurídica es el servicio a una misma empresa, continuos o discontinuos, por veinte años. Así lo establece con toda claridad el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo. La disposición deja de lado el concepto de patrono, pues utiliza el de empresa, con lo cual está indicando que ésta y no aquél es el elemento principal. De manera que si cambia el empleador, con sustitución patronal o sin ella, la empresa responde de la obligación en cabeza de quien a la fecha en que surja el derecho figure como patrono o empresario. Se toma en cuenta la persona del patrono, natural o jurídica, porque se trata de un derecho de crédito y no de derecho real contra la empresa. Los servicios a ésta pueden ser continuos o discontinuos, y darse dentro de una sola relación de trabajo o de varias, como se infiere del contenido del citado precepto. El desplazamiento del derecho de propiedad sobre la empresa, o del simple derecho de

goce, ninguna influencia tienen sobre el hecho relativo a la prestación de los servicios del trabajador al mismo establecimiento. El hecho en mención permanece inmutable. Conceptualmente el tiempo servido a la misma empresa es susceptible de fraccionamiento; la realidad no consiente la separación e independencia a que lo somete el acusador, ni la tolera tampoco el ordenamiento legal en cita.

3. La tesis expuesta acerca del derecho a la jubilación, cuando ha habido cambio de patrono, es la acogida por la jurisprudencia. Sobre el punto, el Tribunal Supremo, en sentencia del 23 de junio de 1955 (Juicio de Pedro Miguel Espejo contra la Compañía Frutera de Sevilla), dijo lo siguiente: "Es suficiente que la misma empresa haya disfrutado del trabajo de un individuo por veinte años o más, aun por razón de diversos contratos, y que el asalariado haya cumplido o cumpla la edad requerida, para que pueda surgir su derecho. Por eso, cuando la Ley 6ª de 1945, en su artículo 14, habló de servicios continuos o discontinuos, dio cabida a la ocurrencia de diferentes contratos de trabajo, con tal de que se presten a la misma empresa, interpretación que puede extenderse al artículo 260 del actual estatuto laboral...".

"Es, pues, necesario distinguir el derecho a la pensión de jubilación causada por razón de servicios continuos y por servicios discontinuos... En el segundo la prestación de servicios en distintas épocas y por razón de diferentes contratos, puede darse de dos maneras: a la misma empresa o entidad económica sin que hubiera sufrido cambios de dueño o mutaciones en su régimen de administración, o a la misma empresa, pero con la ocurrencia de tales cambios. En este evento, la circunstancia de que el trabajador, por razón de haberse terminado uno de sus contratos, esté ausente del servicio al momento de verificarse el cambio, no empece al reconocimiento de su derecho, si, una vez cumplido aquél, vuelve a ser contratado y por tal razón cumple el tiempo de trabajo que los preceptos legales requieren como básico para la pensión de jubilación, y, si, por otra parte, demuestra que la entidad económica o empresa a la que sirvió es una misma, no porque haya tenido siempre el mismo dueño, sino porque se ocupó en todo tiempo de los mismos negocios. Una solución contraria a la que aquí se establece, equivaldría a admitir, contra el texto y sentido claros de los preceptos legales tanto de 1945 como de 1951, que una persona necesita trabajar durante más de veinte años, esto es, por un lapso superior al que ellos establecen, para tener derecho a la pensión de jubilación. Pues, si en caso como el que se estudia, la circunstancia de no haberse operado la sustitución patronal con todos sus elementos configurantes, impide tener en cuenta el tiempo anterior de servicios prestados por el presunto beneficiario a la misma empresa, éste tendría que verse obligado a reiniciar su labor veintenaria mediante otro contrato, sumando en tal forma a un tiempo perdido de cinco, diez o más años, una nueva veintena, sin la cual su derecho se haría de imposible reconocimiento".

4. Si el Tribunal sostuvo que en el caso de autos se operó la sustitución patronal, no obstante haber celebrado la demandante nuevo contrato con el patrono sustituto, lo cual impidió la producción de tal fenómeno, según el recurrente, tal concepto no llevaría a la conclusión de que violó los artículos 67 y 260 del Código, pues como se ha dejado expuesto, el trabajador adquiere el derecho a la pensión por haberle prestado servicios a la misma empresa por veinte años, aunque la sustitución no hubiera tenido vida legal.

5. Entre las normas acusadas figura el artículo 262 del Código. Conforme a dicho precepto la pensión se debe desde que la pida el trabajador, siempre que en esa fecha reúna los requisitos del artículo 260.

La única prueba atendible sobre solicitud de la pensión es la demanda inicial, presentada el 8 de marzo de 1958. El fallo recurrido dispone el pago de la pensión desde el 16 de enero de ese año, esto es, desde el día siguiente al de expiración del contrato.

No hay, pues, conformidad entre la decisión y lo que manda el mencionado precepto. Con todo, no es admisible la acusación por el aspecto examinado, pues el recurrente se limita a citar la norma, sin expresar las razones que demuestren su violación, como es de rigor en el recurso extraordinario.

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

EL RECURSO DE LA PARTE DEMANDANTE

Solicita el *petitum* la casación parcial del fallo recurrido, dejando en pie la cuantía de la jubilación y la modificación del mismo fallo en cuanto obliga a la demandante al reintegro de una suma por cesantía o, en subsidio, a que se reforme el sistema de reintegro.

Invoca la causal primera de casación. La demanda formula dos cargos.

PRIMER CARGO

Violación de los artículos 260 y 266 del Código Sustantivo del Trabajo, de modo indirecto, a consecuencia de errónea estimación de unas pruebas.

Señala el cargo las siguientes: las declaraciones de los testigos Alejandro Tobar (folios 63 a 65) y Gustavo Alvarez Escobar (folios 53 y 54); y el certificado del 8 de julio de 1954, expedido por el Gerente de Agencia Otis McAllister Ltda. (folio 10).

Las pruebas demuestran que el contrato de trabajo se inició en 1928; afirma el Tribunal que empezó el 1º de enero de 1931. Por tanto, la estimación de los referidos medios probatorios fue equivocada.

Dice el impugnador en demostración del cargo:

El testigo Alejandro Tobar informa que conoció a Teresa Vera trabajando en la empresa desde el año de 1930, y afirma el testigo Alvarez Escobar, quien desempeñó el cargo de Gerente de la sociedad en que aquélla prestó sus servicios, que la actora trabajó desde el año de 1928. No hay, pues, discordancia sino conformidad entre las dos declaraciones. El certificado del folio 10 expresa que la actora está trabajando en la empresa desde hace 26 años, y como fue expedido en 1954, ese tiempo, contado hacia atrás, comenzó en 1928. Dos gerentes de la empresa concuerdan en que la fecha de ingreso al servicio fue el año citado, hecho que debe ser aceptado, pues no hay prueba en contrario. La certificación debe admitirse, pues se expidió desprevenidamente, sin temor a las consecuencias que pudiera tener en el campo laboral. Si la realidad procesal es la de que el contrato se inició en 1928, al expirar éste en 1958 la demandante había completado 30 años de servicio. Por tanto, el patrono le debe la cesantía en 10 años, exceso sobre el término prescrito por la ley para la jubilación. En tal virtud la sentencia debe ser casada parcialmente en el sentido de revocar la obligación de reintegro de la cantidad de $ 1.364.29, que estimó incompatible con la jubilación.

SEGUNDO CARGO

Violación del artículo 266 del Código Sustantivo del Trabajo, de modo indirecto.

Sostiene el recurrente que la sentencia del *ad quem* viola el citado precepto, por falta de aplicación, porque para el disfrute de la pensión ordena que la beneficiaria reintegre la totalidad de una suma de dinero que recibió por cesantía, y la restitución debe hacerse, según la previsión legal, por cuotas que no excedan del 20% del valor de la pensión; que, de consiguiente, así debe disponerlo la Corte al casar la sentencia.

Con referencia al primer cargo, dice el opositor que como la cesantía y la jubilación se excluyen, y la actora, al terminar el contrato, recibió todas sus prestaciones, según lo confiesa en documento del folio 46, incluyendo la cesantía, no era el caso de reconocerle derecho alguno. En cuanto al segundo, manifiesta que no viola la sentencia la norma legal que acusa, pues de conformidad con ella el reintegro por cuotas tiene lugar cuando se trata de anticipos, liquidaciones parciales o préstamos, no cuando lo recibido por el trabajador es la cesantía definitiva, como ocurre en el caso de autos.

SE CONSIDERA:

La demanda inicial sólo formula dos súplicas, a saber: la condena al pago de una pensión jubilatoria, y la de perjuicios a título de indemnización por mora.

La sentencia del *ad quem*, de manera oficiosa, le reconoce a la demandante auxilio de cesantía por el tiempo servido en exceso de veinte años.

Sobre el punto trae estas consideraciones:

El tiempo de servicios comprende del 1º de enero de 1931 al 15 de enero de 1958 (27 años 15 días); sólo la cesantía causada durante 7 años 15 días, últimos de la relación laboral, es compatible con el reconocimiento jubilatorio (artículo 266 del Código Sustantivo del Trabajo), debiendo reintegrar la demandante en su totalidad el excedente; aparece del folio 46 que recibió de "Trilladoras Unidas", por cesantía, $ 4.835.10, liquidada con base salarial de $ 500.73. Como se tomó para la liquidación las duodécimas partes del sueldo total devengado al servicio de las sociedades demandadas, el valor que debe ser reintegrado asciende a la cantidad de $ 1.364.29, es decir, por los 7 años 15 días corresponde a la demandante por cesantía $ 3.470.81.

Observa la Sala: en derecho procesal es principio generalmente admitido el de que la demanda limita los poderes del Juez, en forma tal que no le está permitido decidir fuera de lo pedido o más allá de lo pedido. Una excepción a ese principio es el establecido en el artículo 50 del Código Procesal Laboral, el cual autoriza la resolución *extra o ultra petita*, pero la previsión legal limita el ejercicio de la facultad al Juez del primer grado, que en el caso de autos no fue utilizada por éste, pues su decisión fue adversa a las pretensiones de la demandante. Al disponer el

Tribunal el reintegro de la cesantía, dedujo del mayor valor recibido por la actora lo correspondiente a la cesantía excedente. La decisión en tal sentido no sólo desconoció lo previsto en el citado artículo 50, sino lo ordenado por el 471 del Código Judicial, obligatorio para el Juez del segundo grado. Esa norma, en su último inciso, dispone que la sentencia guarde consonancia con la demanda y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

Según lo expuesto, carece de objeto el examen de los cargos, pues en la hipótesis de que fueran atendibles, no podría la Corte, en instancia, acoger las peticiones que formulan. Huelga decir, que si mantiene la sentencia acusada, no obstante el error de juicio anotado, ello se debe a que la providencia no fue objeto de impugnación por la parte demandada.

No prosperan, pues, los dos cargos.

A mérito de todas las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Sin costas en el recurso.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto De Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RECLAMACION DE PRESTACIONES E INDEMNIZACIONES SOCIALES

No aparece el evidente error de valoración probatoria que aduce el casacionista al acusar la sentencia que declaró probada la excepción de pago y absolvió a la empresa demandada. A falta de otra prueba el Tribunal se atuvo al salario mínimo legal. Técnica de la casación.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

La base fundamental del pronunciamiento acusado es el Decreto extraordinario número 2214 de 1956, por el cual se fija el salario mínimo. Y acontece que este precepto para nada lo tiene en cuenta el impugnador, ya que no alude a él, esto es, no dice si fue violado y en qué forma pudo serlo. De modo, pues, que la acusación resulta incompleta, puesto que permanece intacto el soporte principal de la providencia atacada.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE CASACION LABORAL.—Bogotá, D. E., abril cinco de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Roberto De Zubiría C.).

Henry Levy Mattes, por medio de apoderado, demandó por la vía ordinaria laboral a la sociedad "Fábrica de Salchichón Moritz Katz & Cía. Ltda.", con domicilio en Bogotá, a fin de que fuese condenada a pagarle salarios insolutos, auxilio de cesantía, prima proporcional de servicios, indemnización de perjuicios, sobrerremuneración por trabajo extraordinario, salarios del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y las costas y gastos del juicio.

Los hechos de la demanda fueron expuestos así:

"a) Mediante contrato verbal de trabajo, mi representado prestó servicios a la sociedad demandada en el oficio de ayudar a la elaboración del salchichón, que confecciona y vende la empresa;

"b) El sueldo convenido fue de una participación del diez por ciento sobre las utilidades netas de la empresa, pero garantizándole una suma fija de $ 800.00 al mes para el caso de que el producido por utilidades no alcanzara ese valor;

"c) El contrato comenzó a ejecutarse el día 9 de octubre de 1956 y terminó por despido de Moritz Katz, a mi representado, el 31 de enero del año que cursa;

"d) En el desempeño de su oficio mi representado laboró una jornada comprendida entre las 4 y media o cinco de la mañana y las 9 de la noche, exceptuando el período necesario para tomar el almuerzo. Tal jornada comprende horas ordinarias nocturnas y horas extraordinarias diurnas y nocturnas que no se han remunerado;

"e) El 13 de enero de 1957, Moritz Katz, gerente de la empresa, por su cuenta y riesgo envió al padre de mi representado, señor Lothar Levy una carta y un modelo de contrato dizque para su aprobación, por tratarse del hijo del último, donde variaba totalmente el contrato de trabajo y pretendía configurar una sociedad de personas, asignando a mi cliente la calidad de socio industrial. Y como mi representado no se allanara a semejante solicitud, aquél dio por terminado el contrato de trabajo;

"f) Hasta la fecha la sociedad no ha pagado a mi representado el sueldo del mes de enero del corriente año, como tampoco el valor de las horas ordinarias nocturnas y extraordinarias de trabajo, ni las prestaciones sociales provenientes del contrato".

Como fundamentos de derecho se citaron las disposiciones pertinentes del Código Sustantivo del Trabajo.

La sociedad demandada, también por medio de apoderado, respondió los hechos del libelo en estos términos:

"Al a). No es cierto en la forma como está redactado.

"Al b). No es cierto en la forma como está redactado.

"Al c). No es cierto.

"Al d). No es cierto.

"Al e). No es cierto en la forma como está redactado.

"Al f). Lo rechazo".

En sentencia del 12 de noviembre de 1957, el Juzgado Segundo del Trabajo de Bogotá, que fue el del conocimiento, resolvió la litis declarando probada la excepción perentoria de pago y absolviendo a la entidad demandada de todas las peticiones formuladas por el actor. Condenó en costas a la parte demandante.

Contra la decisión anterior interpuso recurso de apelación el apoderado del promotor del juicio. Conoció de la alzada el Tribunal Superior de Bogotá —Sala Laboral—, corporación que el 21 de marzo de 1958 profirió el fallo de rigor confirmando el del Juzgado en cuanto a la absolución en él decretada y limitando la condena en costas de primera instancia al 50%. Absolvió de las correspondientes a la segunda instancia.

La parte vencida propuso el recurso de casación, el cual fue concedido por el Tribunal. Admitido y tramitado en legal forma por la Corte, corresponde decidirlo por la Sala previo el examen del escrito que lo sustenta y del memorial de réplica.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Se señala de esta manera:

"Con el presente recurso extraordinario aspiro a que dicha sentencia sea casada totalmente y a que la honorable Sala, en función de instancia, revoque el fallo de primer grado y haga las condenas solicitadas, por lucro cesante e indemnización moratoria, sobre la base de $ 800.00 mensuales".

ACUSACION

Para una mejor comprensión del ataque que formula el recurrente contra la decisión impugnada, se transcribe en seguida toda la acusación. Dice ella:

"Apoyándome en la causal primera de casación laboral, acuso la sentencia aludida de violar indirectamente, por falta de aplicación los artículos 64, en relación con el 47, y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, como consecuencia del evidente error de hecho que consiste en no dar por demostrado, estándolo, que el último salario mensual del actor fue de ochocientos pesos, error en que incurrió el sentenciador por equivocada apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otras, que singularizo así:

"a) *Mal apreciadas.* La consignación de folios 135 a 139, la declaración de Maximino Sarmiento (fs. 27 a 29) y el documento de folio 12.

"b) *No apreciadas.* La carta de folio 11, la diligencia de reconocimiento de folios 18 a 19, y la declaración de Samuel Vigoya (fs. 25 a 27).

"El sentenciador sostiene que no se demostró el salario de ochocientos pesos mensuales porque 'el documento que aparece a folio 12 del expediente no fue *firmado* por el señor Henry Levy, ni por el representante legal, lo que significa que ese proyecto de contrato no llegó a convertirse en convención bilateral y consensual'.

"Pero según la carta remisoria de dicho documento, visible a folio 13, fechada —obsérvese bien— el TRECE DE ENERO de 1957, y reconocida expresamente por su signatario, junto con el documento que citó el sentenciador, en este último la empresa consignaba las mismas condiciones inicialmente convenidas 'en lengua alemana' y contenía 'todos los puntos tratados con anterioridad y aceptados sin recriminación' por el representante legal del menor empleado.

"Esa carta de 13 de enero, reconocida judicialmente por su autor, y el reconocimiento del documento a que aquélla alude, no dejan la menor duda de que, al menos a partir del primero de ese mismo enero, Levy estaba autorizado para retirar mensualmente $ 800.00. La firma que la empresa solicitaba del destinatario no tendía a crear una nueva situación, sino a hacer constar un punto ya convenido anteriormente y en vía de ejecución; tanto es ello así, que la empresa habla igualmente de la necesidad de legalizar los respectivos asientos de contabilidad por los mencionados retiros de Levy.

"El sentenciador leyó el último párrafo de la carta de folio 11 ('por lo tanto, me permito solicitarle el favor de hacerme llegar en una u otra forma su firma estampada en el documento antes mencionado'), pero omitió leer el resto: '*...cosa que entre nosotros es una formalidad, pero muy servible para los fines que acabo de*

expresar antes. ¿Por qué 'una una formalidad'? Porque las condiciones no se iban a establecer el 13 de enero, o de allí en adelante, sino que ya estaban convenidas desde un principio, 'en lengua alemana', y venían ejecutándose desde el 9 de octubre de 1956. ¿Y por qué 'muy servible para los fines expresados? Porque esos fines no eran otros que los de legalizar los pagos o 'retiros', de Levy desde octubre. No entenderlo así es ir contra la evidencia.

"Las otras pruebas mencionadas en el cargo no hacen sino reforzar el hecho de que las condiciones referentes a la cuantía del salario, tuvieron que ser las estampadas en el documento de folio 12. Pues tanto Maximino Sarmiento como Samuel Vigoya dan cuenta de que los salarios en la empresa, para los trabajadores comunes, era de $ 4.50 a $ 7.00 diarios. Y es obvio que Levy, llamado a reemplazar al propio gerente de la empresa, tendría que estar ganando por lo menos el salario que tuviera el obrero común mejor remunerado.

"Contra la confesión judicial del gerente de la empresa, ratificada en dinero por la cuantía de la consignación judicial (pues en el memorial de f. 35A se dice que por un trabajo de 'aproximadamente 2 meses' se deben $ 800.00), el sentenciador se empeña en sostener contra la evidencia que no está demostrado ese salario de $ 800.00 mensuales, a partir del 1º de enero de 1957.

"De ese error de hecho, que está de manifiesto en los autos, provino la infracción acusada. Porque el sentenciador, dando por establecido que los $ 800.00 de la consignación habían cubierto lo debido por lucro cesante y por indemnización moratoria, absolvió a la empresa. Absolución con la cual dejó de aplicar las normas sustantivas correspondientes (arts. 64 y 65 del Código).

"Y no se diga que hubo *aplicación indebida* de las mismas, porque si bien es cierto que en la parte motiva de la sentencia se habla de aplicarlas sobre la base del salario mínimo legal, en la parte resolutiva de la misma (que es la que interesa en casación), vino la absolución, por virtud de la cual dejaron de aplicarse tales preceptos. Sin embargo, en forma subsidiaria, para el evento de que esa interpretación no prospere, corregiría en este punto la formulación del cargo para poner *'violación indirecta, por aplicación indebida de los artículos 64, en relación con el 47 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo'*, en lugar de 'falta de aplicación'."

SE CONSIDERA:

Las pruebas sobre las cuales hace recaer el error de hecho el impugnador y que a su juicio demuestran el salario de $ 800.00 mensuales, son las que en seguida se examinan.

La consignación hecha por la demandada. La sola lectura de este documento indica que allí no se determina ningún salario sino que se consigna una suma global de dinero ($ 800.00) por concepto de "participación de utilidades y prestaciones sociales".

Declaración de Maximino Sarmiento. En lo pertinente dice así: "...No sé qué sueldo o salario devengaba el actor al servicio de la fábrica".

Documento de folio 12. Este escrito que fue reconocido por el demandado y, por lo mismo, podría servir de prueba, presenta el inconveniente de que contiene una propuesta para que el demandante entrara al servicio de la sociedad demandada como "socio industrial", es decir, una situación distinta a la del trabajador dependiente.

La carta de folio 11. Se trata de una misiva dirigida al padre del demandante, cuyo contenido no suministra dato alguno sobre salario.

Declaración de Samuel Vigoya. Sobre la remuneración convenida con el actor manifiesta en forma categórica: "No sé el salario devengado por el señor Henry..."

Como se ve, de ninguna de las pruebas citadas por el recurrente se deduce en forma digna de crédito el salario de $ 800.00 alegado. De ahí que el Tribunal hubiese recurrido al salario mínimo legal. Por consiguiente, de la actuación del *ad quem* no surge el evidente error de valoración probatoria que propugna el casacionista.

Además, la base fundamental del pronunciamiento acusado es el Decreto extraordinario número 2214 de 1956. Y acontece que este precepto para nada lo tiene en cuenta el impugnador, ya que no alude a él, esto es, no dice si fue violado y en qué forma pudo serlo. De modo, pues, que la acusación resulta incompleta, puesto que permanece intacto el soporte principal de la providencia atacada.

Por todo lo expresado, la acusación no prospera.

—

En mérito de los razonamientos que preceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., Roberto De Zubiría C., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LIQUIDACION DE CESANTIA. — INSPECCION OCULAR. — PRUEBA PERICIAL

Error de hecho en la sentencia absolutoria acusada. El Tribunal ha debido acceder a decretar el reajuste de cesantía solicitado por el trabajador. Censura de ciertas prácticas judiciales en relación con la prueba pericial y la inspección ocular.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. La intervención de peritos en la práctica de la inspección ocular no es arbitraria. Procede cuando se trata de comprobar hechos que exijan conocimientos o prácticas especiales. Por tanto, si la naturaleza de los hechos no reúne tales condiciones, sobra la intervención de peritos en la práctica de la inspección. Exigir su colaboración, no siendo del caso, no sólo contraría mandatos del legislador sino que grava a los litigantes con gastos innecesarios.

2. Es apenas elemental que si en la inspección ocular se deben examinar hechos o cosas, el Juez cumpla esa función de manera directa y personal, pues es misión de su incumbencia exclusiva, no susceptible de delegación. Debe, por tanto, dejar testimonio en el acta de lo que vio y observó. De manera que para que haya inspección judicial se requiere que el Juez examine y reconozca lo que es materia de la prueba y así lo exprese al documentar la actuación. Lo dicho no se opone a que si lo que se examina son, por ejemplo, libros de contabilidad, y en el juicio se debaten cuestiones complejas que exijan conocimientos especializados en ciencia contable, deje su estudio al experto, pero, si así procede, debe ver los libros previamente, relacionarlos en el acta respectiva, haciendo las observaciones que crea del caso, y dejar constancia de que, en cuanto a su registro, se han cumplido las formalidades de ley. En tal evento, por las circunstancias especiales del litigio, tendrá valor preponderante la prueba pericial.

3. Es obvio que en lo que sea del dominio de la inspección, si el Juez no observa en su práctica el procedimiento que la rige, quedará desprovista de todo valor probatorio, ya que el pleno que la ley le otorga (art. 730 del C. J.) descansa en el supuesto de que haya examinado personalmente las cosas y hechos que en el juicio son objeto de comprobación, y que de unas y otros dé cuenta el acta correspondiente.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE CASACION LABORAL.—Bogotá, D. E., nueve de abril de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez).

José Vicente Cubillos Morales promovió juicio ordinario contra la sociedad "Aerovías Nacionales de Colombia" (AVIANCA), para que por sentencia se declare que entre él y la sociedad existió un contrato de trabajo entre el 5 de junio de 1942 y el 30 de abril de 1956, terminado unilateralmente por la compañía. Con base en tal declaración pide que ésta sea condenada a pagarle la suma de $ 3.689.60 por reajuste de cesantía, y que también se la condene al pago de la cantidad de $ 1.125.54 por incapacidad a causa de enfermedad común, a la remuneración por trabajo en horas extras y a los perjuicios que le causó, a título de indemnización moratoria.

Como hechos fundamentales de la demanda, el mandatario judicial del actor afirma los que se destacan a continuación: José Vicente Cubillos le prestó servicios personales a la empresa en diversos cargos por un período de 14 años,

más o menos; durante el tiempo del contrato devengó sueldos variables, incrementados con viáticos y otros emolumentos; la última asignación mensual, en promedio, fue de $ 1.125.54; el salario que percibió, antes de la vigencia del Código, en 7 años, 10 meses, 26 días, o sea del 5 de junio de 1942 al 30 de abril de 1950, ascendió a la cantidad de $ 1.104.06, la cual ha debido servir de base para el cómputo de la cesantía; al liquidar esta prestación la empresa no se ajustó a lo prescrito en el artículo 253 del Código, pues no tuvo en cuenta el salario promedio devengado por el trabajador; las liquidaciones parciales del auxilio deben estimarse como anticipos y no como cancelaciones definitivas; la empresa despidió al empleado unilateralmente y en forma intempestiva, hallándose incapacitado por enfermedad común, según certificado del Seguro Social, y sin haberle pagado el auxilio correspondiente; al terminar el contrato tampoco le pagó la sociedad el valor de las horas extras que trabajó en los años de 1951 a 1953, e igualmente se negó a atender los reclamos que le hizo sobre cancelación de las obligaciones pendientes.

La liquidación de la cesantía que la demanda presenta en su parte petitoria, es la siguiente:

Por servicios en tres años (1º de mayo de 1953 a 30 de abril de 1956, fecha del retiro), con sueldo promedio mensual de $ 1.125.54 . . . .$	3.376.62
Por servicios en tres años (1º de mayo de 1950 a 30 de abril de 1953), con el mismo salario del período anterior	3.376.62
Por servicios en 7 años, 10 meses, 26 días anteriores a la vigencia del Código, o sea del 5 de junio de 1942 al 30 de abril de 1950, con sueldo promedio mensual de $ 1.104.06 ..	8.728.20
Total ... ...$	15.481.44
Menos el valor de las cesantías parciales y definitivas	11.791.84
Saldo en favor del demandante $	3.689.60

Las peticiones se apoyan en las Leyes 6ª de 1945 y su Decreto reglamentario 2127 del mismo año, en las Leyes 64 y 65 de 1946, y en las normas pertinentes del Código del Trabajo.

La respuesta a la demanda acepta el contrato de trabajo por el tiempo que afirma el actor. Declara que la sociedad nada le debe por trabajo en horas extras y que no es ella sino el Seguro Social el obligado al pago de auxilios por enfermedad común. Los demás hechos o no son ciertos o deben probarse. Propuso estas excepciones perentorias: inexistencia de las obligaciones, falta de título y prescripción.

En primera instancia terminó el juicio por sentencia dictada por el Juzgado 6º del Trabajo de Bogotá. En su parte resolutiva declara que las partes estuvieron ligadas por un contrato de trabajo durante el tiempo comprendido entre el 5 de junio de 1942 y el 30 de abril de 1956, terminado legalmente por el patrono. Condena a éste a pagarle al actor: $ 1.171.00 por reajuste de cesantía (numeral 2º) y $ 221.66 por concepto de indemnización moratoria (numeral 3º); lo absuelve de los demás cargos y se abstiene de la condena en costas.

Apelaron ambas partes. La sentencia decisoria del recurso de alzada confirma la de primer grado en cuanto declara la existencia del contrato de trabajo entre las partes y en lo concerniente a la absolución por costas; revoca las condenas por reajuste de cesantía e indemnización de perjuicios por mora, y absuelve a la sociedad demandada de los demás cargos, sin costas.

Contra el fallo de segunda instancia interpuso el demandante el recurso de casación, que le fue concedido. Admitido aquí por la Sala y debidamente preparado, se pasa a decidir.

LA DEMANDA

Solicita el *petitum* que la Corte case la sentencia del Tribunal en cuanto revoca los numerales 2º y 3º del fallo del *a quo* y, en su lugar, condene a la empresa al reajuste de la cesantía en la suma a que haya lugar, conforme a lo dispuesto en el artículo 253 del Código Sustantivo del Trabajo.

Con fundamento en la causal primera de casación formula dos cargos. En ambos acusa violación del artículo 253 del Código, en el primero por violación directa y en el segundo de modo indirecto, a través de errores en la actividad probatoria del fallador.

En vista de que el ataque por quebranto directo de la norma legal se basa en errónea estimación de una prueba, lo que dentro de tal modalidad no es pertinente, según jurisprudencia constante de la corporación, pasa la Sala a examinar el segundo cargo, por violación indirecta de la disposición legal citada.

Afirma el acusador que la sentencia del *ad quem* estimó con desacierto el dictamen pericial (fs. 109 y 110), pues para desecharlo se fundó en la circunstancia de que el perito no fijó los salarios promedios mensuales, año por año, de-

vengados por el trabajador, durante el período de 1951 a 1956, y en la pericia sí figuran esos datos. La aseveración contraria del fallador lo indujo a incurrir en error de hecho en la apreciación de esa prueba. Agrega que incurrió en idéntico error por falta de apreciación de la liquidación de la cesantía hecha por la empresa (fs. 127 bis y 128), la cual registra el salario mensual, en promedio, requerido por la ley para determinar el valor de la prestación. Por consiguiente, no era del caso negar el reajuste de la cesantía, por lo cual la sentencia incurrió en violación del artículo 253 del Código Sustantivo del Trabajo.

El opositor sostiene que el Tribunal interpretó correctamente el dictamen pericial, por una parte, y, por la otra, que sí tuvo en cuenta la liquidación de la cesantía hecha por la sociedad demandada. Cosa distinta —dice— es que no arroje dato para efectuar su revisión, deficiencia que la prueba ofrece y que no puede imputarse al fallador.

SE CONSIDERA:

Al estudiar el Tribunal la petición sobre reajuste de la cesantía, dice que como el perito no indicó en el dictamen todos los factores de liquidación, no puede revisarla sobre las documentales presentadas por la parte demandada, ya que es indispensable conocer año por año, el valor del salario, para poder aplicar en forma correcta el numeral 2º del artículo 253 del Código Sustantivo del Trabajo.

Según el anterior razonamiento, si la pericia hubiera indicado todos los factores que echa de menos el fallador, habría examinado la liquidación de la cesantía efectuada por la empresa. La Sala no halla correspondencia entre la tacha que se opone al dictamen pericial y la afirmación de que, por tal motivo, no es del caso tomar en consideración los documentos que contienen la liquidación del auxilio. No es correcta la conclusión, porque el valor de la prueba proveniente del demandado no está ni puede estar subordinada a la que emane de un tercero. En el orden lógico y jurídico aquélla debe ser estimada con preferencia a ésta. Otra cosa es el mérito que ofrezcan los dos medios de convicción: si el que proporciona el demandado es ineficaz y el otro también lo es, porque ninguno de los dos sirva para la comprobación del hecho que se trata de establecer, obra correctamente el fallador al desecharlos, pero sin estimar el primero, su rechazo carece de toda justificación.

Es, pues, pertinente el examen de los documentos que el Tribunal se abstuvo de apreciar. Pero debe la Sala, previamente, pronunciarse acerca del reparo que el cargo formula por errónea interpretación del dictamen pericial. Sobre el particular observa:

Como elementos de juicio tuvo en cuenta el experto las planillas elaboradas por la oficina de personal, las cuales —dice— anotan los pagos a los trabajadores por sueldos, viáticos, primas, etc. Detalla el dictamen (fs. 109 y 110) el salario promedio mensual en el período comprendido entre el año de 1950 y el de 1956 (abril). No concuerdan las cifras que allí aparecen con las que figuran en la liquidación de la cesantía efectuada por la empresa. En efecto: el sueldo fijo que indica para el año de 1952 es el de $ 500.00 y el que anota la referida liquidación es el de $ 700.00. Otras discordancias podrían señalarse, pero basta la indicada para poner de presente el desacuerdo entre las dos pruebas.

La pericia es inestimable, no porque omita los factores necesarios para revisar la liquidación del auxilio, como lo dice el fallo del *ad quem,* sino porque comparada con la practicada por la empresa, el sueldo promedio mensual resulta inferior al contenido en la mencionada liquidación.

Si se tomaran las cifras del dictamen —como lo quiere el recurrente— sería exigua la diferencia entre el importe del derecho y el que muestra la liquidación de la sociedad demandada.

En vista de la falta de correspondencia entre los dos medios probatorios, ha debido el sentenciador, al rechazar el dictamen, examinar el otro, inactividad que el cargo señala como determinante del error de hecho que acusa. En relación con la otra prueba, por cuya falta de estimación acusa el cargo error de hecho, la Sala observa:

La liquidación de la cesantía a que se refiere el impugnador, contenida en el documento de folios 127 bis y 128, del cual obran en el proceso varias copias, allegadas al juicio por ambas partes, trae estos datos:

Fecha de ingreso del trabajador: junio 5 de 1942. Fecha de retiro: mayo 1º de 1956.

Liquidación de la cesantía:

Del 5 de junio de 1942 al 30 de junio de 1948 (6 años 25 días), con sueldo promedio mensual de $ 621.13 ... ...$	3.771.64
De julio 1º de 1948 a diciembre 30 de 1949 (un año seis meses), con sueldo promedio mensual de $ 773.75	1.160.63

Del 1º de enero de 1950 al 30 de abril de 1952 (un año cuatro meses), con sueldo promedio mensual de $ 1.104.06	2.576.15
Del 1º de mayo de 1952 al 30 de julio de ese año (tres meses), con sueldo promedio mensual de $ 1.081.68	270.42
Del 1º de agosto de 1952 al 1º de mayo de 1956 (tres años nueve meses), con sueldo de $ 1.070.13 ...	4.013.00
Total ... ...$	11.791.84
Menos valor de las cesantías parciales	11.126.42
Diferencia ... ...$	665.42

Tomando en cuenta lo dispuesto en el artículo 253 del Código Sustantivo del Trabajo, cabe hacer las siguientes consideraciones:

En el asunto litigioso, el primer aumento que registra la liquidación, bajo el imperio del Código, es el del 1º de mayo de 1952. Como promedio mensual anota el de $ 1.081.68. La citada fecha sirve de punto de partida para liquidar el auxilio en los tres años anteriores, esto es, hasta el 1º de mayo de 1949, y como el actor devengó el mismo salario hasta el 1º de agosto de 1952, de acuerdo con él debe liquidarse la cesantía en el período comprendido entre las dos fechas expresadas, ya que del 1º de agosto de 1952 en adelante la asignación fue inferior, y la norma legal citada, para el cómputo de trienios anteriores a la vigencia del Código, toma en cuenta aumentos y no disminuciones. Del 1º de agosto de 1952 hasta el 1º de mayo de 1956, fecha de expiración del contrato, el sueldo fue de $ 1.070.13 y con esa base debe ser liquidado el auxilio. Habiendo jugado para la liquidación del primer trienio hacia atrás el aumento hecho en mayo de 1952, la base para liquidar el auxilio del 5 de junio de 1942 al 1º de mayo de 1949, es la asignación devengada por el trabajador el 1º de enero de 1950, o sea la suma de $ 1.104.06, conforme lo preceptúa la norma legal en cita en su inciso primero. No era del caso tomar, como lo hizo la sociedad, para la liquidación del 5 de junio de 1942 al 30 de diciembre de 1950, salarios inferiores al anotado, pues al respecto tiene aplicación la norma antes mencionada, igual a la de la legislación anterior al actual estatuto laboral, según la cual la base es el último salario devengado por el trabajador.

No trae la liquidación el dato del salario promedio mensual año por año; divide el tiempo de servicios en varias etapas, de las cuales la mayoría comprende fracciones superiores a un año, pero admite que durante cada fracción el salario promedio mensual fue uniforme, lo que permite deducir el correspondiente a un año. Por lo demás, importa para el caso determinar si hubo o no aumento del salario en vigencia del Código, dato que contiene la liquidación.

El fallo de primera instancia halló procedente la súplica sobre reajuste de la cesantía. En parte acoge la liquidación del patrono y en parte prescinde de ella. Examinada por la Sala, no la encuentra ajustada a la ley y, por tal motivo, no acoge su decisión al respecto, en cuanto fija como valor de la prestación la suma de $ 1.171.00.

La liquidación que corresponde hacer, de conformidad con las explicaciones antes expuestas y con lo previsto en el artículo 253 del Código, es la siguiente:

Del 5 de junio de 1942 al 1º de mayo de 1949, con salario de $ 1.104.06 ... ...$	7.620.86
Del 1º de mayo de 1949 al 1º de mayo de 1952, con salario de $ 1.081.68	3.245.04
Del 1º de mayo de 1952 al 1º de agosto del mismo año, con salario de $ 1.081.68	270.39
Del 1º de agosto de 1952 al 1º de mayo de 1956, con salario de $ 1.070.13	4.012.92
Total ... ...$	15.149.21
Menos el valor recibido por el demandante	11.791.84
Diferencia a su favor ... ...$	3.357.37

De haber estimado el Tribunal la prueba en examen, habría otorgado el derecho al reajuste de la cesantía solicitado en la demanda inicial. En vista de que se abstuvo de hacerlo sin razones valederas, incurrió en el error de hecho que alega el recurrente, con el consiguiente quebranto del artículo 253 del Código Sustantivo del Trabajo, por falta de aplicación.

Prospera el cargo.

Las consideraciones que preceden son suficientes para sustentar la decisión que en instancia debe proferir la Sala. De conformidad con ellas, el actor tiene derecho a la diferencia entre lo que le corresponde por cesantía y lo que recibió del patrono por tal concepto. Se casará, pues, la sentencia para acoger la súplica

por reajuste de la prestación, confirmando sobre el punto el fallo del Juzgado *a quo,* reformándolo en cuanto a la cuantía.

Estima oportuno la Corte llamar la atención a los Jueces sobre el uso de sistemas contrarios a la ley en la práctica de inspecciones oculares, como el de decretarla para la comprobación de hechos simples, al alcance de los conocimientos del fallador, y el de no ejecutar el acto para el cual ordenó la inspección, dejando su examen y reconocimiento al perito o a los testigos actuarios.

En el asunto litigioso el Juzgado decretó la práctica de una inspección judicial sobre los libros y documentos de la sociedad demandada (f. 61) para establecer varios de los hechos afirmados en el libelo promotor del juicio. Para tal fin se trasladó a las oficinas de la compañía y el Asistente de la Sección de Sueldos que se hizo presente le manifestó que estaba dispuesto a poner a órdenes del personal de la diligencia los libros, documentos, planillas, etc., que tuvieran relación con el desarrollo del contrato entre las partes. A petición del apoderado de la empresa ordenó ampliar la inspección para la verificación de algunos puntos, disponiendo que el perito designado para asesorarlo dictaminara sobre ellos. Así terminó la audiencia, sin haber hecho el examen de los libros y papeles de la empresa (f. 101). La nueva audiencia que se celebró tuvo por objeto recibir el peritazgo.

La actuación descrita merece estos reparos:

Pedida la revisión de la cesantía y el consiguiente reajuste por no haberse practicado conforme a lo previsto en el artículo 253 del Código, en el proceso debían establecerse estos hechos: sueldos devengados durante el tiempo del contrato y los aumentos reconocidos, con expresión de sus fechas. Se trataba, pues, de hechos simples, de fácil apreciación por el fallador, no de cuestiones complejas que exigieran el aporte de expertos en ciencia contable. Habría bastado, pues, la simple inspección judicial. La intervención de peritos en la práctica de esta prueba no es arbitraria. Es procedente cuando se trata de comprobar hechos que exijan conocimientos o prácticas especiales (art. 705 del C. J.). Por tanto, si la naturaleza de los hechos, como en el caso de autos, no reunía tales condiciones, sobraba la intervención de peritos en la práctica de la inspección. Exigir su colaboración, no siendo el caso, no sólo contraría mandatos del legislador sino que resulta perjudicial a los litigantes, pues los grava con gastos innecesarios. La irregularidad se hace más censurable en el proceso laboral por la circunstancia de que el Código rector del juicio, en su artículo 51, deja al arbitrio del juzgador el decreto y administración de la prueba pericial.

En cuanto a la actividad del Juez en la práctica de la inspección, el procedimiento de deferir al perito o a los testigos actuarios el examen y reconocimiento de los hechos materia de la prueba, no es menos digno de rechazo. Es apenas elemental que si en la inspección se deben examinar hechos o cosas, el Juez cumpla esa función de manera directa y personal, pues es misión de su incumbencia exclusiva, no susceptible de delegación. Debe, por tanto, dejar testimonio en el acta de lo que vio y observó. Así lo manda el artículo 727 del Código Judicial, aplicable al proceso laboral. Se trata, pues, de una obligación que la ley impone al juzgador, de rigurosa observancia, pues de los medios probatorios es el que más se presta para la realización plena de la inmediación. De manera que, para que haya inspección judicial, se requiere que el Juez examine y reconozca lo que es materia de la prueba y así lo exprese al documentar la actuación. Lo dicho no se opone a que si lo que examina son, por ejemplo, libros de contabilidad, y en el juicio se debaten cuestiones complejas que exijan conocimientos especializados en ciencia contable, deje su estudio al experto, pero, si así procede, debe ver los libros previamente, relacionarlos en el acta respectiva, haciendo las observaciones que sean del caso, y dejar constancia de que, en cuanto a su registro, se han cumplido las formalidades de ley. En tal evento, por las circunstancias especiales del litigio, tendrá valor predominante la prueba pericial. Es obvio que en lo que sea del dominio de la inspección, si el Juez no observa en su práctica el procedimiento que la rige, quedará desprovista de todo valor probatorio, ya que el pleno que la ley le otorga (art. 730 del C. J.) descansa en el supuesto de que haya examinado personalmente las cosas y hechos que en el juicio son objeto de comprobación, y que de unas y otros dé cuenta el acta correspondiente.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida en cuanto revoca el numeral 2º del fallo de primer grado y, en su lugar, confirma éste, con la reforma de que la condena por reajuste de cesantía asciende a la cantidad de tres mil trescientos cincuenta y siete pesos

treinta y siete centavos ($ 3.357.37) moneda legal, en lugar de la que indica el citado numeral. No la casa en lo demás.

Sin costas en las instancias y en el presente recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente Tribunal de origen.

Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Par des A., Roberto De Zubiría C., José Joaquín R drígue.

Vicente Mejía Osorio, Secretari

SENTENCIAS QUE NO ADMITEN RECURSO DE CASACION

ué ha de entenderse por sentencia definitiva para efectos de la casación laboral. Sen-ncias definitivas y sentencias sobre el proceso. El fallo inhibitorio. Artículo 209 del Código Judicial. La casación del trabajo y los vicios de actividad procesal.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Esta Sala de la Corte ha reiterado la doctrina de que, si la sentencia no decide el fondo del litigio, esto es, si no estima o desestima la demanda, no merece el calificativo de definitiva y, por ende, queda sustraída del recurso de casación.

2. Conviene advertir, para evitar errores de interpretación, que si el fallador en la motivación de la providencia estudia la acción en el fondo y la halla improcedente, la sentencia, aunque adopte una resolución de abstención, debe ser considerada como desistimatoria de la acción, para los fines del recurso extraordinario.

3. La sentencia normalmente debe definir las cuestiones planteadas en el juicio por los litigantes, ya que su misión fundamental es ésa, no la de definir cuestiones atinentes a la simple relación procesal. Sin embargo, si hay vicios que afecten el proceso, no le está permitida la decisión de mérito, a pesar de que encuentre establecida la acción. Ello explica por qué al lado de las definitivas puede haber sentencias sobre el proceso, esto es, resoluciones judiciales decisorias de la relación procesal únicamente.

4. Critica el recurrente el procedimiento de acudir al fallo inhibitorio, con base en la ausencia de un presupuesto procesal, como el observado por el Tribunal, pues si la demanda se admitió, no siendo el caso, y el juicio siguió su curso, lo procedente sería el fallo de fondo y no la decisión sobre la forma. La censura es valedera contra el sistema legislativo vigente y apta para propiciar una reforma; pero referida al funcionario judicial, carece de fundamento.

5. La casación del trabajo, a diferencia de la civil, no acoge las causales por errores o vicios de actividad procesal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE CASACION LABORAL.—Bogotá, D. E., once de abril de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Luis Alberto Bravo).

El juicio ordinario promovido por Arturo Cárdenas Benavides contra la sociedad "Ferroconcreto, Limitada", fue decidido en primera instancia por el Juzgado 6º del Trabajo de Bogotá, y, en segunda, por la Sala Laboral del Tribunal Superior de este Distrito Judicial. La sentencia del Tribunal revocó la del Juzgado *a quo* y declaró su inhibición para resolver la litis en el fondo, por las razones que expone en su parte motiva.

Contra la anterior providencia interpuso la parte demandante el recurso de casación, que le fue denegado. La misma parte solicitó reposición del auto respectivo y, en subsidio, recurrió de hecho ante la Corte. Negado el primer recurso, le fue otorgado el segundo, que en la oportunidad debida fue sustentado por su apoderado.

ANTECEDENTES

La demanda inicial acumula objetivamente varias acciones, aduciendo como causa jurídica

de todas un contrato de trabajo entre las partes. La contenida en la petición séptima (indemnización plenaria de perjuicios) para la cual se invoca el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, fue deducida como principal y la consignada en la petición octava, también como principal y en forma concurrente con la anterior, con base en el artículo 204 ibídem (indemnización especial de perjuicios), cuyo monto prefija la ley. En atención a que la primera absorbe la segunda, por lo cual ésta no podía ejercitarse sino como subsidiaria de la primera, el Tribunal estimó que no era procedente su acumulación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 209 del Código Judicial. La defectuosa acumulación de las dos acciones llevó al Tribunal a la conclusión de que la demanda no fue formulada en *debida forma,* expresando que, cuando esto ocurre, falta un presupuesto procesal, que, según la jurisprudencia, impide el pronunciamiento de fondo, viéndose el juzgador obligado a declarar su inhibición. "Sobra advertir —dice la sentencia del *ad quem*—, que queda a salvo el derecho del demandante para promover de nuevo el juicio, ajustando la demanda a los requisitos de forma que la ley prescribe".

FUNDAMENTO DEL RECURSO

La cuestión planteada ante la Corte versa únicamente sobre la naturaleza del acto procesal que puso término a la controversia en segunda instancia, es decir, si para los fines del recurso extraordinario es o no una sentencia definitiva. Sobre el punto dice, en síntesis, el apoderado del recurrente:

Es tendencia general la de distinguir las sentencias de las demás resoluciones judiciales, por su aspecto formal. Aquéllas se caracterizan, según la jurisprudencia, por el órgano que las dicta y por el hecho de que ponen fin a la relación procesal, vinculan al Juez y constituyen ley del proceso, se pronuncian sobre la acción y no acerca de cuestiones incidentales, se publican y notifican y, por último, el Juez declara su ejecutoria, lo que no ocurre con las demás providencias judiciales (G. J., T. XLIII, p. 635). La anterior doctrina —anota el recurrente— se aparta del viejo concepto romano que reservaba el calificativo de sentencia para las cuestiones de fondo, acogiendo la germánica que admite las sentencias sobre las formas procesales, por lo que hay sentencias definitivas tanto de fondo como de forma, criterio adoptado por el nuevo código procesal italiano. Por su parte, Chiovenda y Menestrina consideran que la total relación de conocimiento tiende en su desarrollo a la sentencia; que el conocimiento separado de los presupuestos procesales lleva a una sentencia que puede ser definitiva, si niega su existencia, o interlocutoria en caso contrario; que, según dichos autores, proferida la sentencia, el Juez no debe seguir interviniendo en el pleito, porque si es recurrible, surgirá con la impugnación un nuevo estadio de la relación procesal en que será competente otro Tribunal; que, según el expositor Mattirolo, es definitiva la sentencia que pone fin al proceso, aunque deje al actor la facultad de deducir de nuevo la acción. Observa también, que el artículo 86 del Código de Procedimiento Laboral al hablar de sentencias definitivas, no distingue entre sentencias de fondo y de forma, por lo cual el intérprete no puede hacer tal distinción; que, siendo definitiva la que, como en el caso de autos, decidió sobre un presupuesto de la acción, cabe contra ella el recurso de casación, aunque no decida el fondo del litigio.

En otro pasaje de su alegato, dice el recurrente que la Corte, en Sala de Casación Civil, ha admitido en algunos fallos el recurso extraordinario por violación del artículo 209 del Código Judicial, que califica de sustancial, lo que indica que el precepto se refiere a los presupuestos de la acción y no a los del juicio; que, por lo mismo, no se puede aplicar mecánicamente a la demanda con acciones acumuladas, sin violar la citada norma, la doctrina de los presupuestos procesales y decir que se está en un caso de demanda en forma indebida, porque lo que hay es la ausencia de un presupuesto de la acción; que la Sala Laboral al sostener que la sentencia que declara una inhibitoria para decidir el fondo del litigio no es definitiva, conforme al artículo 86 del Código de Procedimiento Laboral, por lo cual no cabe contra ella el recurso de casación, identifica las sentencias estimatorias con las definitivas, negándoles tal carácter a las desestimatorias; que tal equivalencia es errónea, pues definitivas pueden ser tanto las sentencias desestimatorias como las estimatorias de la acción; que cuando la acción se desestima por considerársela incompatible con otra, el fallador ha debido efectuar previamente un examen de su naturaleza, para llegar a la conclusión de que no es posible declararlas simultáneamente, o una con prescindencia de la otra, lo que equivale a negarle al actor el derecho de presentar ambas acciones en el mismo proceso o en otro cualquiera; que tal decisión es definitiva, porque si el actor en un nuevo proceso insiste en estimar que las

acciones son conciliables, el Tribunal repetirá su anterior resolución, contra la cual no cabría el recurso de casación. Finalmente, el alegato hace el estudio de las acciones que consagran los artículos 216 y 204 del Código Sustantivo del Trabajo, y llega a la conclusión de que si se deducen las dos acciones allí establecidas, en forma concurrente, el juzgador puede acogerlas ambas, disponiendo que del monto de la indemnización plenaria se deduzca el correspondiente a la especial.

PARA RESOLVER LA CORTE CONSIDERA:

1. El Código Judicial, en el numeral 1º de su artículo 466, dice que es sentencia la resolución judicial que decide definitivamente sobre la controversia que constituye la materia del juicio o sobre lo principal de éste, sea que se pronuncie en primera o segunda instancia, o a virtud de recurso extraordinario.

El artículo 471 ibídem, normativo de la forma de la sentencia, dice en su inciso segundo que su parte resolutiva debe contener, con la debida separación, el pronunciamiento correspondiente a cada uno de los puntos litigiosos, dando su derecho a cada una de las partes, todo bajo la fórmula que allí establece, y su último inciso, que la sentencia debe guardar consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

La sentencia, según las normas legales anteriores, debe definir la controversia y recaer sobre las pretensiones, deducidas por el actor en su demanda y las propuestas por la parte demandada, ya a través de excepciones, ora en el libelo de mutua petición.

La resolución judicial que no se acomode al derrotero que marcan los ordenamientos en cita, aunque adopte la forma de la sentencia, no es un acto procesal de tal naturaleza.

Ahora bien: el Código Procesal del Trabajo, en su artículo 86, somete al recurso de casación las sentencias definitivas dictadas por los Tribunales Seccionales (hoy Salas Laborales de los Tribunales Superiores) en los juicios ordinarios de cuantía superior a $ 4.000.00.

Por sentencia definitiva, dijo el antiguo Tribunal Supremo, en auto del 9 de noviembre de 1955 —juicio de Miguel Insignares contra Raymond Pile Company of South America—, siguiendo al tratadista José Chiovenda, se entiende la resolución judicial que decide sobre la controversia, esto es, sobre el fondo del asunto litigioso, sea porque acoja la demanda del actor dirigida a obtener el reconocimiento de la existencia de una voluntad de ley que le garantice un bien, sea porque la rechace en atención a que esa voluntad de ley no existe o es inaplicable, o su mandato se lo garantiza al demandado.

Consecuencia de la anterior doctrina, que esta Sala de la Corte ha reiterado, es la de que, si la sentencia no decide el fondo del litigio, esto es, si no estima o desestima la demanda, no merece el calificativo de definitiva y, por ende, queda sustraída al recurso de casación.

En el asunto litigioso, el Tribunal se declaró inhibido para definir la controversia en el fondo, porque en su concepto la demanda no se formuló en *debida forma,* exigencia constitutiva de un presupuesto procesal, sin el cual la relación procesal no se inicia ni se desarrolla válidamente, obstáculo suficiente para impedir una providencia jurisdiccional de mérito.

Estima el recurrente que, como el artículo 86 del Código de procedimiento Laboral no distingue entre sentencia de forma y sentencia de fondo, la referida providencia debe considerarse como definitiva, pues ve en ella una desestimación de la acción.

A ello observa la Sala que, si bien el precepto legal no hace el distingo de que habla el impugnador, no debe ser interpretado aisladamente sino en armonía con lo previsto en los artículos 466 y 471 del Código Judicial, antes citados. Siguiendo este derrotero, se llega a la conclusión de que, en la casación laboral, es la sentencia de fondo la que admite el recurso extraordinario, y no la decisoria del proceso.

En el supuesto de que el Tribunal se hubiera equivocado al sostener que eran incompatibles las acciones sobre condena al pago de indemnización plenaria de perjuicios y la especial tasada por la ley, la equivación no convierte su fallo inhibitorio en fallo desestimatorio de la acción.

No es cierto —como lo afirma el recurrente— que la Sala Laboral haya sostenido la tesis de que sólo son definitivas las sentencias estimatorias de la acción y no las que la desestiman. Para la Sala también son definitivas las que rechazan la acción, sea porque el derecho no exista, o porque existiendo, no lo acreditó el demandante, o por falta de interés jurídico, o porque en el juicio el demandado logró demostrar un hecho impeditivo de la constitución del derecho u otro que lo extinguió si alguna vez tuvo existencia. Acerca de este punto su criterio no es distinto del que preconiza la doctrina procesal.

Conviene advertir, para evitar errores de interpretación, que si el fallador en la motivación de la providencia estudia la acción en el fondo y la halla improcedente, la sentencia, aunque adopte una resolución de abstención, debe ser considerada como desestimatoria de la acción,

para los fines del recurso extraordinario. El oficio del Juez es decidir la litis y ha de verse una resolución en tal sentido cuando rechaza la acción aunque la sentencia concluya con una declaración inhibitoria. En el caso de autos la sentencia se limitó a confrontar las acciones sobre indemnización de perjuicios con la norma reguladora de la acumulación objetiva, desde el punto de vista procesal únicamente y no frente a los preceptos de derecho sustancial que las gobiernan.

2. La sentencia normalmente debe definir las cuestiones planteadas en el juicio por los litigantes, ya que su misión fundamental es ésa, no la de definir cuestiones atinentes a la simple relación procesal. Las resoluciones de tal naturaleza se han abierto campo en la jurisprudencia, por la consideración fundamental de que el Juez, para resolver sobre el fondo, debe antes examinar si el proceso se ha constituído regularmente. Si hay vicios que lo afecten, no le está permitida la decisión de mérito, a pesar de que encuentre establecida la acción. Ello explica por qué al lado de las definitivas puede haber sentencias sobre el proceso, esto es, resoluciones judiciales decisorias de la relación procesal únicamente. De esta clase fue la proferida por el Tribunal en el caso que se examina.

3. Critica el recurrente el procedimiento de acudir al fallo inhibitorio, con base en la ausencia de un presupuesto procesal, como el observado por el Tribunal, pues si la demanda se admitió, no siendo el caso, y el juicio siguió su curso, lo procedente es el fallo de fondo y no la decisión sobre la forma. La censura es valedera contra el sistema legislativo vigente y apta para propiciar una reforma, como la propuesta por el Proyecto de Código Judicial sometido al estudio del Congreso, de la cual hace mérito el alegato que sustenta el recurso; pero referida al funcionario judicial, carece de fundamento.

Las reglas imperantes sobre control de la legalidad del proceso, ofrecen serios reparos, pues no se fundan en principios sistemáticos sino en criterios diversos, sin la debida correspondencia, permitiendo así el denuncio de irregularidades que lesionan su estructura en la fase preliminar, durante su desarrollo, en casación, y aun después de terminado. Las excepciones dilatorias al constituírse la relación procesal, las nulidades, observadas oficiosamente por el Juez o propuestas por las partes, la excepción de nulidad al ejecutarse la sentencia de condena, la impugnación en casación por vicios de forma, la acción de revisión en un nuevo proceso, ponen de prese la inconveniencia del régimen legislativo vigor.

Así las cosas, obligado el fallador a velar p que el proceso se constituya y desenvuelva leg mente, no se le puede reprochar que en prime o en segunda instancia, se abstenga de la decisi de mérito y se limite a desatar únicamente relación procesal por haberse incurrido en vi que le impida la producción de sus efectos.

El que denuncia el Tribunal en su resoluci ha sido considerado por la jurisprudencia co constitutivo de un presupuesto procesal. La d trina sobre el punto a la cual se refiere la pro dencia de segundo grado, se halla contenida la sentencia del 21 de julio de 1954 (G. J. 2144, ps. 98 y siguientes). La ha seguido e Sala de la Corte en varios proveídos, entre otr en el auto de 22 de agosto de 1961 (juicio Francisco Evelio Huertas contra el Municip de Guateque), acogido por el Tribunal al deci la reposición contra el auto que denegó el recu de casación.

4. El artículo 209 —arguye el recurrente— de derecho sustancial y no simplemente pro sal, por lo cual su quebranto es acusable casación. Anota la Sala que, cuando en fallo fondo, se niega una acción por estimarse inco patible con otra, si la decisión es equivocada mite su ataque en casación. Pero como no está en presencia de un fallo de tal índole, argumento es ineficaz.

Que la norma pueda estimarse como de de cho material, no impide ver en ella natural procesal, si en concepto del juzgador la dema de instancia acumula objetivamente acciones c trarias, que al momento del fallo impidan decisión de mérito. Fue este el aspecto que Tribunal tuvo en cuenta. En vista de tal en ciamiento, carece de fuerza el reparo de que previsión legal regula la acción y no los supuestos procesales.

5. La casación del trabajo, a diferencia d civil, no acoge las causales por errores o vi de actividad. De manera que, si por ejem el Tribunal se abstiene de fallar un negocio su competencia y así lo declara en el fallo, c tión que toca con uno de los presupuestos cesales, la sentencia de segundo grado, en pro civil, es acusable mediante el recurso extrao nario (art. 520, numeral 7º). La diversa est tura del recurso en los dos procesos sirve explicar por qué en materia civil un fallo s

stión meramente procesal puede abrir las ertas al mencionado recurso.

Por lo expuesto la Corte Suprema —Sala de sación Laboral— estima bien denegado el urso de casación y así lo declara. Dese cuenta esta providencia al Tribunal de origen.

Notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese el expediente.

Luis Alberto Bravo, Luis Fernando Paredes A., Roberto De Zubiría C., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONTRATISTAS INDEPENDIENTES Y PRESUNCION DE CONTRATO DE TRABAJ CONFESION. — LIBERTAD CONTRACTUAL

Las pruebas demuestran una evidencia contraria a la aceptada por la sentencia conden toria. El actor prestó servicios a la empresa, mas no en virtud de un contrato de traba sino en su condición de contratista independiente. Valor probatorio de la confesión. El tr bajo y la libertad contractual.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Es cierto que las declaraciones allegadas acreditan que el actor prestó servicios a la sociedad demandada en la ejecución de varios contratos, pero ellas demuestran principalmente que ese trabajo no fue ejecutado siempre mediante la actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo, sino que se valió también de socios y de ayudantes a quienes él contrataba, despedía y pagaba sus salarios. De esta suerte, si la prueba testimonial no acredita que el demandante ejecutó por sí mismo los trabajos contratados por la sociedad demandada, mal puede entenderse esa relación de trabajo personal, como la constitutiva del primer elemento esencial requerido para que pueda tener existencia un contrato de trabajo, o para que pueda constituír el soporte que permita presumir la existencia del mismo, con aplicación del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que el hecho indicador, que sirve de base a la presunción allí consagrada, no resulta acreditado conforme a las exigencias legales.

2. Si bien el precepto del artículo 606 del Código Judicial se refiere al proceso civil, no es desatendible en el del trabajo, pues aun cuando para el juez laboral no sea obligatoria la tarifa de la ley, en la formación de su convencimiento debe atenerse a las reglas de la sana crítica, como lo dispone el artículo 61 del Código Procesal Laboral, y son ellas las que han conducido al legislador a darle el valor de plena prueba a confesión judicial simple, mientras no s revocada con observancia de los requisit impuestos en el citado artículo 606.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SAL DE CASACION LABORAL.—Bogotá, D. I catorce de abril de mil novecientos sesenta dos.

(Magistrado ponente, doctor Luis Fernan Paredes A.).

Marco Antonio Rúa, por medio de apoderad promovió juicio ordinario laboral, contra la s ciedad "Industrias Roca Ltda.", representa por el doctor Alberto Vélez Escobar, para q fuese condenada a pagarle las sumas que result probadas, por concepto de cesantía, vacacion prima de servicios, descanso remunerado en d mingos, festivos, religiosos y nacionales, inde nización moratoria y costas del juicio.

Refieren los hechos que sustentan la acció que Marco Antonio Rúa prestó servicios per nales dependientes a Industrias Roca Ltda., calidad de pegador de baldosas, con un sala que fluctuaba entre $ 50.00 y $ 70.00 semanal y durante el tiempo comprendido entre el m de julio de 1950 y el 15 de agosto de 1958. Q "laboraba en comunidad con los señores L Octavio Ochoa y Alfonso Rúa, y el pago se ha a favor de los Rúa e indistintamente firmál mos todos. Una vez recibido el pago total r partíamos por terceras partes". Que la empr demandada les suministraba toda clase de ma

les y los vigilaba e impartía órdenes, por con-
:to del señor Gustavo Escobar, encargado ge-
ral de las obras. Que se les pagaba por unidad
obra determinada suma por cada metro cua-
ado, según la época y de acuerdo con la direc-
n y figura de la baldosa que se colocara. Que
mpre "trabajábamos semanas completas du-
nte todos los días hábiles de cada semana, y
n más de las cuarenta y ocho horas en cada
nana, no obstante lo cual nunca se nos pagó
nguna suma por concepto del descanso remu-
rado en domingos, festivos religiosos y nacio-
les". Que nunca se le concedieron vacaciones
se le compensaron en dinero, ni se le ha pa-
do suma alguna por prima de servicios y cesan-
. En derecho, invocó los artículos 309 y si-
ientes, 306 y siguientes, 172 y siguientes, 127
iguientes, y 65 del Código Sustantivo del Tra-
jo; Ley 6ª de 1945, Decretos 2158 de 1948 y
3 de 1951.

La sociedad demandada, por medio de apode-
do, al dar respuesta a la demanda, niega el
ntrato de trabajo, diciendo que el actor fue
ntratista independiente que, con autonomía
:nica y directiva, asumiendo sus propios ries-
s y con el concurso y asocio de otras personas,
:ebró contratos de obra con Industrias Roca
da. Dice que es cierto que el demandante en
ocio de los señores Luis Octavio Ochoa y Al-
nso Rúa y de otras personas, ejecutó las obras
ntratadas. Que esos contratos fueron celebra-
s por la empresa, indistintamente con el de-
ndante o con sus asociados, antes nombrados.
ega, en lo sustancial, los hechos de la demanda
se opone a que se hagan las declaraciones pe-
las. Propuso las excepciones de prescripción
a que denomina genérica, según la definición
al.

El Juez del conocimiento, que lo fue el Quinto
Trabajo de Medellín, desató la controversia
sentencia de 26 de enero de 1959, por la que
ndena a Industrias Roca Ltda., a pagar al de-
ndante Marco Antonio Rúa, la cantidad de
.268.44, así: "por cesantía $ 1.494.13, por
:aciones $ 284.35, por prima de servicios
65.30, por descansos obligatorios $ 1.024.66".
suelve a la demandada de los demás cargos
mulados y no condena en costas.

Apelaron ambas partes. El recurso de alzada
decidió la Sala Laboral del Tribunal Supe-
r de Medellín, por sentencia de fecha 9 de
rzo de 1959, con un voto disidente. Esta pro-
encia confirma la del *a quo*, "con la *reforma*
que las sumas a pagar son las siguientes:
Mil cuatrocientos sesenta y ocho pesos con
enta centavos ($ 1.468.80) por cesantía;
Cuatrocientos ochenta y nueve pesos con se-
senta centavos ($ 489.60) por vacaciones; c) Se-
tecientos treinta y cuatro pesos con cuarenta cen-
tavos ($ 734.40) por prima de servicios, y d) Mil
quinientos cincuenta y tres pesos con cuatro cen-
tavos ($ 1.553.04), como remuneración del des-
canso en domingos y festivos".

La parte demandada interpuso el recurso de casación, que le fue concedido. Admitido por la Sala y debidamente preparado, se procede a decidirlo, teniendo en cuenta la demanda presentada. No hubo escrito de réplica.

EL RECURSO

Alcance de la impugnación.

Persigue la casación total de la sentencia impugnada, para que, en su lugar, se absuelva a la sociedad de todas las peticiones de la demanda inicial.

Con base en la causal primera del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo, formula un solo cargo.

Acusa la sentencia de violar indirectamente y por aplicación indebida, como consecuencia de errores manifiestos de hecho en la apreciación de las pruebas que indica, los artículos 22, 23, 24, 172, 173, 174, 176, 177, 186, 189, 249, 253 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo y, por no haberse aplicado, el artículo 34 de la misma obra y los artículos 2053 y siguientes del Código Civil.

Señala como pruebas mal apreciadas los testimonios de Gabriel Casas (folio 12), Gabriel Arteaga (folio 13), Bernardo Rojas (folio 17), Luis Enrique Vásquez (folio 18), Fernando Rúa (folio 55) y Luis Octavio Ochoa (folio 56); carta del representante de la sociedad demandada (folio 19); posiciones absueltas por el demandante y por el representante de la demandada (folios 52 y 53); contratos y liquidaciones de los mismos, que aparecen a folios 21 y siguientes; diligencia de inspección ocular (folios 59 y 60).

Dice que el *ad quem*, en el análisis de las pruebas indicadas, trata de configurar la existencia de un contrato de trabajo entre el actor y la compañía demandada, con base en la presunción de que trata el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo. Pero que esas pruebas acreditan lo contrario a lo presumido en la norma legal invocada y ponen en evidencia que entre el demandante y la compañía existió una relación diferente a la laboral, "y más concretamente contratos de obra, o de empresa, o lo que algunos tratadistas llaman 'de resultado'."

Manifiesta que el Tribunal para colocar el caso *sub judice* dentro de la presunción del artículo

24 del Código Sustantivo del Trabajo, entresacó de las pruebas que se han mencionado, algunas frases, que apenas representan una verdad mutilada, pero que, si se toman en conjunto armonizándolas y analizándolas por completo, resulta de ellas que Rúa no trabajó solo, sino en asocio de ayudantes, conseguidos libremente por él, y también con una especie de *consocio,* vinculado a él sin la intervención de "Industrias Roca Ltda." que lo fue, en la mayoría del tiempo, Luis O. Ochoa. Que cuando la citada norma habla de relación de trabajo personal, debe entenderse que es exclusivamente personal y no trabajo en grupo o con consocios y ayudantes. Que si el trabajo no es exclusivamente personal, la presunción se desquicia y no puede obrar.

Que la presunción de que se viene hablando, como legal que es, se destruye y no opera en un determinado caso o litigio, cuando de las pruebas presentadas resulta que en la relación a estudio no están comprendidos los elementos que integran o definen el contrato de trabajo según el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. Que en el caso de autos se probó que faltaban, no uno sino varios de esos elementos. El acusador examina cada uno de los elementos del contrato frente a las pruebas relacionadas, cuyo texto en lo pertinente, da a conocer. Con relación a la actividad personal del trabajador, dice que con las pruebas analizadas, en su mayoría originarias de la misma parte demandante, se demuestra que en el caso presente no está acreditada la actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo, pues que era una actividad compartida, múltiple, con intervención de personas conseguidas y pagadas por el actor, por su cuenta y riesgo.

Analiza el cargo los otros dos elementos del contrato de trabajo (salario y subordinación o dependencia del trabajador al patrono) y llega a las siguientes conclusiones:

"Del examen de las pruebas resulta claro que no puede darse el nombre de salario a lo que recibía el actor Rúa, ya que ello no representaba para él un jornal diario, ni tampoco una contraprestación a destajo o por unidad de obra, pues, para el resultado económico final, estaban en juego factores que dependían de él, de terceros o del azar, pero no de "Industrias Roca Ltda". Dice, al efecto, que el beneficio pecunario de Rúa tenía, entre otras cosas, las siguientes contingencias: el número de ayudantes, la habilidad de éstos, su salario y el pago o no de prestaciones sociales; la participación del consocio, la continuidad o falta de su aporte personal al trabajo; el cumplimiento de las bases generales sobre forma y calidad en la obra, porque si no estaba bien ejecutada no era recibida y había el riesgo de repetirla; el precio de materiales —exceptuando baldosas— porque tenía libertad para conseguirlos, y, en fin, una serie de circunstancias aleatorias, propias de los contratos civiles y que no se encuentran en el contrato de trabajo.

Por lo que hace al elemento de la continuada dependencia o subordinación, luégo de analizar las pruebas que señala como erróneamente apreciadas, en su propósito de demostrar que ellas destruyen la presunción contenida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, que aplicó el sentenciador, expresa que de esas piezas se desprende que Industrias Roca Ltda. y Rúa acordaban previamente las bases generales de un determinado trabajo y fijaban un valor en relación con el metro cuadrado de obra entregada a satisfacción; que la compañía daba anticipos semanales, de acuerdo con el visto bueno de su empleado Escobar; que el contratista se responsabilizaba de los materiales, que le eran suministrados a crédito, mediante cargo en una cuenta especial, o que podía adquirir libremente en el comercio, con excepción de la baldosa; que había un consocio y ayudantes vinculados libremente por Rúa a su labor; que no había horarios de trabajo, ni reglamento, ni órdenes permanentes o continuadas; que Rúa podía trabajar mucho o poco y a la compañía demandada no le interesaba esto, pues únicamente le importaba encontrar un resultado satisfactorio en la obra, es decir, tantos metros de baldosas colocadas de acuerdo con las especificaciones previstas; que el señor Escobar, a nombre de Industrias Roca Ltda., no era un superior jerárquico de Rúa ni menos de los ayudantes y consocios de éste, pues sus visitas a las obras se limitaban a vigilar el cumplimiento de lo convenido, de la misma manera como la persona que ordena la confección de un traje o de un mueble para su casa, revisa los detalles y la marcha de la obra, bien para entregar dinero a cuenta o simplemente para controlar la ejecución, según lo deseado y convenido. No había subordinación técnica, ni económica, ni tampoco lo que la doctrina llama subordinación jurídica, o sea el derecho del empleador de dirigir, de dar órdenes, de fiscalizar la actividad del trabajador, encauzarla, interrumpirla o hacerla cesar en cualquier momento, y la consiguiente obligación del último de someterse a esas órdnes directas, o bien a las de los agentes o representantes del patrono y a sus reglamentos y horarios.

Más adelante, el impugnador manifiesta que la sentencia recurrida tiene también una argumentación equivocada, cuando dice que el opositor ha debido demostrar que las relaciones entre

demandante y demandado estaban regidas por un contrato de obra, de orden civil, ya que, a su juicio, para destruír la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo basta acreditar, como se hizo en el debate, que no estaban presentes los elementos integrantes del contrato de trabajo. Que el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, más que una definición del llamado contrato de obra, trae algunos principios o normas para deducir responsabilidad solidaria al beneficiario de un trabajo y al simple intermediario. De ahí que no pueda decirse con propiedad, que deba aplicarse lisa y llanamente la disposición citada, pues que para saber si en un caso se está o no en presencia de un contratista independiente, debe examinarse la cuestión con apoyo no sólo en la norma legal sino, también, teniendo en cuenta las características de esta figura jurídica que describen la doctrina y la jurisprudencia en nuestro país.

Termina el cargo expresando que la sentencia impugnada, después de haber sentado la errada premisa de que existió contrato de trabajo, pasó a idear un mal llamado salario para el actor y a liquidar prestaciones sociales que se contemplan en la parte resolutiva de la misma. Que ese error engendró otro, que hizo se violaran las disposiciones que consagran los derechos para los trabajadores asalariados, que no tienen aplicación para los contratistas independientes, puesto que si no hubo contrato de trabajo, no hay lugar a reconocer prestaciones sociales y debe subsanarse el error, mediante una absolución total de la empresa demandada.

Se estudia el cargo.

EXAMEN DE LAS PRUEBAS

Lo limita la Sala a la de confesión, a la testimonial y a la documental que recoge los contratos escritos suscritos por las partes. Prescinde del certificado de la empresa (folio 19), porque emana de la propia parte demandada, que, dado su interés en el pleito, hace que esa prueba no sea atendible; de la llamada "diligencia de inspección ocular", porque del acta respectiva no aparece constancia de hechos y circunstancias observados por el Juez. En realidad, este funcionario en esa diligencia se limitó a oír el testimonio del representante legal de la empresa demandada. El examen probatorio de la Sala se dirige principalmente a saber si está o no acreditado en el juicio el elemento de la actividad personal del trabajador del cual se valió el Tribunal para deducir la existencia de un contrato de trabajo, con aplicación del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

I. *Confesión provocada del demandante* (folio 52).

En las respuestas a las preguntas 2ª, 3ª, 4ª, 5ª, 6ª, 7ª, 8ª, 11, 12 y 19 del pliego de posiciones (fs. 48 a 50 y 52), el demandante admite como ciertos los siguientes hechos, afirmados por la contraparte: que celebró, a partir del año de 1950, varios contratos de obra con Industrias Roca Ltda., para la colocación de baldosas en diversos edificios y locales; que para los trabajos el demandante, en distintas ocasiones, contrató los servicios de uno o varios ayudantes, a quienes pagaba por su cuenta los salarios estipulados; que los contratos fueron ejecutados por el demandante, en asocio de los señores Alfonso Rúa y Luis Octavio Ochoa, y algunos de ellos por éstos únicamente, repartiéndose las ganancias entre los tres; que no tenía obligación de prestar personalmente el servicio de embaldosador, sino que lo podían ejecutar Alfonso Rúa o Luis Octavio Ochoa; que la sociedad no tuvo intervención en la escogencia del personal de ayudantes y no le exigió a éstos, al actor, a Ochoa ni a Alfonso Rúa, horario de trabajo, ni les impuso reglamento; que las herramientas para los trabajos eran de su propiedad, o de sus compañeros o ayudantes; que las bases de los acuerdos sobre las cuales debería ejecutarse cada contrato eran convenidas por el actor o sus socios Alfonso Rúa y Luis Octavio Ochoa por una parte, y la sociedad demandada por la otra y que ésta se limitaba a ver que el contrato se desarrollara de acuerdo con lo convenido inicialmente y a recibir la obra a satisfacción.

II. *Los testimonios.*

Gabriel Casas (folio 12). Afirma el declarante que Marco Antonio Rúa celebró varios contratos con Industrias Roca Ltda., para la colocación de baldosas, contratos que ejecutó en asocio de Luis Octavio Ochoa; que éste y el actor, trabajaban juntos o separadamente, por lo cual los contratos podían ser ejecutados por ambos o por cualquiera de ellos, con colaboración de un ayudante que tenían, que era el señor Alfonso Rúa, quien era nombrado y pagado por el demandante, sin que le conste que la sociedad demandada tuviese alguna intervención en cuanto a nombramiento de los ayudantes de los trabajadores; que "no se les impuso horario de trabajo, pero por norma general era el horario de 7 de la mañana a 5 de la tarde".

Gabriel Arteaga (folio 13). Dice el testigo, que Marco Antonio Rúa "fue un contratista independiente de la sociedad demandada con quien celebró varios contratos"; "sé que el demandante tenía un ayudante". Agrega que el demandante hizo dichos contratos "en asocio de Alfonso Rúa y Luis Ochoa, desde luego que no todos"; que el salario de los ayudantes era pagado por Rúa.

Bernardo Rojas (folio 17). Afirma el declarante que Marco Antonio Rúa trabajó al servicio de la sociedad demandada, por contrato, como embaldosador; que Octavio Ochoa era compañero de Rúa como contratista y que tenían un ayudante a quien le pagaban un salario diario, y quien era nombrado por Rúa; que si el contrato dejaba utilidades, eran repartidas entre Rúa y Ochoa; agrega que cada uno de los señores Rúa y Ochoa reclamaban setenta pesos por semana y a cuenta del contrato; que la liquidación definitiva no obedecía siempre a la terminación del respectivo contrato, pues en ocasiones se hacían liquidaciones de acuerdo con lo ya hecho; que la sociedad tenía su encargado de obra, que era el señor Gustavo Escobar "quien nos vigilaba y nos iba suministrando el material a medida que se fuera necesitando", y, agrega más adelante, que "la presencia de don Gustavo obedecía más que todo a cerciorarse sobre si el trabajo estaba o no ejecutado de acuerdo con las especificaciones convenidas"; dice también que "una vez pagado el ayudante lo que sobraba era repartido por mitades entre Ochoa y Rúa".

Fernando Rúa (folio 55). Manifiesta el testigo que conoció al demandante trabajando desde principio del año de 1952 hasta septiembre u octubre de 1958, como embaldosador al servicio de la sociedad demandada; que el demandante carecía de salario fijo, pues su retribución dependía de la cantidad de metros embaldosados, pero que en promedio pudo ganar entre $ 70.00 y $ 80.00; que tenía un ayudante pagado y nombrado por él. Que también tenía el actor "un compañero con el cual realizaba los trabajos" y que si "dicho contrato arrojaba utilidades eran repartidas entre los dos"; que el demandante no estaba sujeto a horario y que los elementos de trabajo eran de propiedad de Rúa; que "las obras eran ejecutadas indistintamente por Rúa y Ochoa".

Luis Octavio Ochoa (folio 56). Dice el declarante, que fue compañero de trabajo del actor. que "cuando había necesidad de ayudante era pagado por Rúa y yo. Nosotros nombrábamos y despedíamos libremente a dicho ayudante"; e ayudante podía ganar $ 3.00 o $ 4.00 al día; qu "los contratos eran ejecutados indistintament por Rúa y yo. No estábamos sujetos a horario sin perjuicio de que don Gustavo nos hiciera exi gencias al respecto; que si en algún trabajo hab utilidad "así fuera en distintos frentes de traba jo, era repartida entre Rúa y yo". Que la em presa no les impuso ningún reglamento de tra bajo.

III. *Los contratos entre las partes* (folios 21 a 47 vuelto y 61).

Los documentos privados en que constan lo contratos celebrados por el demandante con In dustrias Roca Ltda., fueron allegados al expe diente, en copias, debidamente autenticadas po el Secretario del Juzgado Primero del Trabaj del Círculo de Medellín, tomadas del juicio ade lantado por Luis Octavio Ochoa contra Indus trias Roca Ltda., que tienen el mismo valor d los documentos originales, conforme a lo previst por el artículo 648 del Código Judicial, por habe sido expedidas conforme a lo allí previsto. E de advertir que la mayor parte de esos instru mentos aparecen suscritos por Luis Octavi Ochoa; otros, conjuntamente por éste y por e demandante Marco Antonio Rúa, lo que está d acuerdo con lo dicho por el actor en el hecho 2º de la demanda, en cuanto afirma que laboraba e comunidad con Luis Octavio Ochoa y Alfons Rúa, que el pago se hacía a favor de "los Rúa" y que "indistintamente firmábamos todos". Lo contratos a que se hace referencia, son todos igua les en sus estipulaciones. Su objeto se determin diciendo que consistirá en la colocación de u número determinado de metros de baldosas, in dicándose el valor de cada metro, forma de pag y plazo para la entrega de la obra, que el con tratista se compromete a ejecutar "bajo su abso luta responsabilidad y dirección". La cláusul 4ª dispone: "el contratista tendrá a cargo la di rección técnica de su trabajo pudiendo realizarl por sí mismo o con la ayuda de otros trabajado res conseguidos libremente por él y que estará bajo su absoluta dirección y dependencia".

Respecto a la naturaleza de la relación jurí dico-contractual que vinculó a las partes, el fall del Tribunal expresa, lo siguiente:

"Importa definir en primer término el trabaj personal que ejecutaba el demandante en benefi cio de la sociedad demandada, pues esa relació real de trabajo es fundamental para el estable cimiento del contrato de trabajo entre las partes Al contestar el hecho 2º de la demanda se admit

que el demandante... ejecutó las obras contradas', es decir, que sí trabajó personalmente. El que lo hubiese hecho en asocio de otro no orra su propio esfuerzo personal. El testigo Gariel Casas (folio 12) afirma que fue 'compañero e trabajo del demandante' y que el oficio de ste era el suyo propio, o sea embaldosador. Gariel Arteaga (folio 13), empleado de la compañía demandada y testigo aportado por ésta, sosiene que conoció *trabajando* a Rúa con la sociedad demandada. Bernardo Rojas (folio 17), compañero del demandante, dice que éste 'trabajó al ervicio de la sociedad demandada'. En comunicación dirigida al Juez por el gerente de la sociedad demandada, éste afirma que Rúa 'tomó a su argo la ejecución de obras de embaldosado', lo ue bien establece el esfuerzo personal del actor. Fernando Rúa (folio 55) dice también que conoció 'al demandante trabajando' como embaldosador. Y Luis Octavio Ochoa (folio 56) declara, omo compañero de trabajo del demandante, que ste se ocupaba en la labor de embaldosar, al sericio de la sociedad demandada.

"Sostiene la parte demandada que el demandante no estaba obligado a prestar personalmente el servicio. Pero lo que habría que demostrar es que el demandante, en la realidad de las cosas, no prestó el servicio, no ejecutó personalmente las obras encomendadas por la empresa. Y está probado, por lo visto arriba, que sí las ejecutó personalmente. Ya ha dicho esta Sala que el contrato de trabajo está determinado por la realidad y no por el acuerdo de voluntades. Y el juicio sobre una relación de trabajo ha de fundarse en los hechos pasados, históricos, y no en los acuerdos subjetivos, previos. Tampoco es real la sugerencia de que entre el demandante y un tercero existió una sociedad de hecho, que era la prestataria del servicio. Ningún fundamento encuentra al observación en los autos, pues la circunstancia e que el demandante compartiera el trabajo con tro, recibiendo en cambio un dinero que entre mbos partían, no es demostrativa del fenómeno urídico complejo llamado sociedad. Faltan todos os elementos que configuran ese contrato.

"Demostrada la relación de trabajo, se presume la existencia de un contrato de trabajo entre as partes (artículo 24 del Código)".

En seguida, el sentenciador se detiene en el xamen de la afirmación hecha por la sociedad e que el demandante era un contratista indeendiente, que ejecutaba, con autonomía técnica directiva, las obras que se le encargaban y para llo realiza un análisis de los elementos y requitos que en su concepto son necesarios para congurar el contrato de obra, conforme al artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, apoyándose, principalmente, en la prueba testimonial de que antes se ha hecho mérito, y agrega:

"Como se ve, en el caso de Rúa faltan los requisitos fundamentales para el contrato de obra, lo que quita todo fundamento a la oposición de la parte demandada. Queda, pues, en pie la presunción de existencia del contrato de trabajo fundada en la prestación personal de un servicio. Imponiéndose la presunción, sobra todo alegato referente a la subordinación, fenómeno jurídico elusivo (sic). No tiene que demostrar el trabajador la dependencia, pues la presunción lo protege. Y frente a tal presunción, el patrono sólo se defiende mediante la prueba positiva de existencia de una relación jurídica diferente. O sea, que el fenómeno de la subordinación queda marginal.

"En cuanto al salario, la dificultad o imposibilidad en su determinación no conducen a la negativa de su existencia. Es ese un fenómeno adjetivo, sin trascendencia. El demandante percibía una remuneración a cambio del servicio prestado. Eso es el salario.

"Los contratos o documentos que figuran en copia de folios 21 a 47 del expediente no constituyen prueba eficaz para el establecimiento del contrato de obra. En primer término, tales escritos se refieren más bien, y principalmente, al recibo de una cierta cantidad de dinero. En segundo lugar, y en la parte que podría llamarse contractual, situada en el anverso —son exactamente iguales al que figura en el folio 61— tienden simplemente a enmascarar la realidad de las cosas, según lo arriba determinado. Finalmente, la gran mayoría de estos documentos están suscritos por un Luis A. Ochoa, ajeno al pleito mismo.

"Al contestar la pregunta primera en posiciones, Marco Antonio Rúa admite (folio 52) que era contratista independiente, pero esta expresión jurídica, de un valor específico, sólo para iniciados, ningún sentido tiene en boca de persona ignorante y de educación apenas primaria. Igual confusión surge de algunas otras respuestas del demandado, por las cuales podría establecerse la existencia del fenómeno jurídico, pero que carecen de trascendencia por lo ya dicho".

LA CORTE CONSIDERA:

Según se observa de los apartes de la sentencia que se dejan transcritos, el *ad quem* deduce la existencia de un contrato de trabajo entre Industrias Roca Ltda. y el demandante Marco Antonio Rúa, del hecho de encontrar demostrada una relación de trabajo personal entre las par-

tes, que le permite dar aplicación a la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, puesto que, en su concepto, ella no pudo ser desvirtuada en el proceso.

La Sala encuentra equivocado el análisis y estimación que de las pruebas hace el Tribunal, no sólo en cuanto se refiere a la relación de trabajo personal, sino también en su razonamiento encaminado a no aceptar como demostrado el hecho exceptivo alegado por la demandada, consistente en que el trabajador Rúa fue un contratista independiente que le prestó sus servicios, pero no en forma subordinada.

Por lo que hace al primer elemento —prestación personal del servicio— el sentenciador lo deduce de la prueba testimonial, valiéndose para ello de algunas frases, expresiones o conceptos entresacados de las declaraciones de Gabriel Casas, Bernardo Rojas, Fernando Rúa y Luis Octavio Ochoa, cuando éstos afirman que el demandante Marco Antonio Rúa "ejecutó las obras contratadas", o, "que fue compañero de trabajo del demandante", o "que éste trabajó al servicio de la sociedad demandada" o que el testigo conoció "al demandante trabajando", y otras expresiones semejantes, tomadas parcial o aisladamente, sin verificar un análisis completo de cada testimonio. Sin embargo, analizadas esas pruebas en su integridad, individual o conjuntamente, sobre lo expuesto en relación con los hechos que se tratan de esclarecer y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, sin esfuerzo alguno la Sala llega a una convicción fundamentalmente contraria a la del sentenciador de instancia, pues si bien ellas acreditan que el demandante prestó servicios a la sociedad demandada en la ejecución de varios contratos, demuestran principalmente que ese trabajo no fue ejecutado siempre mediante la actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo, sino que se valió, también, de socios y de ayudantes a quienes él contrataba, despedía y pagaba sus salarios. De esta suerte, si la prueba testimonial no acredita que el demandante ejecutó por sí mismo los trabajos contratados por la sociedad demandada, mal puede entenderse esa relación de trabajo personal, como la constitutiva del primer elemento esencial requerido para que pueda tener existencia un contrato de trabajo, o para que pueda constituír el soporte que permita presumir la existencia del mismo, con aplicación del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que el hecho indicador, que sirve de base a la presunción allí consagrada, no resulta acreditado conforme a las exigencias legales.

Por otra parte, el demandante confesó, tanto en las posiciones que absolvió en el juicio como en lo afirmado al relatar el hecho segundo de la demanda, que su trabajo lo ejecutó "en comunidad con los señores Luis Octavio Ochoa y Alfonso Rúa" y que el pago de las obras contratadas y que ejecutaban en comunidad, "se hacía a favor de los Rúa e indistintamente y firmábamos todos"; que "una vez recibido el pago total nos partíamos por terceras partes"; que no se obligó a prestar personalmente el servicio; que trabajó en asocio de las personas nombradas antes, con quienes se dividía las ganancias obtenidas; que las obras contratadas (colocación de baldosas) las ejecutó, unas personalmente, otras con Luis Octavio Ochoa y Alfonso Rúa, y muchas de ellas por éstos únicamente, colaborando, en las labores, ayudantes bajo su dependencia a quienes el demandante nombraba, despedía y pagaba sus salarios, sin que al respecto hubiera tenido la empresa intervención alguna, y que, además, no estaba sujeto a horarios ni a reglamentos de trabajo. El Tribunal se limita a hacer un análisis superficial de esta prueba de confesión, para desecharla, y en cambio, opone a ella la prueba testimonial, con argumentos y razones que la Sala encuentra equivocados y contrarios a la realidad procesal y a los principios científicos que informan la crítica de la prueba, ya que la sentencia desestima elementos que arrojan una evidencia indudable acerca de los hechos que la parte demandada trató de demostrar. En efecto, lo que esas pruebas acreditan con evidencia, es que las relaciones jurídicas que existieron entre Marco Antonio Rúa y la sociedad Industrias Roca Ltda., dieron lugar a contratos de obra y no de trabajo.

En apoyo de lo que se deja consignado y para rebatir la tesis del Tribunal, la Sala considera oportuno y suficiente transcribir, en lo pertinente, lo que tuvo oportunidad de expresar con fecha 12 de febrero del presente año, en el fallo de casación que decidió el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, dictada en el juicio laboral promovido por Gabriel Casas Hernández contra Industrias Roca Ltda., negocio en el que se debatieron las mismas tesis y se examinaron hechos semejantes a los contemplados en el caso *sub lite*. En esa oportunidad dijo esta Sala de la Corte: "No es aceptable el procedimiento adoptado por el fallador. La confesión judicial es plena prueba, conforme a lo previsto en el artículo 606 del Código Judicial, y no es admisible prueba en contrario, a menos que el confesante demuestre haber incurrido en error de hecho excusable o inculpable. Si bien tal precepto se refiere al proceso civil, no es desatendible en el de trabajo, pues aun cuando para el Juez laboral no sea obligatoria la tarifa de la ley, en la formación de su convencimiento

debe atenerse a las reglas de la sana crítica, como lo dispone el artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral, y son ellas las que han conducido al legislador a darle el valor de plena prueba a la confesión judicial simple, mientras no sea revocada con observancia de los requisitos impuestos en el citado artículo 606.

"Entre los medios probatorios que sanciona el derecho, la confesión produce mayor fuerza de convicción que los restantes, pues es la propia parte la que acepta la verdad del hecho afirmado por la contraria, circunstancia que no concurre en las demás pruebas, a menos que se trate de verdades axiomáticas reveladas por la evidencia interna.

"Por lo demás, no es exacto que desvirtúe la confesión del actor la prueba de que hace mérito el Tribunal. Los argumentos que expone no tienen la fuerza de convicción que le atribuye. Un somero análisis de ellos bastará para demostrar su inconsistencia. En resumen, son los siguientes:

"a) La labor cumplida por un trabajador, secundada por ayudantes y compañeros no desfigura el contrato de trabajo ni por tal motivo se convierte en contrato de obra, pues aquél puede necesitar auxiliares que colaboren a su lado.

"Observa la Sala que la situación de hecho descrita por los testigos no es la de que el demandante Gabriel Casas hubiera ejecutado las obras con la colaboración de ayudantes. Presenta dos modalidades concurrentes, así: la ayudada de auxiliares, por una parte, y la realización de algunas obras por asociados del actor, conjunta o separadamente, por otra. Las relaciones jurídicas eran distintas en uno y otro caso: con los ayudantes, de trabajo dependiente; con los demás colaboradores, de asociación, en pie de igualdad. Los asociados, deducidos los salarios de los ayudantes, se distribuían las ganancias, o soportaban las pérdidas, en su caso, asumiendo los riesgos.

"Por lo demás, aun situando los hechos dentro del marco de las relaciones de la primera clase —labor cumplida por el trabajador con la colaboración de ayudantes— si bien es aceptable el razonamiento de que no por ello se desnaturaliza el contrato de trabajo, la tesis no puede aceptarse sin reservas, sino a condición de que el patrono acepte la prestación del servicio en tal forma y siempre que no falte la actividad personal de quien contrajo la obligación de realizarlo.

"b) La sociedad se enteró de que el actor ejecutó el trabajo con la colaboración de ayudantes, por lo cual entre aquélla y Gabriel Casas existió contrato de trabajo, autorizado tácitamente por el patrono.

"La Sala observa que los testigos Arteaga, Rojas, Patiño y Rúa, afirman que los ayudantes eran empleados de Casas, siendo de su cargo el pago de los salarios.

"Según la tesis del Tribunal, patrono de los ayudantes no sería el demandante Casas sino la sociedad. Los testimonios aseveran lo contrario.

"Exige la ley (artículo 23 numeral 1º del Código Sustantivo del Trabajo) que el trabajador ejecute la labor por sí mismo. Tal exigencia la convierte en obligación a cargo del trabajador el artículo 58, inciso 1º, literal a) del mismo Código. Por tanto, si el patrono conviene en que el trabajo lo realice el asalariado con la ayuda de otros, éstos asumen el carácter de dependientes de aquél. Cuando tal cosa ocurra —dice Mario de la Cueva— "el trabajador sustituto o el auxiliar quedan ligados al patrono, lo que quiere decir que éste y no el trabajador será el responsable ante aquéllos y las razones son obvias" (Derecho Mexicano del Trabajo, Tomo 1º, página 600).

"Según la prueba testimonial, los ayudantes de Casas entraron en relaciones de trabajo dependiente con éste. Luego el hecho no puede dar base a la presunción del fallador para deducir que entre las partes alcanzó a configurarse un contrato laboral".

Más adelante, el fallo de esta Sala confuta los argumentos de que se vale el Tribunal para rechazar las estipulaciones contractuales y concluye, así:

"Es doctrina sentada por la jurisprudencia la de que sobre los contratos escritos, prevalece la realidad, si los hechos del proceso demuestran que el trabajo fue subordinado y no independiente. En el caso de autos, la prueba de que se ha hecho mérito confirma lo estipulado en las convenciones escritas. No era, pues, del caso desatender la voluntad contractual, dejándola sin efecto, para sustituírla por otra, sin ningún respaldo probatorio. La libertad contractual, en el derecho del trabajo, se halla sometida a numerosas restricciones por consideraciones de interés general, pero la intervención estatal no va hasta desconocerle valor a las convenciones libremente concertadas, sin vicios del consentimiento, con objeto y causas lícitos y exentos de reparos en cuanto hace al orden público y a las buenas costumbres".

Con base en el análisis probatorio que se ha realizado y en las razones que se han expuesto, la Sala encuentra demostrada una evidencia contraria a la aceptada por el Tribunl, que lleva a la convicción de que en el caso *sub judice* los vínculos jurídicos que ligaron a las partes con-

tendientes, no constituyen relaciones de trabajo subordinado por lo que no existe fundamento para producir las condenas por razón de los derechos y prestaciones reclamados por el trabajador. Prospera el cargo y habrá de casarse la sentencia.

La Corte, para sustentar la decisión que en instancia debe proferir, estima suficientes las razones que se han expuesto anteriormente, al verificar el estudio de la acusación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida, revoca la de primer grado y, en su lugar, ABSUELVE a la sociedad "Industrias Roca Ltda." de todos los cargos de la demanda.

Sin costas.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto De Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONFESION FICTA. — NULIDADES CONSTITUCIONALES. — TECNICA DE LA CASACION LABORAL

Antitécnica e ineficaz formulación de cargos contra la sentencia que condenó a una sociedad de transportes al pago de ciertas prestaciones e indemnizaciones reclamadas por un chofer. La declaración de confesión ficta fue correctamente deducida por el Juez. No hubo violación de las garantías constitucionales. Corrección de errores procesales.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. El primero de los cargos que hace la demanda se enuncia por "errónea interpretación de la ley, como consecuencia de interpretación errónea de la prueba". El planteamiento es defectuoso, porque el falso entendimiento de la ley es ajeno a toda consideración sobre la prueba, como lo ha dicho la Corte en jurisprudencia constante e invariable.

2. Para que la casación sea viable no basta que el fallo incurra en violación de normas reguladoras del juicio, esto es, en vicios de actividad o errores in procedendo, sino en quebranto de disposiciones de la ley sustantiva, conforme a lo previsto en el artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, y, además, que las normas acusadas incidan en la resolución de derecho contenida en la sentencia impugnada.

3. Censura el recurrente el hecho de que la declaratoria de confeso en contra de la parte demandada se hubiera producido sin previo trámite del incidente respectivo, conforme a lo previsto en los artículos 37 y 38 del Código Procesal Laboral. A lo cual observa la Sala que, para la imposición de la sanción establecida en el artículo 56 del Código citado, para el caso de renuencia a la práctica de una inspección ocular, no es necesario agotar incidente alguno.

4. El reparo de que la sentencia que se acusa violó el artículo 26 de la Constitución Nacional, carece de todo fundamento. Las reglas del debido proceso que el canon establece, comprenden: la audiencia previa del demandado, la citación ante Juez competente y la observancia de las formas propias del juicio, todo de conformidad con lo que sobre tales puntos haya prescrito el legislador. La inconformidad del acusador no se refiere a ninguno de los aspectos mencionados, que son los previstos como garantías sociales en el ordenamiento constitucional.

5. Los errores en el trámite se corrigen acudiendo a los medios de impugnación que la ley franquea, dentro del proceso mismo, aun los que hieren la constitución regular de la relación procesal, como son los relacionados en el artículo 448 del Código Judicial. Por lo demás, aun respecto de ellos, aunque estén presentes en el juicio, no son denunciables en casación, a menos que incidan en la competencia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE CASACION LABORAL.—Bogotá, D. E., catorce de abril de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez).

Domingo Steel demandó, por medio de apoderado, ante el Juez del Trabajo de Barranquilla, a la sociedad denominada "Transportes Colón Ltda." (Transcolón), representada por su Gerente Rafael Jamboos, y a éste personalmente,

en forma solidaria, para que previos los trámites del juicio ordinario, se condenara a los demandados a pagarle lo siguiente: cesantía, primas de servicio, vacaciones, remuneración por trabajo en domingos y feriados, con base en el salario que se demuestre en el juicio, y a la indemnización de perjuicios por mora. Pidió también la condena en costas.

Dijo el apoderado del actor en los hechos de la demanda: Que Domingo Steel trabajó como chofer al servicio de Rafael Jamboos, en buses de propiedad de éste, desde el 13 de junio de 1948; que Jamboos constituyó después la sociedad Transportes Colón Ltda., a la cual afilió los buses de que era dueño, continuando al servicio de la compañía hasta el 20 de septiembre de 1957; que durante el tiempo de la relación de trabajo laboró en domingos y feriados, habiéndosele cubierto la remuneración desde octubre de 1956 hasta la fecha de la desvinculación, únicamente; que como remuneración de sus servicios devengó, en el último año de labores, un salario promedio de $ 10.00 darios; que el trabajador sufre de enfermedad no profesional (pérdida de la audición en más de un 70%) y la empresa se ha negado al tratamiento de la dolencia; que al terminar el contrato de trabajo no le fueron cubiertas las prestaciones sociales; que para su pago la sociedad le ofreció la suma de $ 1.500.00, que el empleado rechazó por estimarla perjudicial a sus intereses.

En la primera audiencia de trámite fue contestada la demanda. Negó ésta los hechos en que se apoya. Expuso, además, que el demandante, según consta en acto conciliatorio, recibió el valor de las prestaciones sociales al retirarse de la empresa. Propuso como perentoria la excepción de prescripción.

El Juzgado del conocimiento decidió la litis por sentencia del 18 de noviembre de 1958. En su parte resolutiva declaró probadas las excepciones de prescripción y de petición de modo indebido propuestas por el apoderado de Rafael Jamboos, a quien absuelve de los cargos de la demanda (numeral 1º); condena a la sociedad "Transportes Colón Ltda." a pagar al demandante la suma de $ 4.572.20, valor de la cesantía, primas de servicio, vacaciones y remuneración por trabajo en domingos y feriados (numeral 2º); condena también a la nombrada sociedad al pago de la suma de $ 10.00 diarios a partir del 21 de septiembre de 1957 hasta que se efectúe el pago de la cantidad antes indicada (numeral 3º). No condena en costas.

Apeló la parte demandada. La sentencia de segundo grado, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla, reforma la de primer grado en cuanto a la condena de su numeral 2º, que reduce a la cantidad de $ 4.265, y confirma los numerales 1º, 3º y 4º de la mencionada sentencia, sin costas.

La misma parte interpuso el recurso de casación contra la anterior providencia, que le fue concedido. Admitido aquí por la Sala y debidamente preparado, ha llegado la oportunidad de decidirlo.

LA DEMANDA

Solicita el *petitum* que la Corte infirme la sentencia recurrida en todas las condenas de su parte resolutiva, y, en subsidio, que se declare nula toda la actuación surtida en el juicio desde la audiencia celebrada el 11 de julio de 1958.

Invoca la causal primera de casación y, con base en ella formula dos cargos.

PRIMER CARGO

Acuso la sentencia —dice el recurrente— "por ser violatoria de la ley sustantiva por interpretación errónea y como consecuencia de interpretación errónea de la prueba".

Señala el cargo como violados los artículos 395 del Código Judicial, 37, 38 y 145 del Código de Procedimiento Laboral, por no haberlos aplicado al caso del pleito, y consecuencialmente, el 23 del Código Sustantivo del Trabajo, a causa de error de hecho en la apreciación de una prueba.

Motivan el cargo estas razones:

El Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho en la estimación de la inspección ocular, al sostener que estaban probados los hechos materia de confesión que el demandante se proponía demostrar con esa prueba, debido a la renuencia de la parte demandada en la exhibición de sus libros. La medida fue tomada en auto del 11 de agosto de 1958 (folio 33), de previo y especial pronunciamiento, y no en la sentencia, como lo ordena la ley. Además, los falladores de instancia tuvieron en cuenta para la declaratoria de confeso, el artículo 395 del Código Judicial, cuando el procedimento a seguir era el señalado por los artículos 37 y 38 del Código de Procedimiento Laboral en relación con el 145 ibídem, ya que a la ley procesal civil se acude cuando el punto no lo contempla la de trabajo, y el referente a los incidentes tiene procedimiento propio en la segunda de esas leyes. Fue quebrantado el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, como consecuencia de haberle dado a la declaratoria de renuencia un valor probatorio que no tiene. ya

que, por una parte, no se tramitó el incidente conforme al artículo 37 del estatuto procesal del trabajo, y por la otra, aquél no se decidió en la sentencia, como lo manda el artículo 38 de dicho estatuto sino en auto de pronunciamiento previo. Por la falla anotada, no existe la declaratoria de renuencia ni tiene valor probatorio, y como el Tribunal se lo dio pleno, erró de hecho con violación del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

SEGUNDO CARGO

Acusa violación del artículo 26 de la Constitución, de manera indirecta, y en consiguiente quebranto de los artículos 395 del Código Judicial y 56 del Código de Procedimiento Laboral, por aplicación indebida, y en infracción de los artículos 37 y 38 del Código últimamente citado, por falta de aplicación. De tales violaciones deduce la del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

Sostiene el recurrente que como al incidente sobre declaratoria de renuencia a la práctica de la inspección ocular, no se le dio el trámite previsto en el artículo 37 del Código Procesal Laboral, se recortó la defensa del demandado, contra lo dispuesto en el artículo 26 de la Carta Fundamental; que la sentencia viola el artículo 56 del Código de Procedimiento del Trabajo, por haber "ameritado como prueba de los hechos que el actor se proponía demostrar la declaratoria de renuencia de que da cuenta el auto del 11 de agosto de 1958, providencia dictada para poner fin a un incidente que debió fallarse en la sentencia definitiva". Agrega el acusador que como la sentencia no aplicó los artículos 37 y 38 del citado Código, siendo el caso, los violó, quebrantando el 395 del Código Judicial por aplicación indebida. Concluye el cargo: "el quebrantamiento del artículo 26 de la Carta, vicia toda la actuación desde la audiencia del 11 de agosto de 1958 inclusive, y este vicio, como es obvio, incide en el fallo acusado".

SE ESTUDIAN LOS CARGOS:

El primero se enuncia por "errónea interpretación de la ley, como consecuencia de interpretación errónea de la prueba". El planteamiento es defectuoso, porque el falso entendimiento de la ley es ajeno a toda consideración sobre la prueba, como lo ha dicho la Corte en jurisprudencia constante e invariable.

Las dos acusaciones adolecen, además, de las fallas que se puntualizan a continuación: acusan violación de normas procedimientales, de un lado, y, del otro, no citan ninguna de derecho material relacionada con las condenas contenidas en la parte resolutiva de la sentencia. Para que la casación sea viable no basta que el fallo incurra en violación de normas reguladoras del juicio, esto es, en vicio de actividad o errores *in procedendo,* sino en quebranto de disposiciones de la ley sustantiva, conforme a lo previsto en el artículo 87 del Código Procesal Laboral, y, además, que las normas acusadas incidan en la resolución de derecho contenida en la sentencia impugnada. Ninguna de las que cita el recurrente cumple las exigencias anotadas. La consignada en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo define el contrato de trabajo, pero, en concreto, no es normativa de derechos y obligaciones en favor o a cargo de los contratantes; las pertenecientes al Código Judicial y al de Procedimiento Laboral, no tienen por objeto constituír, modificar o extinguir relaciones jurídicas, esto es, no son de derecho material.

Aunque lo dicho es suficiente para el rechazo de los cargos, no sobran estas consideraciones:

Toda la censura contra la sentencia tiene por fundamento el hecho de que la declaratoria de confeso contra la sociedad se produjo sin haberse tramitado el incidente respectivo, conforme a lo previsto en los artículos 37 y 38 del Código Procesal Laboral. A lo cual observa la Sala que, para la imposición de la sanción establecida en el artículo 56 de la obra citada, no es necesario agotar incidente alguno. Así lo sostuvo la corporación en fallo del 4 de julio de 1960, dictado en el juicio seguido por Isidro J. Ríos contra Acerías de Paz del Río S. A. (*Gaceta Judicial* XCIII, primera parte, páginas 324 y siguientes), del cual se transcriben los siguientes pasos:

"No regula los incidentes el Código de Procedimiento Laboral; de ellos se ocupa para decir que sólo se pueden proponer en la primera audiencia de trámite, en cuyo caso se sustancian sin interrumpir el curso del juicio y se deciden en la sentencia, por regla general (artículo 37 de la obra citada) y para expresar que el Juez tiene facultad para admitirlos o rechazarlos, indicando en el primer caso el trámite a que los sujeta (artículo 38 ibídem).

"La materia queda, pues, regida por las normas pertinentes del Código de Procedimiento Civil, conforme al artículo 145 del Código Procesal Laboral. Domina el instituto, en el primer cuerpo de leyes, el artículo 394, según el cual 'el Juez debe desechar de plano los incidentes que no procedan según el caso, conforme a la ley...'

"Para saber, pues, si una cuestión accidental en el proceso admite el incidente, es necesario que así lo disponga el legislador de manera ex-

presa. Si así no ocurre, le está prohibido al Juez darle el trato incidental, pues al respecto sus facultades son regladas y no discrecionales. Para la solución del punto no sería pertinente acudir a la norma contenida en el artículo 40 del Código de Procedimiento Laboral, que autoriza al Juez para prescribir una forma determinada cuando para el acto procesal de que se trata no la haya previsto la ley, porque el artículo 56 de la obra citada es normativo en su integridad de la situación procesal que contempla, sin subordinar su aplicación a formalidad alguna ulterior. Basta que en el acto de la inspección la parte que deba colaborar a su práctica la rehuse sin razones valederas, que el juzgador aprecia libremente, para que en la sentencia le dé aplicación al artículo 56. No abre éste la puerta al incidente y no lo reclama texto alguno del Procedimiento Civil ni del de Trabajo. Exigir, pues, la ritualidad incidental como condición previa para darle cabida a las sanciones que la previsión establece, es impertinente, porque el principio sobre uso de las formas en el proceso no es arbitrario ni el Juez puede utilizarlo sin salirse de las prescripciones que al respecto traza la ley.

"Para el caso tampoco sería procedente recurrir al artículo 299 del Código Judicial, que ordena sustanciar como artículo la acción exhibitoria, sin cuya observancia el Juez no puede aplicar la sanción del 303 ibídem (igual a la del artículo 56 del Código de Procedimiento Laboral), cuando quien se resiste al reconocimiento es la parte obligada a él, porque el primero de esos estatutos en su artículo 302 deslinda la exhibición de la inspección ocular al estatuír que a la primera puede ir anexa la práctica de la segunda, y en tal evento manda aplicar las reglas relativas a la inspección. Por tanto, si el proceso civil sobre el punto de que se trata no consiente la analogía, menos podría apelarse a ella en el proceso de trabajo, pues las normas de éste gobiernan la renuencia a la práctica de la inspección y ello basta a términos del artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral, para que no tengan cabida las que el Código Judicial establece sobre ese medio de prueba.

"De ser procedente la aplicación por analogía al proceso del trabajo los ordenamientos del Código Judicial sólo podrían tomarse en cuenta los contenidos en ese Código sobre inspección ocular, pues la analogía opera cuando se trata de materias semejantes, pero no cuando éstas son distintas. Y el Código citado, en su tratado sobre inspección ocular, no contempla el fenómeno de resistencia a su ejecución, ni por consiguiente, sanción alguna al respecto.

"Que la renuencia a la exhibición, cuando proviene de uno de los litigantes, tenga en el proceso civil la misma sanción que para igual fenómeno en la inspección ocular establece el proceso del trabajo, no autoriza para sostener que la pena en este último no pueda aplicarse sin el incidente previo de que trata el Código Judicial. No sería ese un sistema lógico de interpretación, pues la ley debe aplicarse en su integridad pero no haciendo confluír estatutos distintos, para tomar de cada uno lo que convenga al exégeta. Si alguna enseñanza se desprende de la igualdad de tratamiento que la rebeldía tiene en las dos instituciones, no sería otra que la de ver en ella una constante del legislador en la reprobación de la falta, que reprime de idéntica manera en los dos procesos. La pena es drástica pero sin duda proporcionada a la gravedad de la ofensa, ya que la justicia es institución respetable y quienes la personifican en su actividad merecen pleno acatamiento. Si la desobediencia a los mandatos del Juez, en ejercicio de sus funciones, no tuviera significación alguna y les fuera permitido a los litigantes observarlos o no, su consecuencia a la larga sería el debilitamiento, hasta su extinción, del poder coactivo de la jurisdicción, que a la postre vendría a quedar sustituído por la venganza privada, supremo regulador de los conflictos de intereses en los albores de la civilización".

Dice el acusador que la renuencia se declaró en auto de previo pronunciamiento y no en la sentencia. En el supuesto de que hubiera sido procedente sujetar al trámite del incidente la aplicación de la sanción por renuencia, la Sala observa que no es ésta sino su resultado, la declaratoria de confeso, el objeto de la decisión incidental. La renuencia es el hecho que sirve de base a tal declaración y fue esto lo que hizo el Juzgado del conocimiento en el auto del 11 de agosto de 1958, dictado en la cuarta audiencia de trámite (folio 33), esto es, dejar testimonio de que la parte demandada se había negado a facilitar la práctica de la inspección. El efecto de ese comportamiento (confesión ficta) lo deducen los fallos de instancia en la sentencia respectiva, como era de rigor, ya que todo se reduce a la valoración de una prueba, actividad que se desarrolla en el pronunciamiento de fondo.

El reparo de que por haberse incurrido en un vicio de actividad, según la opinión del recurrente, la sentencia violó el artículo 26 de la Constitución, carece de todo fundamento. Las reglas del debido proceso que el cánon establece, comprenden: la audiencia previa del demandado, la citación ante Juez competente y la observancia de las formas propias del juicio, todo de conformi-

dad con lo que sobre tales puntos haya prescrito el legislador. En el caso de autos la litis fue propuesta ante Juez competente y fue vista y decidida, previa citación en legal forma del demandado, de acuerdo con el procedimiento del juicio ordinario, que era el pertinente. La inconformidad del acusador no se refiere a ninguno de los aspectos mencionados, que son los previstos como garantías sociales en el ordenamiento constitucional, sino en la consumación de lo que a su juicio constituye una irregularidad y por inobservancia de normas reguladoras de un incidente. En la hipótesis de que hubiera tenido ocurrencia en el proceso un defecto de tal naturaleza, de allí no es permitido deducir violación del mandato constitucional en cita, pues lo que éste contempla no es una irregularidad cualquiera, sino presupuestos fundamentales de la función jurisdiccional. Los errores en el trámite se corrigen acudiendo a los medios de impugnación que la ley franquea, dentro del proceso mismo, aun los que hieren la constitución regular de la relación procesal, como son los relacionados en el artículo 448 del Código Judicial. Por lo demás, aun respecto de ellos, aunque estén presentes en el juicio, no son denunciables en casación, a menos que incidan en la competencia, extremo que no se contempla en el presente asunto.

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 Barranquilla.

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.

CONTRATOS DE TRABAJO CON ENTIDADES OFICIALES. — COMPETENCIA DE LA JUSTICIA LABORAL

Versa el juicio sobre una demanda de prestaciones sociales contra la Universidad Nacional. Alcance del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 en relación con establecimientos públicos. Técnica de la casación.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. El artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 establece como regla general, la de que las relaciones entre los empleados públicos y la administración nacional, departamental y municipal, no constituyen contratos de trabajo y se rigen por leyes especiales. Sin embargo, por excepción, conforme al mismo precepto, estructuran un contrato de la índole expresada, en estos casos: a) Cuando se trate de la construcción o sostenimiento de obras públicas; b) Cuando el Estado organice empresas industriales, agrícolas o ganaderas con fines de lucro, y c) Cuando establezca instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma.

2. Para la Sala es inaceptable el criterio del recurrente, conforme al cual, si el Estado descentraliza un servicio público y crea para su atención a una persona autónoma, con personería jurídica, por ese solo hecho queda al margen del precepto contenido en el artículo 4º del Decreto mencionado. Si el establecimiento público es el propio Estado, las obras que adelante o a cuya conservación y sostenimiento provea, deben considerarse como actividades desarrolladas por aquél.

3. No contiene la sentencia acusada la afirmación de que el trabajador demandante haya sido empleado particular de la Universidad Nacional, como lo da a entender el recurrente, sino la de que fue empleado oficial vinculado a ella por contrato de trabajo, y al respecto se atuvo a lo que prescribe el mandato del artículo 4º del Decreto en cita, en los casos de excepción que él consagra.

4. Fue instituída la jurisdicción del trabajo para decidir los conflictos jurídicos originados, directa o indirectamente, del contrato de trabajo (art. 2º C. P. L.). Habiendo sido de tal naturaleza la relación jurídica que vinculó a las partes, bajo el imperio de esa jurisdicción quedó el asunto litigioso.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE CASACION LABORAL.—Bogotá, D. E., veintiséis de abril de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez).

Son antecedentes de este negocio:

José Rafael Amézquita prestó servicios personales, mediante contrato de trabajo de tipo verbal, a la Universidad Nacional de Colombia, habiéndose obligado a ejercer la función de maestro de obras. Para retribuír la labor las partes acordaron el correspondiente salario, que en los últimos meses de actividad alcanzó a la suma de $ 438.00 mensuales. El contrato comenzó a ejecutarse el 10 de julio de 1955 y terminó el 27 de enero de 1958 por voluntad del patrono y sin justa causa. Durante el tiempo de servicios al trabajador le aparecieron unas várices y una hernia umbilical, sin que la Universidad le hubiera suministrado drogas y servicio médico, absteniéndose de pagarle las prestaciones del

caso. Al terminar el contrato el patrono no le liquidó las acreencias que ordena la ley para trabajadores de la construcción, ni le pagó las vacaciones correspondientes a los últimos seis meses.

Con fundamento en tales hechos el mandatario judicial de Amézquita solicitó al Juzgado del Trabajo de Bogotá la condena de la Universidad Nacional, previos los trámites del juicio ordinario, al pago de cesantía, vacaciones, indemnización de perjuicios compensatoria y moratoria y al de la asistencia médica y prestaciones en razón de la enfermedad adquirida durante la ejecución del contrato. Pidió también la condena en costas de la entidad demandada.

Corrido el traslado de la demanda al Personero Municipal de Bogotá, y al representante de la Universidad, el delegado de aquél la contestó negando los hechos y las pretensiones del actor. En la primera audiencia de trámite el apoderado constituído por la nombrada entidad propuso las excepciones de falta de competencia e inepta demanda y la de inexistencia de la obligación.

LOS FALLOS DE INSTANCIA

El de primera, pronunciado por el Juzgado 5º del Trabajo de Bogotá, trae estas consideraciones: la Universidad Nacional es un establecimiento público, sus trabajadores son oficiales y no particulares, sometidos a las leyes que rigen sus relaciones con el Estado y no a las contenidas en el Código del Trabajo. Pero en el caso de autos, según las pruebas del proceso, la relación de trabajo entre las partes fue contractual, pues se halla comprendida en una de las excepciones establecidas en el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, por haber laborado el demandante en la construcción y mantenimiento de obras públicas de la Universidad. El hecho de que se le haya nombrado por resolución, seguida de la posesión del empleo y hubiera sido retirado del servicio por resolución, como ocurre con los trabajadores oficiales, no desvirtúa el contrato de trabajo, por lo cual no prospera la excepción de incompetencia de jurisdicción propuesta por el apoderado de la entidad demandada. Sentada la anterior premisa, anota la sentencia que las peticiones sobre indemnización de perjuicios por lucro cesante y por mora, quedan bajo el régimen de los Decretos 2127 de 1945 y 797 de 1949. Con referencia a la primera expresa que, de acuerdo con los medios probatorios aportados al juicio, el contrato se inició el 16 de julio de 1957 y terminó, por voluntad del patrono y sin justa causa, el 27 de enero de 1958, cuando se había iniciado otro período presuncional de la convención; que, por tanto, al tenor de los artículos 40, 43 y 51 del Decreto de 1945 citado, el demandante tiene derecho a los perjuicios por lucro cesante, por ruptura ilegal del contrato, cuyo importe, sobre la base de un sueldo mensual de $ 437.00, acreditado en el proceso, es la suma de $ 2.447.08. En consecuencia, decidió el litigio en esta forma: Primero. No está probada la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por la parte demandada. Segundo. Se declara probada la excepción perentoria de inexistencia de la obligación en lo referente a cesantía y vacaciones. Tercero. Se absuelve a la Universidad Nacional de la condena por salarios caídos. Cuarto. Se condena a dicha entidad a pagar al demandante la suma de $ 2.447.08, a título de indemnización, por ruptura ilegal del contrato. No condena en costas.

El de segunda instancia, decisorio del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, confirma, sin costas, la decisión de primer grado. Dice en su motivación, que los trabajadores de la Universidad Nacional se vinculan a ella por contrato de trabajo, porque se trata de institución idéntica a la de los particulares, "susceptible de ser fundada y manejada por éstos en la misma forma", por lo cual quedan comprendidos dentro de los casos de excepción que contempla el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945. Acoge la condena del fallo del *a quo* por hallarla ajustada a la ley, ya que habiendo estado vinculado Amézquita a la Universidad y no habiéndose estipulado término de duración del contrato, quedó éste regido por el presuntivo de seis meses que señala el artículo 40 del mencionado Decreto, y debe entenderse prorrogado por términos sucesivos de seis en seis meses, conforme al artículo 43 del mismo Decreto. Agrega el Tribunal: como no se está frente a ninguno de los casos previstos para que el patrono diera por terminado el contrato unilateralmente, es legal la condena al pago de los salarios por el tiempo faltante del plazo presuntivo, conforme a lo previsto en el artículo 51 del Decreto en referencia. Concluye el *ad quem* expresando que, establecida la existencia del contrato de trabajo, resulta competente la justicia laboral para conocer de las acciones ejercitadas en el juicio.

El apoderado de la Universidad interpuso el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal, que le fue concedido. Admitido aquí por la Sala y debidamente preparado, se pasa a decidir.

LA DEMANDA

Aspira el recurrente a que la Corte case la sentencia del Tribunal y, en su lugar, en fallo de instancia, declare probada la excepción perentoria de incompetencia de jurisdicción, absolviendo a la Universidad de todos los cargos que le formula el libelo inicial. Fija así el alcance de la impugnación.

Alega la primera causal de casación. Presenta dos cargos contra la sentencia recurrida, que se examinan a continuación.

PRIMER CARGO

Violación, por aplicación indebida, de los artículos 4º y 40 del Decreto 2127 de 1945, y 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

Arguye el recurrente:

a) La justicia del trabajo no es competente para definir la litis, porque la Universidad Nacional es persona jurídica de derecho público y debe su origen a la ley; constituye lo que los tratadistas llaman un establecimiento público del Estado, que se considera parte integrante de la administración. Por consiguiente, sus trabajadores son oficiales y las relaciones con el establecimiento se rigen por las leyes propias de esa clase de funcionarios y no por el Código del Trabajo, normativo de las relaciones laborales de carácter particular, como lo dice su artículo 3º.

b) El concepto anterior lo comparte el fallo del Juzgado y, sin embargo, tanto éste como el del Tribunal estimaron que en el caso de autos se estructuró un contrato de trabajo, aplicando indebidamente las excepciones establecidas en el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 y el 40 del mismo, así como los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo. Se origina el error de juicio en el hecho de que los falladores de instancia le dieron a la expresión *obras públicas* una extensión que no tiene, pues al referirse a esas obras el artículo 4º del Decreto, sólo quiso comprender las adelantadas directamente por las entidades de derecho público, o sea, la Nación, el Departamento o el Municipio, pero no a las ejecutadas por establecimientos públicos.

c) Para su funcionamiento la Universidad crea los empleos que estime necesarios por decretos o resoluciones expedidos por sus directivas, les fija asignaciones, los nombra y remueve libremente, los designados toman posesión del cargo y pagan estampillas, todo de conformidad con el régimen legal del funcionario administrativo. Luego los empleados que nombre para la construcción de una obra o para el mantenimiento de sus bienes raíces son también oficiales y no particulares. Además, no son contratados para una obra determinada, pues son empleados administrativos permanentes, destinados a atender todos los bienes inmuebles de la institución. Según sus estatutos, corresponde al Rector, con aprobación del Consejo Directivo, crear y suprimir los cargos administrativos y docentes que la Universidad requiera para su servicio, atribuciones que no tienen ningún límite por razón de la índole de las labores, ni los estatutos establecen régimen laboral diferente tomando en cuenta tal circunstancia.

SEGUNDO CARGO

Violación del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, por errónea interpretación.

Sostiene el recurrente que la sentencia del *ad quem* viola, por el concepto expresado, la citada norma del Decreto, pues ésta no se refiere a la conservación o construcción de obras de los establecimientos públicos, sino a las ejecutadas y mantenidas por las entidades de derecho público (Nación, Departamento, Municipio). Es errónea —dice— la interpretación que da el Tribunal al precepto, pues según ella los establecimientos públicos tendrían un régimen laboral diferente para el personal encargado del mantenimiento de sus bienes, lo que no se halla de acuerdo con el espíritu de la disposición, pues su alcance es el de sustraer de las trabas y dificultades del procedimiento administrativo, lo relacionado con el nombramiento de los empleados a quienes se les encomienda la construcción o conservación de obras a cargo directo de la administración.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. La cuestión jurídica que plantea la demanda de casación, se reduce a investigar si las relaciones jurídicas en el caso de autos quedan comprendidas dentro de uno de los casos de excepción de que trata el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945.

El ordenamiento establece como regla general, la de que las relaciones entre los empleados públicos y la Administración nacional, departamental y municipal, no constituyen contratos de trabajo y se rigen por leyes especiales. Sin embargo, por excepción, conforme al mismo precepto, estructuran un contrato de la índole expresada, en estos casos: a) Cuando se trate de la construcción o sostenimiento de obras públicas; b) Cuando el Estado organice empresas industriales, agrícolas o ganaderas con fines de lucro, y

c) Cuando establezca instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma.

En el asunto litigioso concurren dos de los motivos de excepción a que se refiere la norma del Decreto, distinguidos con los literales a) y c) de la relación precedente. Del primero habla el fallo del Juzgado *a quo,* acogido por el Tribunal, y del segundo la sentencia recurrida. De los dos casos de excepción, el recurrente alude al primero —construción o sostenimiento de obras públicas— guardando silencio sobre el otro, o sea, el de que la Universidad Nacional es institución idéntica a las privadas, susceptible de ser fundada y manejada por particulares en forma idéntica a la oficial. Habiendo quedado en pie esta base de la sentencia, no es el caso de infirmarla, pues para tal fin es necesario que se destruyan todos sus fundamentos, según jurisprudencia constante de la corporación. Con todo, pasa ella al examen de los cargos en el fondo, y sobre el particular observa:

Según el criterio del recurrente, si el Estado descentraliza un servicio público y crea para su atención a una persona autónoma, con personería jurídica, por ese solo hecho queda al margen del precepto en examen, aunque dicha persona se encuentre en alguno de los casos de excepción allí establecidos. Para la Sala el razonamiento es inaceptable. La esencia de una institución jurídica no depende de su forma exterior, sino de su contenido; las cosas no cambian de naturaleza porque se les cambie de nombre. El establecimiento público, calificación que conviene a la Universidad Nacional, a pesar de su independencia administrativa, económica y financiera, es una institución perteneciente al Estado. Así lo admite el recurrente en uno de los pasos de su alegato, en estos términos: "Walline enseña que el establecimiento público 'es una persona administrativa descentralizada encargada de dirigir un establecimiento público o un grupo de servicios públicos conexos, a cargo del Estado, y, en consecuencia, *hace parte de la administración pública del mismo Estado'.*" (Subraya la Sala). Por consiguiente, si el establecimiento público es el propio Estado, las obras que adelante o a cuya conservación y sostenimiento provea, deben considerarse como actividades desarrolladas por aquél. La situación es la misma, si en vez de crear el Estado el establecimiento público, dirige y administra el servicio directamente. Si en este segundo evento, según el pensamiento del recurrente, la actividad laboral del empleado encaja en uno de los casos de excepción contemplados en la norma del Decreto (para el caso la construcción o sostenimiento de una obra pública), en el primero la solución es la misma, pues ni la obra deja de ser pública ni el establecimiento que la realiza sale del dominio del Estado.

2. El argumento de que la Universidad utiliza el mismo sistema del derecho administrativo del Estado para el ingreso de un funcionario al servicio público, es inatendible. Ya se dijo que no es elemento esencial para definir la estructura de una institución, su simple forma. Así tuvo ocasión de expresarlo esta Sala en sentencia de fecha 9 de noviembre de 1959 en caso semejante al que ahora se analiza. (*Gaceta Judicial,* Tomo XCI, números 2217 a 2219, páginas 1053 y siguientes). A ella pertenece el párrafo que se transcribe a continuación: "Si el solo origen de la relación de trabajo sirviera para calificar al empleado como oficial y para reclamar en consecuencia la aplicación de la ley administrativa, bastaría utilizar el procedimiento del Decreto y de la posesión para que la Administración Pública excluyera a los trabajadores a su servicio que se hallen en las condiciones de excepción previstas en el artículo 4º del Decreto 2127, del régimen allí establecido. Con el mismo criterio, podría la Administración considerarse vinculada por contrato de trabajo con sus servidores en las actividades de genuino carácter administrativo, celebrando con ellos la convención verbalmente o por escrito, dejando de lado el decreto y la posesión".

3. No contiene la sentencia del *ad quem* la afirmación de que Amézquita haya sido empleado particular de la Universidad, como lo da a entender el recurrente, sino la de que fue empleado oficial vinculado a ella por contrato de trabajo. Se atuvo al respecto a lo que prescribe el mandato del artículo 4º del Decreto en cita, en los casos de excepción que él consagra.

4. Al caso litigioso no aplicó el Tribunal los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo, como lo afirma el acusador. Su concepto es el de que, tratándose de empleado oficial ligado a la Universidad por relación contractual de trabajo, conforme a lo prescrito en el artículo 4º del Decreto prementado, la controversia debía definirse de acuerdo con las disposiciones legales normativas de tal relación entre particulares, contenidas en la legislación anterior al Código del Trabajo en vigencia. Si los mencionados artículos del Código no fueron aplicados, el reparo de que los quebrantó por indebida aplicación, es inconducente.

5. Fue instituída la jurisdicción del trabajo para decidir los conflictos jurídicos originados,

directa o indirectamente, del contrato de trabajo, conforme a lo prescrito en el artículo 2º del estatuto de procedimiento laboral. Habiendo sido de tal naturaleza la relación jurídica que vinculó a las partes, bajo el imperio de esa jurisdicción quedó el asunto litigioso, del cual conoce esta Sala en sede de casación. Si ello es así, no resulta indebida la aplicación por el fallador de los artículos 4º y 40 del Decreto 2127 de 1945.

6. Las razones que expone el segundo cargo, por errónea interpretación del artículo 4º del Decreto en cita, son las mismas que aduce el primero. Las expuestas por la Sala en el examen de éste, las extiende para el rechazo del segundo. A ellas se agrega que, si la cuestión debatida quedó bajo el amparo de dos de las excepciones previstas en la referida norma, no ha podido violarla el sentenciador por falso entendimiento de la misma, pues no hace de ella interpretación que pugne con su sentido natural y obvio.

Conclusión de lo dicho es la de que no prosperan los dos cargos.

A mérito de todas las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida, 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 C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONTRATO DE TRABAJO Y CONTRATO DE OBRA. — PRESUNCION DE CONTRATO DE TRABAJO. — PRUEBA DE CONFESION. LIBERTAD CONTRACTUAL

Fue equivocada la estimación probatoria que hizo la sentencia condenatoria. Faltó el elemento de la prestación personal del servicio. Trabajo cumplido por medio de socios y auxiliares. Valor probatorio de la confesión. Libertad contractual y trabajo.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. La Sala llega a una evidencia contraria a la que fue admitida por el sentenciador de instancia, pues si bien los testimonios recibidos acreditan que el actor prestó servicios a la empresa en ejecución de varios contratos celebrados con ésta, es lo cierto que principalmente demuestran que ese trabajo no fue ejecutado siempre mediante la actividad personal del trabajador demandante, es decir, realizada por sí mismo, sino que se valió, también, de socios y de ayudantes a quienes él contrataba, despedía y pagaba sus salarios. De esta forma no es posible aceptar esa relación de servicio, como la constitutiva del primer elemento esencial requerido por la ley para que pueda tener existencia un contrato de trabajo, por lo que desaparece el soporte que permite presumir la existencia del mismo, mediante la aplicación del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

2. La libertad contractual en el derecho del trabajo se halla sometida a numerosas restricciones por consideraciones de interés general, pero la intervención estatal no va hasta desconocerle valor a las convenciones libremente concertadas, sin vicios del consentimiento, con objeto y causa lícitos, y exentas de reparos en cuanto hace al orden público y a las buenas costumbres.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE CASACION LABORAL.—Bogotá, D. E., veintisiete de abril de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Luis Fernando Paredes A.).

Por medio de apoderado, Enrique Arroyave demandó en juicio ordinario laboral a la sociedad "Industrias Roca, Limitada", representada por el doctor Alberto Vélez Escobar, para que se la condenase al pago de cesantía, vacaciones, prima de servicios, descanso remunerado en domingos, festivos religiosos y nacionales, indemnización moratoria y costas del juicio.

Sustentó la acción, en los siguientes hechos: que trabajó al servicio de Industrias Roca, Limitada, como embaldosador, desde principios del año de 1953 hasta el 20 de septiembre de 1958; que antes había trabajado en la fábrica de Mosaicos Roca, desde el año de 1921 hasta 1943; que Industrias Roca Limitada "es continuidad de la fábrica de Mosaicos Roca"; que el salario en el último tiempo trabajado "fluctuaba entre $ 100.00 y $ 150.00 semanales". Que "laboraba al contrato, por unidad de obra —metros cuadrados de baldosas colocadas—, en compañía de un ayudante, a quien pagaba la cantidad de $ 5.00 diarios". Que la empresa demandada le suministraba toda clase de materiales y lo vigilaba e impartía órdenes, por conducto del señor Gustavo Escobar, encargado general de las obras. Que siempre laboró semanas completas, durante todos los días hábiles de cada semana, y por más de cuarenta y ocho horas en el mismo período, sin que la empresa le pagara el descanso remunerado correspondiente a los domin-

gos y fiestas religiosas y nacionales. Que no se le concedieron vacaciones ni se le compensaron en dinero, ni se le pagaron las primas de servicio, ni ninguna otra prestación social.

Como fundamentos de derecho invocó los artículos 249 y siguientes, 186 y siguientes, 306 y siguientes, 172 y siguientes, 127 y siguientes, 65 del Código Sustantivo del Trabajo y los Decretos 2158 de 1948 y 243 de 1951.

Industrias Roca Limitada, por medio de apoderado, dio respuesta a la demanda oponiéndose a las declaraciones pedidas por el actor, negando los hechos en lo sustancial, y expresando que el demandante fue contratista independiente que, con autonomía técnica y directiva, asumiendo sus propios riesgos y con el concurso y asocio de otras personas, celebró contratos de obra con la empresa demandada. Niega que Industrias Roca Limitada sea continuidad de la fábrica de Mosaicos Roca. Agrega que entre las partes no existió contrato de trabajo. Propuso las excepciones de prescripción y la que denómina genérica, según la definición legal.

El Juez Cuarto del Trabajo de Medellín, que fue el del conocimiento, decidió la controversia mediante sentencia de fecha 3 de diciembre de 1958, por la que condenó a Industrias Roca Limitada a pagar al demandante Enrique Arroyave, las siguientes sumas de dinero: $ 3.922.20 por cesantía; $ 1.307.04 por compensación de vacaciones; $ 1.761.10 por prima de servicios; $ 4.423.37 por descanso remunerado en dominicales y festivos nacionales y religiosos; $ 21.79 diarios, a partir del 14 de octubre de 1958, fecha de la notificación de la demanda y hasta que se verifique el pago de las condenas anteriores, como indemnización por mora; y $ 300.00 por concepto de costas del juicio. Declaró prescritas las vacaciones del primer año de servicios, lo mismo que las primas de servicios causadas con anterioridad al segundo semestre de 1955 y el valor de los descansos en dominicales y festivos nacionales y religiosos, devengados con anterioridad al 20 de septiembre del mismo año. Absolvió a la sociedad de los demás cargos formulados y, especialmente, en lo referente a los servicios que el demandante dijo haber prestado desde el año de 1921 hasta el de 1943 o 1944.

Ambas partes apelaron de la sentencia del Juez. Decidió el recurso la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, por sentencia de fecha 14 de febrero de 1959, adoptada por mayoría de votos, pues, el Magistrado Lino Acevedo Gómez salvó el suyo por estimar que en el caso de autos no estaba configurada la existencia de un contrato de trabajo entre las partes. Por esta providencia el Tribunal modificó la de primer grado, en cuanto revocó las condenas por indemnización moratoria y costas para absolver a la compañía por tales conceptos; la reforma en en el sentido de que las sumas a pagar son: a) $ 1.453.46 por cesantía; b) $ 617.40 por vacaciones; c) $ 926.10 por prima de servicios, y d) $ 2.068.29 por remuneración de descanso dominical y festivo. Confirma, en lo demás, la sentencia recurrida.

La sociedad demandada interpuso el recurso de casación, que le fue concedido. Admitido y tramitado en legal forma, la Sala procede a decidirlo, teniendo en cuenta la demanda presentada. No hubo escrito de oposición.

EL RECURSO

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Aspira a que se case totalmente la sentencia recurrida, para que en su lugar se absuelva a la compañía demandada de todas las peticiones de la demanda inicial.

CARGO UNICO

Con base en la causal primera del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo, formula un solo cargo.

Acusa la sentencia de violar indirectamente y por aplicación indebida, como consecuencia de manifiestos errores de hecho en la apreciación de las pruebas que indica, los artículos 22, 23, 24, 172, 173, 174, 176, 177, 186, 189, 249, 253 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, y, por no haberse aplicado, el artículo 34 de la misma obra y 2.053 y siguientes del Código Civil.

Como pruebas mal apreciadas, señala: los testimonios de Gustavo Escobar, Gabriel Casas H., Enrique Vásquez y Luis Bernardo Rojas; carta del representante de la sociedad demandada (folio 22); posiciones absueltas por el demandante (fs. 23 y 24); contratos y liquidaciones de los mismos, presentados por la demandada y que aparecen en el cuaderno número 2; diligencia de inspección ocular (fl. 30).

En el desarrollo del cargo, dice el recurrente que el *ad quem* al analizar las pruebas que se dejan relacionadas, trata de configurar la existencia de un contrato de trabajo entre el actor y la compañía demandada, con base en la presunción que contempla el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo. Que de esas pruebas lo que resulta establecido es precisamente lo con-

trario a lo presumido en la norma legal invocada, pues ellas ponen en evidencia que entre el demandante y la compañía sólo existió una relación diferente a la laboral, "más concretamente contratos de obra, que algunos tratadistas llaman de resultado".

Manifiesta que el Tribunal para colocar el caso de autos dentro de la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, entresacó de la prueba testimonial y de las demás que se han mencionado, algunas frases "donde se dice que Arroyave trabajó para Industrias Roca", que apenas representan una verdad mutilada, porque si se toman en conjunto, armonizándolas completamente, de ella resulta que Arroyave no trabajó solo, sino en asocio de ayudantes conseguidos libremente por él, y que también trabajó con una especie de *consocio,* vinculado a él sin la intervención de Industrias Roca Limitada, que lo fue, en la mayoría del tiempo, Gabriel Casas. Que cuando la citada norma habla de relación de trabajo personal, debe entenderse que es exclusivamente personal y no trabajo en grupo o con consocios y ayudantes. Que si el trabajo no es exclusivamente personal, la presunción se desquicia y se hace inoperante.

Que dicha presunción, como legal que es, se destruye y no opera en un determinado caso o litigio, cuando de las pruebas presentadas resulta que en la relación a estudio no están comprendidos los elementos que integran o definen el contrato de trabajo según el artículo 23 de la obra mencionada. Que en el caso *sub judice,* llegó a probarse que faltaban, no uno, sino varios de ellos. A continuación, el acusador examina cada uno de los elementos requeridos para la existencia del contrato de trabajo, frente a las pruebas relacionadas, cuyo texto da a conocer, en lo pertinente.

Por lo que hace a la actividad personal del trabajador, dice que, con las pruebas analizadas, se demuestra que en el presente caso no está acreditada en la forma requerida por la ley, o sea, que fuese realizada por sí mismo, pues lo demostrado es una actividad compartida, múltiple, con intervención de personas conseguidas y pagadas por el actor, por su cuenta y riesgo. Que hasta la sentencia reconoce la circunstancia de que Arroyave no prestaba o aportaba por sí mismo todo el trabajo, porque tenía ayudantes conseguidos por él y tenía a Gabriel Casas, a quien consideraba como su consocio, esto es, en su misma categoría, y quien muchas veces suplía las faltas de Arroyave.

El impugnador analiza luégo los otros dos elementos del contrato de trabajo (salario y subordinación o dependencia del trabajador al patrono) y llega a las siguientes conclusiones: "Todas esas pruebas están indicando que no puede darse el nombre de salario a lo que no es tal, pues las cantidades que recibía el actor Arroyave no representaban para él un jornal diario, ni tampoco una contraprestación a destajo o por unidad de obra; allí, para el resultado económico final, estaban en juego factores que dependían de él, de terceros o del azar, pero no de 'Industrias Roca Limitada'. El beneficio pecuniario de Arroyave, tenía las siguientes contingencias: el número de ayudantes; la habilidad de éstos; su salario y el pago o no a ellos de prestaciones sociales; la participación del consocio; la continuidad o falta de su aporte personal en trabajo; el cumplimiento de las bases generales sobre forma y calidad en la obra, porque si no estaba bien ejecutada no era recibida y había el riesgo de repetirla; el precio de materiales —exceptuando baldosas—, porque tenía libertad para conseguirlos; el desperdicio de materiales o pérdida de materiales, ya que la sociedad demandada le llevaba cuenta de lo que le suministraba a crédito y lo hacía responsable, como en efecto lo hizo varias veces, de tales pérdidas y, en fin, una serie de circunstancias aleatorias que son propias de los contratos civiles, y que no se encuentran en el contrato de trabajo. De suerte que la cantidad que el fallador indica como salario y que le sirvió para la liquidación de prestaciones, es un valor abstracto, teórico, que en ningún caso puede decirse que corresponda a remuneración que le pagaba la compañía demandada".

Más adelante, el recurrente estudia lo atinente al elemento de la dependencia o subordinación frente a las pruebas indicadas como erróneamente apreciadas, con el propósito de dejar demostrado que ellas destruyen la presunción contenida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, y concluye así: "De todas estas constancias probatorias se desprende que Industrias Roca Limitada y Arroyave acordaban previamente las bases generales de un determinado trabajo y fijaban un valor en relación con el metro cuadrado de obra entregada a satisfacción; que la compañía daba anticipos semanales, de acuerdo con el visto bueno de su empleado Escobar; que el contratista se responsabilizaba de los materiales, que le eran suministrados a crédito, mediante cargo en una cuenta especial, o que podía adquirir libremente en el comercio, con excepción de la baldosa; que había un consocio y ayudante vinculados libremente por Arroyave a su labor; que no había horarios de

trabajo, ni reglamento, ni órdenes permanentes o continuadas; que Arroyave podía trabajar mucho o poco y a la compañía demandada no le interesaba esto, pues únicamente le importaba encontrar un resultado satisfactorio en la obra, es decir, tantos metros de baldosas colocadas de acuerdo con las especificaciones previstas; que el señor Escobar, a nombre de Industrias Roca Limitada no era un superior jerárquico de Arroyave, ni menos de los ayudantes y consocios de éste, pues sus visitas a la obra se limitaban a vigilar el cumplimiento de lo convenido, de la misma manera como la persona que ordenó la confección de un traje o de un mueble para su casa revisa los detalles y la marcha de la obra, bien para entregar dinero a cuenta o simplemente para controlar la ejecución según lo deseado y convenido. No había subordinación técnica, ni económica, ni tampoco lo que la doctrina llama subordinación jurídica, o sea el derecho del empleador de dirigir, de dar órdenes, de fiscalizar la actividad del trabajador, encauzarla, interrumpirla o hacerla cesar en cualquier momento, y la consiguiente obligación del último de someterse a esas órdenes directas, o bien a las de los agentes o representantes del patrono y a sus reglamentos y horarios".

Más adelante, el impugnador manifiesta que la sentencia recurrida es equivocada, cuando dice que el opositor ha debido demostrar que las relaciones entre demandante y demandado estaban regidas por un contrato de obra, de orden civil, ya que es suficiente, a su juicio, para destruír la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, acreditar, como se hizo en el debate, que no estaban presentes los elementos integrantes del contrato de trabajo. Que el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, más que una definición del llamado contrato de obra, trae algunos principios o normas para deducir responsabilidad solidaria al beneficiario de un trabajo y al simple intermediario. De allí, agrega, que no puede decirse con propiedad que deba aplicarse lisa y llanamente la disposición citada, sino que debe examinarse la cuestión teniendo en cuenta la doctrina de los tratadistas y la jurisprudencia de nuestro país. Luégo, en forma breve, señala el impugnador cómo los elementos probatorios del juicio llevan a la conclusión de que entre Industrias Roca Limitada y Enrique Arroyave existió una relación jurídica independiente, que bien puede catalogarse dentro de las características del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo y del 2.053 del Código Civil, conforme a la doctrina y a la jurisprudencia nacionales.

SE ESTUDIA EL CARGO:

EXAMEN DE LAS PRUEBAS

Lo limita la Sala a la de confesión, a la testimonial y a la documental que recogen los contratos suscritos por las partes. Prescinde del certificado de la empresa, por no ser prueba atendible, dado su interés en el pleito; de la inspección ocular, porque de ella no resulta hecho alguno sobre el punto referente a la actividad personal del trabajador, elemento del cual se valió el Tribunal para deducir la existencia de un contrato de trabajo, con aplicación del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, pues, sobre este aspecto, la Sala encamina el examen probatorio, ya que si falta la actividad personal del trabajador, tal circunstancia basta para situar el trabajo realizado por el demandante fuera de las normas legales que gobiernan el contrato laboral, conforme a lo dispuesto en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

I. Confesión provocada del demandante (f. 23).

En las respuestas a las preguntas 4ª, 5ª, 6ª, 7ª, 10, 18 y 19 del pliego de posiciones (fs. 25 a 27), el demandante admite como ciertos los siguientes hechos, afirmados por la contraparte: que a partir del año de 1953, celebró contratos de obra con Industrias Roca Limitada, para la colocación de baldosas en diversos edificios y locales; que, para los trabajos, el demandante, en varias ocasiones, contrató los servicios de uno o varios ayudantes, a quienes pagaba por su cuenta los salarios estipulados; que algunos de los contratos fueron ejecutados por Arroyave en asocio de Gabriel Casas, repartiéndose las ganancias entre los dos; que la sociedad no tuvo intervención en la escogencia del personal de ayudante ni en el despido de los mismos; que las herramientas para los trabajos eran de su propiedad, o de su compañero Casas, o de sus ayudantes.

II. Los testimonios.

Gustavo Escobar (f. 10). Afirma el testigo que Arroyave celebraba contratos con Industrias Roca Limitada para la colocación de baldosas; que al testigo le tocaba hacer cumplir lo que él había contratado con Arroyave; "nosotros —dice— íbamos a la obra y veíamos el trabajo que había para ejecutar, baldosa lisa o de grano, las diferentes formas de colocación de la baldosa, y en-

tonces contratábamos a un precio fijo las diferentes formas de baldosas; los precios eran casi preestablecidos en baldosa lisa común, que era un precio más o menos de $ 5.90 metro cuadrado, si era más difícil, ya veíamos y contratábamos la obra entera; y entonces medíamos cuántos metros podían ser; la oficina daba el dato, más o menos, y sobre esa base contratábamos toda la obra''; que Arroyave gozaba de absoluta autonomía técnica en la ejecución de los trabajos; que la obra se medía definitivamente cada que se terminaba o cuando había que suspenderla por fuerza mayor; que para darles plata o anticipos el declarante constataba qué trabajos habían ejecutado; que el precio que se estipulaba era, generalmente, por unidad de metros, en la totalidad de la obra; que los ayudantes los pagaba el contratista sin que la empresa interviniera ni en la fijación del salario ni en la selección del personal; que si el trabajo resultaba malo debía repetirlo el contratista por su cuenta; que Arroyave varias veces dejaba al ayudante 'lechando o cortando piezas'; que cuando la labor no era muy técnica, podía irse para otras obras, pues de lo contrario 'estaba Arroyave o el compañero'; que Arroyave no trabajaba solo y que muchas veces el dinero de los contratos no se entregaba a él sino a su compañero''.

Gabriel Casas (fs. 19 y 20). Dice el declarante que a él le tocó ejecutar algunas obras con Enrique Arroyave; que éste tenía un ayudante, a quien pagaba su salario, que era aproximadamente de $ 28.00 o $ 30.00 semanales; que la herramienta de mano es propiedad del trabajador; que ''Arroyave y yo hemos trabajado muy poquito de compañeros; si sobraban $ 50.00, los partíamos cuando estábamos trabajando en compañía, no en todas las obras. Fuimos compañeros más o menos en cuatro o cinco obras; vecinos de un trabajo a otro, sí hemos trabajado bastante tiempo''; agrega el testigo: ''Si Arroyave le aumentaba el salario al ayudante, eso era por cuenta de Enrique Arroyave; en las obras que trabajamos juntos, la podía hacer él o yo, pero las órdenes de allá, eran que las hiciéramos nosotros dos ese trabajo. Nosotros conveníamos las especificaciones de la obra con Roca; conveníamos el precio, y de éste ni nos rebajaban ni nos aumentaban. Cuando el señor Escobar iba a la obra, se fijaba que se estuviera haciendo de acuerdo con lo convenido''. Que la empresa no les fijó un horario de trabajo.

Luis Bernardo Rojas (fs. 28 y 29). Afirma el testigo que Enrique Arroyave celebró contratos con Industrias Roca Limitada para la colocación de baldosas y que el pago recibido era el acordado para cada metro de baldosas; que a Arroyave le pagaban, por lo regular, entre $ 250.00 y $ 300.00 semanales para partir con otro embaldosador y para pagar al ayudante; que la vigilancia de la obra se efectuaba por intermedio de Gustavo Escobar, empleado de Industrias Roca; era principalmente ''para ver que el trabajo no estuviera solo y que marchara bien, para poderle dar la plata semanal''; que ''últimamente Gabriel Casas era el compañero de Enrique Arroyave; yo también le serví como ayudante un tiempo. Casas y Arroyave se partían y se parten lo que les corresponde de salario en la semana; el ayudante, como hay unos que se aburren . . . y se van, no hay uno fijo, y le pagaban entre $ 4.00 y $ 5.00 entre los dos''; que la compañía no intervenía en la escogencia y despido de los ayudantes de Casas y Arroyave, y que las obras contratadas con éstos podía ejecutarlas el uno o el otro de los citados; que Casas y Arroyave ''se repartían el trabajo que debían ejecutar en cada obra, era lo mismo entre ellos dos''.

III. Los contratos entre las partes (obran en el cuaderno número 2).

Los contratos, a que se hace referencia, tienen todos una misma estipulación. La determinación de su objeto se hace consistir en la colocación de un número determinado de metros de baldosas, indicándose el valor de cada metro, forma de pago y plazo para la entrega de la obra, que el contratista se compromete a ejecutar ''bajo su absoluta responsabilidad y dirección''. La cláusula cuarta dispone: ''El contratista tendrá a cargo la dirección técnica de su trabajo pudiendo realizarlo por sí mismo o con la ayuda de otros trabajadores conseguidos libremente por él y que estarán bajo su absoluta dirección y dependencia''.

Para definir la naturaleza jurídico-contractual del negocio que existió entre las partes, el Tribunal, dando por demostrada la existencia de una relación de trabajo personal entre las mismas, concluye que el vínculo existente configura un contrato de trabajo, con aplicación de la presunción contenida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo. Trae al respecto las siguientes consideraciones:

''El representante de la sociedad demandada, en carta dirigida al Juez del Trabajo, dentro de este mismo juicio, el 6 de noviembre de 1958 (folio 22), admite que Arroyave 'tomó a su cargo la ejecución de obras de embaldosado', en-

tre 1953 y el 20 de septiembre de 1958''. El testigo Gustavo Escobar (folio 9 vuelto), testigo de la parte demandada, pariente del representante de ésta y antiguo trabajador de ella, dice: ''...Enrique Arroyave trabajó embaldosando... Enrique no trabajaba solo... Enrique Arroyave generalmente era muy cumplido, y si faltaba era por excepción, porque era muy cumplido y muy buen trabajador''. Y Gabriel Casas Hernández (folio 19), compañero de trabajo del demandante, dice: ''Más o menos hace unos cinco años que lo conozco (a Arroyave) trabajando en Roca... El trabajaba de lunes a sábado, mientras hemos sido compañeros... En caso de alguna enfermedad podía faltar Arroyave, pero por pereza no podía faltar''. Y Enrique Vásquez (folio 20), empleado de la sociedad demandada, dice: ''Enrique Arroyave con Industrias Roca Limitada sí trabajó... En los últimos cuatro o cinco años hubo trabajo muy frecuente para Enrique''.

Y Luis Bernardo Rojas (folio 28 vuelto), también compañero de trabajo del demandante afirma: ''Sé que Enrique Arroyave también ha trabajado con Industrias Roca como pegador de baldosa, lo mismo... Enrique Arroyave en esa forma estuvo trabajando últimamente por ay (sic) unos cinco años''.

''Arroyave era un trabajador material y ejecutaba personalmente las obras contratadas con Industrias Roca Limitada. Los testigos son unánimes, como se vio, en este punto y el representante de la sociedad demandada también lo admite, al emplear la expresión 'tomó a su cargo la ejecución', para referirse al actor y los contratos celebrados''.

Más adelante, agrega: ''En verdad, el demandante, al absolver la pregunta 8ª en posiciones (folio 23 vuelto), dice que los trabajos los 'ejecutábamos nosotros personalmente', pero por parte alguna admite que ese *nosotros* fuese uno de dos términos: Casas *o* Arroyave, como lo pone el memorialista (f. 50) al transcribir aquella declaración del demandante. Ese 'nosotros' de la respuesta es una afirmación categórica de que él, el deponente, Arroyave, sí trabajaba personalmente, al igual que Casas, y que las obras no eran ejecutadas por los ayudantes.

''Los testigos Vásquez y Rojas, como ya se vio, afirman el trabajo personal que cumplía Arroyave. Y es intrascendente, para establecer el punto, el hecho de que en las cuentas figurase uno u otro, esto es Casas o Arroyave. Esto de las cuentas era cuestión meramente nominal, que no afecta el hecho mismo, real, objetivo de la prestación personal del servicio. Además, como lo dice Rojas, ambos 'se repartían el trabajo que debían ejecutar en cada obra' y, es decir, ambos trabajaban. A esto equivale, igualmente, la declaración de Casas, que transcribe el señor apoderado''.

El sentenciador concluye el análisis del punto que se examina, así: ''Definida la prestación personal de un servicio, el demandante queda cobijado por la presunción establecida en el artículo 24 del Código del Trabajo. Puesto que Arroyave cumplía un trabajo personal en beneficio de Industrias Roca Limitada, entre las partes hubo de existir un contrato de trabajo. En virtud de esta presunción, el demandante no tiene ya que aportar la prueba de la subordinación, ese tercero y elusivo (sic) elemento del contrato de trabajo. En último término, la presunción del artículo 24 da por establecida la subordinación. En este mismo orden de ideas, es inútil el esfuerzo que hace el señor apoderado de la compañía demandada para demostrar que no existió la subordinación. Aquí no radica el debate, porque tal elemento está supuesto a partir del trabajo personal''.

El Tribunal se detiene luégo en el examen de la afirmación hecha por la compañía de que el demandante era un contratista independiente, que ejecutaba, con autonomía técnica y directiva, las obras que se le encargaban y, para ello, hace el análisis de los elementos y requisitos que, en su concepto, son necesarios para configurar el contrato de obra, conforme al artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, apoyándose, principalmente, en la prueba testimonial de que antes se ha hecho mérito y concluye expresando que Arroyave no fue un contratista independiente sino un trabajador subordinado, reafirmando además, para el caso de autos, la operancia de la presunción consagrada por el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

LA CORTE CONSIDERA:

Para la Sala es equivocada la estimación probatoria que hace el Tribunal. En efecto, el primer elemento esencial y constitutivo del contrato de trabajo —prestación personal del servicio—, lo deduce el sentenciador de la prueba testimonial, valiéndose para ello de algunas frases, expresiones o conceptos que toma aisladamente de las declaraciones rendidas por Gustavo Escobar, Gabriel Casas Hernández, Enrique Vásquez y Luis Bernardo Rojas, y de la manifestación hecha por el representante de la empresa, en carta que obra a folio 22, dirigida al Juez del conoci-

miento. Empero, analizadas esas pruebas en su integridad, individual o conjuntamente, sobre lo expuesto en relación con los hechos por esclarecer y sobre sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, la Sala llega a una evidencia contraria a la que fue admitida por el sentenciador de instancia, pues si bien ellas acreditan que Arroyave prestó servicios a Industrias Roca Limitada en la ejecución de varios contratos celebrados con ésta, es lo cierto que principalmente demuestran que ese trabajo no fue ejecutado siempre mediante la actividad personal del trabajador demandante, es decir, realizada por sí mismo, sino que se valió, también, de socios y de ayudantes a quienes él contrataba, despedía y pagaba sus salarios. De esta forma, no es posible aceptar esa relación de servicio, como la constitutiva del primer elemento esencial requerido por la ley para que pueda tener existencia un contrato de trabajo, por lo que desaparece el soporte que permite presumir la existencia del mismo, mediante aplicación del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que el hecho indicador —relación de trabajo personal— o sea, la actividad del trabajador realizada por sí mismo, que sirve de base a la presunción allí consagrada, no resulta acreditado conforme a las exigencias legales.

Se observa, además, que el Tribunal apenas hace una simple mención de la prueba de confesión del demandante, que resulta de las posiciones que absolvió dentro del juicio, y en que acepta que ejecutó unos contratos en asocio de Gabriel Casas, con quien dividía las ganancias obtenidas, y que también colaboraban, en las labores de colocación de baldosas, ayudantes bajo su dependencia, a quienes pagaba su salario, sin que al respecto hubiera tenido la empresa intervención alguna. Sobre estos hechos probados ningún análisis hace el sentenciador, limitándose a oponer a la confesión las declaraciones de los testigos Casas, Vásquez y Rojas, con menosprecio de las reglas de la sana crítica que deben tenerse en cuenta para formar el convencimiento conforme a lo dispuesto por el artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral. La prueba de confesión de que se ha hecho mérito, acredita con evidencia, que las relaciones jurídicas que existieron entre Enrique Arroyave y la sociedad Industrias Roca Limitada, dieron lugar a contratos de obra y no de trabajo.

En apoyo de lo que se deja consignado y para rebatir las razones del Tribunal, la Sala considera suficiente y oportuno transcribir, en lo pertinente, lo que expresó con fecha 1º de febrero del presente año, al decidir el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín proferida en el juicio laboral promovido por Gabriel Casas Hernández, contra Industrias Roca Limitada, negocio en el que se debatieron las mismas tesis y se examinaron hechos semejantes y casi idénticos a los contemplados en el caso *sub lite*. En tal oportunidad, dijo esta Sala de la Corte:

"No es aceptable el procedimiento adoptado por el fallador. La confesión judicial es plena prueba, conforme a lo previsto en el artículo 606 del Código Judicial, y no es admisible prueba en contrario, a menos que el confesante demuestre haber incurrido en error de hecho excusable o inculpable. Si bien tal precepto se refiere al proceso civil, no es desatendible en el de trabajo, pues aun cuando para el Juez Laboral no sea obligatoria la tarifa de la ley, en la formación de su convencimiento debe atenerse a las reglas de la sana crítica, como lo dispone el artículo 61 del Código Procedimental Laboral, y son ellas las que han conducido al legislador a darle el valor de plena prueba a la confesión judicial simple, mientras no sea revocada con observancia de los requisitos impuestos en el citado artículo 606.

"Entre los medios probatorios que sanciona el derecho, la confesión produce mayor fuerza de convicción que los restantes, pues es la propia parte la que acepta la verdad del hecho afirmado por la contraria, circunstancia que no concurre en las demás pruebas, a menos que se trate de verdades axiomáticas reveladas por la evidencia interna".

Por lo demás, no es exacto que desvirtúe la confesión del actor la prueba de que hace mérito el Tribunal. Los argumentos que expone no tienen la fuerza de convicción que le atribuye. Un somero análisis de ellos bastará para demostrar su inconsistencia. En resumen, son los siguientes:

"a) La labor cumplida por un trabajador, secundada por ayudantes y compañeros no desfigura el contrato de trabajo, ni por tal motivo se convierte en contrato de obra, pues aquél puede necesitar auxiliares que colaboren a su lado.

"Observa la Sala que la situación de hecho descrita por los testigos no es la de que el demandante Gabriel Casas hubiera ejecutado las obras con la colaboración de ayudantes. Presenta dos modalidades concurrentes, así: la ayuda de auxiliares, por una parte, y la realización de algunas obras por asociados del actor, conjunta o separadamente, por otra. Las relaciones jurí-

dicas eran distintas en uno y otro caso: con los ayudantes, de trabajo dependiente; con los demás colaboradores, de asociación, en pie de igualdad. Los asociados, deducidos los salarios de los ayudantes, se distribuían las ganancias, o soportaban las pérdidas, en su caso, asumiendo los riesgos.

"Por lo demás, aun situando los hechos dentro del marco de las relaciones de la primera clase —labor cumplida por el trabajador con la colaboración de ayudantes— si bien es aceptable el razonamiento de que no por ello se desnaturaliza el contrato de trabajo, la tesis no puede aceptarse sin reservas, sino a condición de que el patrono acepte la prestación del servicio en tal forma y siempre que no falte la actividad personal de quien contrajo la obligación de realizarlo.

"b) La sociedad se enteró de que el actor ejecutó el trabajo con la colaboración de ayudantes, por lo cual entre aquélla y Gabriel Casas existió contrato de trabajo, autorizado tácitamente por el patrono.

"La Sala observa que los testigos Arteaga, Rojas, Patiño y Rúa, afirman que los ayudantes eran empleados de Casas, siendo de su cargo el pago de los salarios.

"Según la tesis del Tribunal, patrono de los ayudantes no sería el demandado Casas sino la sociedad. Los testimonios aseveran lo contrario.

"'Exige la ley (art. 23 numeral 1º del C. S. T.) que el trabajador ejecute la labor por sí mismo. Tal exigencia la convierte en obligación a cargo del trabajador el artículo 58, inciso 1º, literal a) del mismo Código. Por tanto, si el patrono conviene en que el trabajo lo realice el asalariado con la ayuda de otros, éstos asumen el carácter de dependientes de aquél. Cuando tal cosa ocurra —dice Mario de la Cueva— 'el trabajador sustituto o el auxiliar quedan ligados al patrono, lo que quiere decir que éste y no el trabajador será el responsable ante aquéllos, y las razones son obvias' (Derecho Mexicano del Trabajo. Tomo 1º p. 600).

"Según la prueba testimonial, los ayudantes de Casas entraron en relaciones de trabajo dependiente con éste. Luego el hecho no puede dar base a la presunción del fallador para deducir que entre las partes alcanzó a configurarse un contrato laboral".

Más adelante, el fallo de esta Sala confuta los argumentos de que se vale el tribunal para rechazar las estipulaciones contractuales, y concluye así:

"Es doctrina sentada por la jurisprudencia la de que sobre los contratos escritos prevalece la realidad, si los hechos del proceso demuestran que el trabajo fue subordinado y no independiente. En el caso de autos, la prueba de que se ha hecho mérito confirma lo estipulado en las convenciones escritas. No era, pues, del caso desatender la voluntad contractual, dejándola sin efecto, para sustituírla por otra, sin ningún respaldo probatorio. La libertad contractual, en el derecho del trabajo, se halla sometida a numerosas restricciones por consideraciones de interés general, pero la intervención estatal no va hasta desconocerle valor a las convenciones libremente concertadas, sin vicios del consentimiento, con objeto y causas lícitos y exentas de reparos en cuanto hace al orden público y a las buenas costumbres".

Por todo lo anterior la Sala llega a la conclusión de que el Tribunal incurrió en error de hecho en la estimación de las pruebas que se dejan analizadas y que le sirvieron de fundamento a la sentencia. Lo que ellas demuestran con evidencia, es que las relaciones jurídicas entre las partes dieron lugar a contratos de obra y no de trabajo, por lo que no existe fundamento para producir las condenas en razón de los derechos y prestaciones reclamados por el trabajador. El cargo prospera y habrá de casarse la sentencia.

La Sala estima innecesario hacer el examen de los otros aspectos que plantea la acusación, relacionados con los demás elementos que configuran el contrato de trabajo (subordinación o dependencia del trabajador al patrono y salario), pues habiendo llegado a la conclusión de que en el caso *sub judice* falta la actividad personal del trabajador, tal circunstancia basta para situar el trabajo realizado por el demandante fuera de las normas que gobiernan el contrato de trabajo. Además, la estructuración de la sentencia impugnada cae por su base, que como se ha visto, parte del supuesto de estar debidamente acreditada una relación de trabajo personal entre las partes contendientes, para deducir de tal hecho la existencia de un contrato de trabajo conforme a la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

Para sustentar la decisión que debe proferirse en instancia, la Corte estima suficientes las razones que se han dejado expuestas al verificar el estudio del cargo presentado en la demanda de casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando jus-

ticia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida, REVOCA la de primer grado y, en su lugar, ABSUELVE a la sociedad Industrias Roca Limitada de todos los cargos de la demanda.

Sin costas.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto De Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPRESENTACION DEL PATRONO. — DOCUMENTOS. — TESTIMONIO POR MEDIO DE JUEZ COMISIONADO

No prospera el cargo contra la sentencia que absolvió a una empresa del pago de las prestaciones e indemnizaciones reclamadas. Quiénes son representantes del patrono. Reconocimiento tácito de documentos. Prueba testimonial recibida por medio de Juez comisionado.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. La ley no otorga al contador de una empresa la calidad de representante del patrono. No encaja en la relación que hace el artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que función de contador es la teneduría de libros, de carácter técnico, ajena a toda actividad de dirección y administración.

2. Manifestación de aceptación tácita ve el acusador en el hecho de que el documento, acompañado a la demanda, no fue objetado ni redargüído de falso. El argumento es inválido, porque el sistema de reconocimiento tácito de documentos privados obrantes en juicio, se refiere, según el artículo 645 del Código Judicial al que emane de la parte obligada o de su apoderado, y ya se ha visto que en el proceso no aparece demostrado que quien lo suscribe hubiera tenido calidad de representante del patrono. De reconocimiento tácito por el apoderado de la parte demandada no cabe hablar en el juicio, porque quien llevó su representación en éste no fue un apoderado constituído por ella sino un curador ad litem.

3. A más de otros motivos que tuvo para ello, el Tribunal desechó las declaraciones a que se refiere el recurrente, en consideración a que, habiendo sido recibidas por Juez comisionado, no dio éste cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 52 del Código Procesal Laboral, según el cual "ha debido comunicar al comitente el concepto que le hubieran merecido los deponentes y las circunstancias de mayor o menor credibilidad de sus testimonios". Esta otra falla de los testimonios, que el recurrente no ataca, sirve de fundamento suficiente a la estimación del fallador, que la Sala encuentra ajustada al mandato de la disposición citada y a lo que, sobre el punto, tiene decidido la jurisprudencia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE CASACION LABORAL.—Bogotá, D. E., veintisiete de abril de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez).

Ricardo Ramírez Varón promovió juicio ordinario contra la sociedad denominada "La Quebradita Limitada", para que por sentencia se la condene al pago de salarios insolutos, cesantía, primas de servicio, vacaciones, indemnización de perjuicios compensatoria y moratoria y costas del juicio.

Dijo su apoderado en la demanda que Ramírez Varón trabajó al servicio de la sociedad como tractorista, en predios de propiedad de aquélla, situados en el Municipio de Acacías (Intendencia del Meta), habiendo cumplido además otras funciones; que laboró bajo la dependencia de la empresa desde el 13 de febrero de 1954 hasta el 30 de junio de 1955; que sus servicios le fueron retribuídos parte en dinero y parte en especie (alojamiento y alimentación); que no fue convenido por las partes el importe del salario; que el trabajador fue despedido sin justa causa por el administrador de la compañía, y que ésta al

terminar el contrato no le cubrió las prestaciones sociales causadas.

Para representar a la sociedad en el juicio fue designado un curador *ad litem*, previo emplazamiento, quien contestó la demanda negando los hechos en que se funda. Propuso como excepciones perentorias las de inexistencia de la obligación, carencia de título y de causa y prescripción.

Trabada la litis en los términos expuestos y surtido el trámite de rigor, fue desatada por sentencia dictada por el Juzgado 3º del Trabajo de Bogotá. Condena ella a la sociedad a pagar al demandante $ 241.48 por cesantía; $ 87.50 por primas de servicio e igual cantidad por vacaciones, y a la suma de $ 5.83 diarios, a partir del 1º de julio de 1955 hasta que haga el pago del importe de las anteriores condenas, a título de indemnización moratoria. Declara probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de las primas causadas antes del 25 de abril de 1955 y no probadas las demás propuestas en la respuesta a la demanda; absuelve a la compañía de los demás cargos y la condena en un 80% de las costas del juicio.

Apeló la parte demandada. La sentencia que decidió la relación de segundo grado revocó la de primero en su totalidad y, en consecuencia, absolvió a la compañía de todos los cargos que le formuló el libelo inicial, sin costas.

El demandante interpuso contra la anterior providencia el recurso de casación, que le fue concedido. Elevados los autos a esta superioridad, fue admitido por ella el recurso, y como se halla debidamente preparado, se pasa a decidir.

LA DEMANDA

El escrito que lo sustenta solicita que la Corte case la sentencia del *ad quem* y, en fallo de instancia, confirme el de primer grado. Fija así el alcance de la impugnación.

Contra la sentencia recurrida formula un solo cargo; la acusa de haber violado, por falta de aplicación, los artículos 23, 24, 32, 65, 186, 189, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, a causa de error evidente de hecho en la estimación de unas pruebas.

En apoyo del cargo expone el recurrente:

Apreció erróneamente el Tribunal la liquidación de prestaciones sociales del actor, contenida en el documento del folio 6, hecha por Luis A. Londoño, contador de la empresa, reconocido por él bajo juramento (folio 92), pues según el fallador, se trata de documento privado emanado de un tercero, sin ninguna fuerza probatoria. El concepto es equivocado, porque Londoño, como contador, ejerció funciones de administración, actuando como representante del patrono, conforme al artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo, por lo cual el documento contiene una confesión que obliga al mandante. Otra afirmación errada del Tribunal en la estimación de dicha prueba, es la de afirmar que no puede desestimarse la declaración en ella consignada, según la cual el único saldo en favor del demandante es el de $ 63.37, porque en el documento se habla de abono de prestaciones sociales, hecho constitutivo de la excepción de pago, respecto de la cual en el proceso no aportó la sociedad deudora prueba alguna que la demuestre. También estimó erróneamente el Tribunal las declaraciones de los testigos Helí Mosquera, Roque Méndez y Constantino Galindo (folios 60 a 64), porque si no son precisas en cuanto al tiempo de servicios, son responsivas en cuanto informan que el actor ejecutó trabajos personales en favor de la sociedad. Demostrando la prueba que la labor fue de esa índole, acredita el contrato de trabajo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 24 del citado Código, por lo cual no era del caso rechazarla como lo hizo el fallador. De consiguiente, en la apreciación de los dos medios probatorios mencionados, la sentencia impugnada incurrió en evidente error de hecho, sin el cual habría dado aplicación a los preceptos legales que el cargo relaciona, condenando a la empresa al pago de las obligaciones decretadas por el fallo del *a quo*. Por no haber procedido así infringió tales preceptos, por falta de aplicación.

SE CONSIDERA:

Contiene el documento del folio 6 la liquidación de prestaciones sociales del demandante por cesantía, vacaciones y primas de servicio. Indica la fecha de ingreso al servicio (13 de febrero de 1954), la de salida (30 de junio de 1955), el tiempo servido y el salario devengado ($ 175.00 mensuales). El documento, de fecha 4 de febrero de 1957, lo firma Luis A. Londoño. En la diligencia de reconocimiento (folio 92) fue reconocido bajo juramento por su signatario, expresando que lo suscribió como contador de la hacienda "La Quebradita Limitada".

Fuera de la afirmación jurada de Londoño hecha al reconocer el documento, no obra en el proceso ninguna otra prueba que demuestre el hecho de que en la sociedad ejercía el cargo de contador. Para el Tribunal, el documento emana de un tercero y en él debe verse la simple certificación de un particular; los hechos de terceros,

anota, se acreditan en el juicio mediante declaraciones de testigos, recibidas con sujeción a las formalidades legales, no siendo permitido convertirlas en prueba literal. Si así se procede —agrega el fallador— se pierde la posibilidad de controvertir el testimonio, eliminándose todos los factores que deben servirle al Juez de base para su estimación. Por tanto, concluye, no puede tenerse el documento como prueba, pues se refiere a hechos que debieron ser materia de declaración por quienes los presenciaron, de manera que si Londoño los observó, ha debido dar cuenta de ellos como testigo y no registrarlos en un documento bajo su firma.

La Sala halla correcta la tesis del Tribunal. No es aceptable el argumento del recurrente, según el cual Londoño, como contador de la empresa, representaba al patrono. Como representantes de éste señala el artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo, además de los que tienen tal carácter según la ley o los reglamentos de trabajo, los empleados a su servicio que ejerzan funciones de dirección o administración. Como tales indica, por vía de ejemplo: los directores, gerentes, administradores, mayordomos y capitanes de barco, y quienes ejerzan actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del patrono, y los simples intermediarios.

La ley no otorga al contador de una empresa la calidad de representante de un patrono. No encaja en la relación que hace el artículo 32 citado, ya que función del contador es la teneduría de libros, de carácter técnico, ajena a toda actividad de dirección o administración. No obra en el juicio reglamento de trabajo que le asigne al contador la atribución de mandante del patrono, ni prueba alguna de la cual pudiera deducirse expresa o tácitamente la figura del mandato, aceptada por la empresa, o la de que Londoño haya sido simple intermediario. Manifestación de aceptación tácita ve el acusador en el hecho de que el documento, acompañado a la demanda, no fue objetado ni redargüido de falso. El argumento es inválido, porque el sistema de reconocimiento tácito de documentos privados obrantes en juicio, se refiere, según el artículo 645 del Código Judicial, al que emane de la parte obligada o de su apoderado, y ya se ha visto que en el proceso no aparece demostrado que Londoño hubiera tenido la calidad de representante del patrono. De reconocimiento tácito por el apoderado de la parte demandada no cabe hablar en el juicio, porque quien llevó su representación en éste no fue un apoderado constituído por ella sino un curador *ad litem*.

En relación con las declaraciones de los testigos Mosquera, Méndez y Galindo, el recurrente admite que no señalan con precisión el tiempo de servicios. Por ese motivo las desechó el Tribunal y además, porque, habiendo sido recibidas por Juez comisionado, no dio éste cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 52 del Código Procesal Laboral, según el cual "ha debido comunicar al comitente el concepto que le hubieran merecido los deponentes y las circunstancias de mayor o menor credibilidad de sus testimonios". Esta segunda falla de los testimonios, que el recurrente no ataca, sirve de fundamento suficiente a la estimación del fallador, que la Sala encuentra ajustada al mandato de la disposición citada y a lo que, sobre el punto, tiene decidido la jurisprudencia. Por lo demás, aun aceptando las declaraciones sobre el hecho que ellas acreditan, según el impugnante, o sea el trabajo personal del actor, a nada conduciría declarar, con base en él, la existencia del contrato de trabajo entre las partes, con aplicación de lo prescrito en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que, desconociéndose el tiempo de servicios, la ausencia de ese factor indispensable no le habría permitido al fallador decretar las condenas pedidas en la demanda inicial.

El cargo no prospera.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo, Roberto De Zubiría C., Luis Fernando Paredes A., José Joaquín Rodríguez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

RENUNCIA DEL MANDATO JUDICIAL

Insistencia de un abogado para que se le admita la renuncia de un poder. Condiciones para que se extinga el mandato judicial.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

En el caso particular del mandato judicial la simple renuncia no lo extingue, sino que para que esto ocurra es menester, o que en reemplazo del renunciante quede un sustituto, o que, en defecto de ese sustituto, se haga saber a la parte respectiva, por notificación personal, la renuncia del apoderado para que tenga la oportunidad de reemplazarlo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE NEGOCIOS GENERALES.—Bogotá, ocho de marzo de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo).

El doctor Fernando Molina Cruz, apoderado en este juicio de la parte actora, presentó renuncia, en memorial de siete de septiembre del año próximo pasado, del poder que para representar a dicha parte le había conferido el señor Pedro Barrault en su carácter de administrador de la comunidad denominada "Cocorná, Sacamujer y El Rebozo". El abogado Molina informa que la renuncia del poder obedece a la circunstancia de haber aceptado un cargo público, por lo cual no puede ejercer poderes ante las autoridades judiciales.

En providencia de veintisiete del mismo mes de septiembre el Magistrado sustanciador denegó la admisión de la expresada renuncia, en atención a lo previsto en el artículo 265 del Código Judicial, mientras el poder "no sea sustituído en abogado que acepte la representación".

Contra esta providencia interpuso el renunciante recurso de súplica, fundado en que en la providencia reclamada no se tuvo en cuenta lo dispuesto en la última parte del artículo 265 arriba citado.

La facultad de renunciar, como la de revocar el mandato, es de la esencia de esa convención; pero en el caso particular del mandato judicial la simple renuncia no lo extingue, sino que para que esto ocurra es menester, según el artículo 265 del Código de Procedimiento, que se cumpla una de las dos siguientes condiciones: que quede un sustituto en reemplazo del renunciante, o que, en defecto de ese sustituto, se haga saber a la parte que queda sin representación en el juicio, por notificación personal, la renuncia del apoderado para que tenga la oportunidad de reemplazarlo; lo que, por lo demás, se halla en armonía con lo preceptuado en el artículo 2193 del Código Civil, conforme al cual la renuncia del mandatario no pone fin a sus obligaciones sino después de transcurrido el tiempo razonable para que el mandante provea lo que estime más conveniente a sus intereses. La ley respeta, así, la autonomía de la voluntad del mandatario para ejercer o no la representación que se le ha confiado, pero asímismo cuida de que los intereses del mandante no queden, sin su conocimiento, desprovistos de la asistencia de un procurador.

He ahí por qué no es dable admitir la renuncia del poder sin que se haya cumplido uno de los requisitos enunciados, razones que justifican la

providencia que se revisa. Al aceptar la representación, el apoderado asume obligaciones y responsabilidades que no terminan sino con la extinción del mandato, y la admisión de la renuncia produciría esa extinción, con grave perjuicio para el mandante si se le deja sin su conocimiento desprovisto de representación en la causa. Pero así como la renuncia no es aceptable en las circunstancias anotadas que fueron las que en el proveído del Magistrado sustanciador se tuvieron en cuenta, sí es procedente, una vez presentada la renuncia, cumplir lo ordenado en el artículo 265 *in fine*, esto es, notificarla personalmente al mandante a fin de que dentro del plazo que prudencialmente se le señale proceda a designar un nuevo apoderado, transcurrido el cual habrá cesado la responsabilidad del mandatario dimitente por los perjuicios que pueda ocasionarle al mandante la ausencia de representante judicial.

Si bien es el caso de confirmar la providencia recurrida, así pues, por las razones que se dejan sucintamente expuestas, debe también adicionársela en el sentido últimamente indicado.

En consecuencia, la Sala resuelve:

1º Confirmar lo resuelto por el señor Magistrado sustanciador en el auto de veintisiete de septiembre de mil novecientos sesenta y uno.

2º Disponer que la renuncia presentada por el abogado Fernando Molina Cruz sea notificada personalmente al señor Pedro Barrault en su calidad de representante legal de la parte actora, a fin de que proceda a designar un nuevo apoderado dentro del término de diez días hábiles contados a partir de la fecha en que reciba la expresada notificación.

3º Expirado el plazo a que acaba de hacerse referencia, vuelva el negocio al despacho para resolver lo que fuere del caso en relación con la renuncia del doctor Molina Cruz.

Cópiese, notifíquese e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Ramiro Araújo Grau, Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION POSESORIA POR PERTURBACIONES

Ocupación de hecho de una zona de propiedad privada para abrir una carretera departamental. Efecto devolutivo en ciertas apelaciones y consultas de sentencias. Ejecución anticipada de un fallo y abono de gastos a cargo de quien pide la ejecución. Inadecuada escogencia de la acción ejercitada por el demandante.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. El recurso de apelación interpuesto contra un auto interlocutorio o una sentencia, por regla general, se concede en el efecto suspensivo; sin embargo, pueden presentarse dos excepciones, reglamentaria la una, cuando la ley ordena que se conceda en el devolutivo (ejemplo, art. 1031 C. J.); **y la otra excepción cuando la apelación de suyo debe concederse en el suspensivo, mas en virtud de una gracia especialísima, se dispone la anticipada ejecución del fallo, transformándose en devolutivo el efecto de la apelación, a petición de la parte favorecida por la sentencia.**

2. Cuando apelada por el demandado la sentencia que le perjudica, el demandante solicita su anticipada ejecución, es éste quien debe atender los gastos que de su solicitud se derivan, ya que en virtud de ella se cambia en devolutivo el efecto suspensivo de la apelación.

3. No siempre es posible considerar el recurso de consulta a modo de una apelación en el efecto suspensivo, pues ello significaría que el artículo 881 del Código Judicial, que autoriza la ejecución anticipada del fallo, quedaría sin aplicación en tratándose de aquellas entidades de derecho público enumeradas en el artículo 508 del mismo Código, puesto que esta norma, que ordena la consulta, es de ineludible cumplimiento por parte de los juzgadores de primera instancia.

4. Cuando se trata de la construcción de una carretera pública por ocupación de propiedad privada, no puede hablarse de un acto o serie de actos de perturbación, sino de real y efectivo despojo, aun cuando parcial, por cuanto implica ocupación de hecho de la zona incorporada a la nueva carretera, con calidad de hecho permanente y no transitorio. De donde se deduce claramente que la acción posesoria por perturbación no es la adecuada, sino la que tienda a obtener el total resarcimiento de los daños ocasionados al actor por hechos consumados.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE NEGOCIOS GENERALES.—Bogotá, ocho de marzo de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña).

Previa la tramitación del correspondiente juicio posesorio por perturbación, el apoderado de Nicodemus Torres J. solicitó que en la sentencia se dispusiera "que el Departamento de Cundinamarca o sus empleados, se abstengan en lo sucesivo de perturbar al señor Nicodemus Torres J. en la posesión pacífica que ha tenido de su finca denominada Santa Teresa, ubicada en el Municipio de Pasca, comprendida dentro de los linderos que se indicarán más adelante; que se le prohiba a la misma entidad demandada la continuación de los trabajos que ejecuta en la finca de Santa Teresa, según se dice con el fin de establecer por ella una carretera que va de la población de Pasca a la vereda del Carmen en

el mismo Municipio o al páramo del Pilar, so pena de pagar al actor una indemnización del máximum de la cuantía fijada por el artículo 886 del Código Judicial, dada la gravedad de los perjuicios ocasionados al señor Torres por los empleados del Departamento de Cundinamarca, y que igualmente el Departamento de Cundinamarca debe indemnizar a mi mandante del valor de todo perjuicio que con motivo de los hechos ejecutados por el Departamento en su finca le han ocasionado, como lo ordena el artículo 977 del Código Civil, perjuicios que serán fijados en su valor en el curso del juicio. O sea que se ampare al señor Nicodemus Torres en la posesión pacífica de su finca denominada Santa Teresa contra los actos ejecutados por los empleados del Departamento de Cundinamarca y se haga cesar toda intervención" (folios 17 a 17 vuelto, cuaderno número 1º).

Los hechos citados por el actor, en síntesis, son los siguientes:

1º El demandante ha estado en posesión de la finca Santa Teresa, ubicada en el Municipio de Pasca y por las lindes allí descritas, por más de veinte años en forma tranquila y pública;

2º El citado inmueble estaba cerrado con cercas de alambre y postes de piedra, dividido en potreros para su mejor beneficio, con acequias para el regadío, sementeras y ganados con cuyo "producido devengaba el sustento diario para él y su familia";

3º A fines del mes de abril de 1959, "el Departamento de Cundinamarca por conducto de un señor Peña y con una máquina Bulldozzer, penetró a la finca de don Nicodemus Torres, destruyendo las cercas que encontró a su paso, sementeras, pastos, y obstruyendo los regadíos, pues hizo en la finca sobre todo a lo ancho de ella varios cortes con excavaciones profundas, impidiendo el libre curso de las aguas y causando notorios perjuicios al poseedor, por la destrucción de las cercas, sementeras y pastos, y por la inseguridad en que quedó toda la finca precisamente por la destrucción de parte de las cercas que la aseguraban" (folios 17 vuelto, ibídem);

4º Por uno de los costados de la finca pasa un camino de herradura, el cual, según las comunicaciones de la Gobernación, no puede transformarse en carretera por el alto costo de ella;

5º De acuerdo con los oficios números 00220 de 29 de mayo y 00852 de 28 de octubre de 1959, el Departamento construye, por la finca Santa Teresa de propiedad del actor, una carretera con el fin de comunicar la cabecera del Municipio con la vereda de El Carmen o con el páramo de El Pilar; e insistió en llevar a efecto la construcción no obstante la oposición del propietario;

6º A Nicodemus Torres no solamente se le negaron las peticiones de suspensión de los trabajos de la carretera, "sino que también se emplearon contra él medios coercitivos por la Gobernación del Departamento, como se desprende de las copias expedidas por la Alcaldía de Pasca que se ven desde el folio 14 en adelante de la documentación que acompaño" (folio 18, ibídem);

7º Según el demandante, la Ordenanza número 52 de 1948 "no le dio atribución alguna al Gobernador del Departamento de Cundinamarca para conservar o construír los caminos a que se refiere el artículo tercero..." el cual expresamente mencionó "el camino que conduce de la población de Pasca a El Pilar, Municipio de San Bernardo, pasando por las fracciones de El Retiro, El Carmen y el cerro de La Florida...";

8º "Los perjuicios ocasionados por las autoridades departamentales a Nicodemus Torres por razón de la ejecución de los hechos que tales autoridades han llevado a cabo en su finca de Santa Teresa, son absolutamente notorios y graves e injustificados".

En derecho fundó la acción en los artículos 972, 974, 977, 981 y 986 del Código Civil; artículo 194, numeral 3º de la Constitución Nacional y en las respectivas disposiciones del Código de Procedimiento.

El apoderado del Departamento demandado, en general, negó los hechos a excepción del séptimo, respecto del cual dijo: "no es un hecho, sino una transcripción y un comentario".

En consecuencia, se opuso a las pretensiones del actor y tampoco aceptó los fundamentos de derecho.

I. Adelantada la tramitación en forma legal, el Tribunal falló el negocio, mediante sentencia de fecha 9 de diciembre de 1960, así:

"Primero. Ampárase al señor Nicodemus Torres, mayor y vecino del Municipio de Pasca, en la posesión quieta y pacífica del inmueble de Santa Teresa, de dicha jurisdicción, e identificado como se expresa en la parte motiva de esta providencia, contra los actos de perturbación ejecutados por el Departamento de Cundinamarca con las obras de la carretera que construye a través del mencionado inmueble.

"La infracción de lo anteriormente dispuesto, acarreará a la mencionada entidad y en favor del demandante señor Torres, una multa de trescientos pesos ($ 300.00) moneda corriente por cada vez que lo haga (artículo 889 del Código Judicial).

"Segundo. Condénase al Departamento de Cundinamarca a pagar al demandante Torres, el valor de los perjuicios que le han ocasionado con los actos de perturbación de que se ha hecho mérito anteriormente. El monto de tales perjuicios se regulará por el procedimiento en la parte motiva de este fallo.

"Tercero. No hay lugar a costas" (folios 29 vuelto, cuaderno número 1º).

II. Agotada la tramitación de segunda instancia, antes de entrar a estudiar el fondo del litigio, debe resolverse la cuestión previa planteada por el apoderado de la parte demandante, en el sentido de que no procede el recurso de consulta, en virtud de que el de apelación interpuesto por el apoderado del Departamento, en auto de 13 de abril de 1961, proferido por el Tribunal *a quo,* se resolvió: "Con fundamento en el informe anterior y lo dispuesto por la última parte del artículo 499 del Código Judicial, se declara desierto el recurso de apelación propuesto por la entidad demandada contra la sentencia de primer grado proferida por el Tribunal en este juicio" (folio 36, ibídem).

Como antecedente de la providencia transcrita se halla la apelación interpuesta, en la debida oportunidad, por el apoderado del Departamento; pero como el demandante, haciendo uso de la especial gracia, consagrada en el artículo 881 del Código Judicial, solicitara la ejecución del fallo, vale decir, se concediera la apelación en el efecto devolutivo, el Tribunal, equivocadamente, consideró que los gastos debía pagarlos la parte demandada, o sea, el Departamento; y como así no lo hiciera, declaró desierto el memorado recurso en el auto preinserto.

El recurso de apelación interpuesto contra un acto interlocutorio o una sentencia, por regla general, se concede en el efecto suspensivo; sin embargo, pueden presentarse dos excepciones, reglamentaria la una, cuando la ley ordena que se conceda en el devolutivo, como sucede en los casos determinados, por ejemplo, en el artículo 1031 del Código Judicial, los cuales deben concederse con las limitaciones y cargas señaladas en el inciso 2º del artículo 499 del mismo Código; y la otra excepción cuando la apelación de suyo debe concederse en el suspensivo, mas en virtud de una gracia especialísima, se dispone u ordena la anticipada ejecución del fallo, para lo cual se transforma en devolutivo el efecto de la apelación a *petición de la parte favorecida con la sentencia,* que no debe invertir el normal pago de los gastos, los cuales, al igual de la caución, debe satisfacerlos, no el apelante demandado, sino la parte actora que impetra la anticipada ejecución de la providencia, como ocurre en los casos de excepción contemplados, por ejemplo, en los artículos 275, 525, 881, 890, 891, etc. del Código Judicial.

La anterior interpretación está en armonía con lo ordenado en el artículo 562 del Código Judicial, en cuanto "cada parte debe pagar los gastos que se causen en la práctica de diligencias que solicite"; y como ya se expresó, la anticipada ejecución del fallo se lleva a cabo a petición del actor, no del demandado, cuya situación procesal no puede agravarse con mayores gastos, en provecho y beneficio de aquél, que ejerce una atribución o facultad de carácter excepcional.

En el discutible evento de que las copias que deben expedirse conforme al artículo 499, inciso 2º del Código Judicial, no puedan reputarse, según parece lo lógico, natural y obvio, como "actuaciones judiciales" (artículo 563 ibídem), las expensas debe satisfacerlas la parte que las solicita, según lo enseña el artículo 564 del Código Judicial; y en este caso, la parte que solicitó la ejecución de la sentencia, no fue el Departamento, sino el demandante Torres, a quien le correspondía satisfacer todos los gastos, directos e indirectos o mediatos, como las copias para hacer posible la anticipada ejecución del fallo; porque "se remite original al superior la parte conducente del proceso", mientras que aquellas servirán para dar aplicación al invocado artículo 881 del Código Judicial.

III. En cuanto atañe al recurso de consulta que el actor considera incompatible e inprocedente, en vista del artículo 881 del citado Código, tampoco puede aceptarse tal tesis, por esto:

Es incuestionable que la sentencia consultada impone al Departamento dos obligaciones: la primera en cuanto tiene que abstenerse de los actos considerados como de perturbación de la posesión del predio Santa Teresa; y la otra en relación con el pago de los perjuicios ocasionados con la construcción de la carretera. En consecuencia, el recurso de consulta procede de acuerdo con lo ordenado en el artículo 508 del Código Judicial, pues allí se lee: "Las sentencias que declaren alguna obligación a cargo del Estado, los Departamentos o los Municipios en primera instancia, deben ser consultadas con el superior".

Si el recurso de consulta debe considerarse siempre a modo de una apelación en el efecto suspensivo, según lo sugiere el actor, significaría que el memorado artículo 881 del Código Judicial no tendría aplicación cuando se trata de las entidades de derecho público enumeradas en el

artículo 508 antes copiado y de ineludible cumplimiento por parte de los juzgadores de primera instancia.

IV. Ahora, en cuanto a la acción posesoria ejercitada contra el Departamento, como se trata de la construcción de una carretera, no tiene la calidad de un acto o de una serie de actos de perturbación, sino de real y efectivo despojo, aun cuando parcial, del predio del demandante, por cuanto implica la ocupación de hecho del sector o zona incorporada a la nueva carretera, con la calidad de un hecho permanente, no meramente transitorio.

Si se trata de un hecho permanente, por una parte, y, por otra, de la incorporación de una zona del predio a una carretera, total o parcialmente construída, se deduce claramente que la acción posesoria por perturbación no es la adecuada, sino la que tienda a obtener el total resarcimiento de los daños ocasionados al actor por hechos consumados. Además el simple amparo "en la posesión quieta y pacífica", resulta del todo inoperante, en especial si la obra ha sido ya construída y dada al servicio público, porque estos hechos no podrían quedar incluídos, por ser distintos, en el dicho amparo decretado "contra los actos de perturbación ejecutados por el Departamento de Cundinamarca con las obras de la carretera que construye a través del mencionado inmueble", que alude a hechos consumados y de carácter permanente.

Aun cuando la carretera no haya sido totalmente construída la acción no puede considerarse como posesoria de perturbación, sino como una de expropiación de facto, porque la primeramente nombrada, supone actos puramente transitorios u ocasionales, como cortar maderas en predio del demandante, transitar por él, etc.; al contrario, la segunda supone un hecho permanente, el cual si se lleva a efecto en un inmueble, constituye un despojo, total o parcial, según que la ocupación se realice sobre la totalidad o sólo sobre una zona.

En mérito de las razones expuestas, 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 CONSULTADA.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las cancelaciones de rigor.

Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García M., Secretario.

OPORTUNIDAD PROCESAL DE ALLEGAR PRUEBAS

Términos aceleratorios y términos dilatorios. Oportunidades de fijar día y hora para practicar una inspección ocular, así como de impartir comisiones tendientes al mismo fin. Diferentes operaciones a que da lugar la actividad probatoria. Examen de los artículos 746, 697 (3º), 225 y 226 del Código Judicial.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. En derecho procesal se hace distinción entre los plazos o términos llamados aceleratorios y los llamados dilatorios.

2. El plazo señalado en el artículo 746 del Código Judicial para practicar pruebas es aceleratorio; pero no queriendo la ley que la simple demora en producir las pruebas cause perjuicio a los litigantes, permite, en el numeral 3º del artículo 597, que se alleguen hasta la citación para sentencia, o sea, que dilata la preclusión del plazo.

3. El término para producir pruebas establecido en el artículo 746 del Código Judicial no es perentorio, sino que, por el contrario, solamente precluye con la citación para sentencia.

4. Si se tiene en cuenta la distinción que debe hacerse entre acto procesal propiamente dicho y la providencia que lo contiene y la naturaleza de las diferentes operaciones a que da lugar la actividad probatoria, se notan en ésta, dentro del juicio ordinario, tres distintas categorías con cuatro diferentes especies de actos: 1) recibimiento genérico de pruebas; 2) proposición de pruebas y recibimiento específico de pruebas; 3) práctica de pruebas.

5. El recibimiento de la prueba es un acto de ordenación, o más concretamente, de dirección procesal, puesto que mediante él se dispone la utilización de ciertos medios dirigidos a alcanzar los fines que se propone la demanda, mientras que la comisión es un acto típicamente instructorio, ya que constituye un principio de realización de la actividad encaminada a que la prueba solicitada y admitida se practique e ingrese efectivamente a los autos.

6. Si el artículo 725 del Código Judicial prescribe que el señalamiento de fecha y hora para que se verifique la inspección ocular se haga en el auto que decreta la prueba, ello no obsta para que por razones de conveniencia o por haberse omitido en la mencionada providencia, el señalamiento se haga posteriormente, siempre que las partes tengan conocimiento oportuno de la fecha y hora fijadas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE NEGOCIOS GENERALES.—Bogotá, quince de marzo de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo).

Se revisa, en virtud de recurso de súplica interpuesto por el señor Procurador Delegado en lo Civil, el auto de veinte de octubre de mil novecientos sesenta y uno, en el cual el señor Magistrado sustanciador de este negocio resuelve: "Como las pruebas se pueden practicar, según el numeral 3º del artículo 597 del Código Judicial, hasta el auto de citación para sentencia, sin perjuicio de que el procedimiento se adelante en forma normal (artículo 350 del Código Judi-

cial), se dispone librar el correspondiente despacho al Juez Civil del Circuito de Bogotá, a quien se comisiona con veinte días de término, para que practique la inspección ocular decretada en tiempo hábil, en atención a la solicitud presentada por el apoderado de la parte actora''.

El señor Procurador relata en esta forma los antecedentes del caso: ''El 25 de agosto de 1960, dentro del término legal para solicitar pruebas, el apoderado de la parte actora pidió la práctica de una inspección ocular, y el 30 del mismo mes y año la Sala de Negocios Generales dispuso: 'F. Practíquese la inspección ocular solicitada con el fin de establecer, con la intervención de peritos, las cuestiones propuestas en los numerales 1), 2), 3) y 4) del punto F del memorial mencionado (...). Las partes, dentro del término de que disponen para la práctica de las pruebas, pedirán el señalamiento de fecha y hora para dar principio a la diligencia de inspección ocular, o pedirán se imparta la correspondiente comisión al Juez competente por razón de la ubicación del inmueble'. Este auto quedó ejecutoriado el día 7 de septiembre de 1960. La parte demandante no volvió a actuar hasta el 18 de octubre del presente año cuando solicitó se comisionara al Juzgado Civil del Circuito de Bogotá (repartimiento) para llevar a cabo la diligencia de inspección ocular. El Magistrado ponente pidió informes a la Secretaría, y ésta, con fecha 20 de los corrientes, dejó la siguiente constancia: 'Al despacho del Magistrado doctor Osejo Peña, informándole atentamente en cumplimiento del auto anterior, que en este negocio se encuentran vencidos los términos de prueba, y que, de consiguiente, el memorial anterior fue presentado fuera del término señalado en el aparte final del auto de 30 de agosto de 1960 (...)'. No obstante lo informado por la Secretaría respecto del vencimiento del término probatorio'', el Magistrado sustanciador confirió comisión al Juez Civil del Circuito de Bogotá para llevar a cabo la diligencia, conforme al auto arriba transcrito.

Para sustentar el recurso el señor Procurador expone las siguientes razones:

''La disposición según la cual para estimar el mérito de las pruebas, éstan (sic) han de formar parte del proceso por haberse practicado antes de la citación para sentencia, no se opone al cumplimiento de lo ordenado en el artículo 746 del Código Judicial que fija términos perentorios aunque también prorrogables. Esa norma general presupone el desarrollo riguroso de todos los actos procesales, establecidos con el fin de garantizar los derechos de los particulares y también para asegurar los intereses de la colectividad. Expedida por el legislador en un cuerpo armónico de disposiciones que tienden a una rápida solución de los conflictos sometidos a la decisión jurisdiccional, no puede ser utilizada para excitar la inercia y la pasividad de las partes porque entonces sí sería contraria a los principios de perentoriedad de los plazos, acogidos para acelerar los juicios.

En caso de vencimiento del período que otorga el artículo 746 del Código Judicial, precluye para los litigantes la posibilidad de pedir pruebas y para el Juez la de decretarlas; pero, según la recta interpretación del inciso 3º del artículo 597 del mismo estatuto, no se extingue la facultad de su incorporación al proceso, siempre y cuando que la práctica extemporánea no obedezca a negligencia o falta de interés de la parte que las solicitó y que se alleguen antes de la citación para sentencia.

''En el caso presente puede sostenerse que el decreto de la prueba de inspección ocular no se perfeccionó dentro del término legal. Se dispuso la práctica de la diligencia pero eso no era suficiente para el perfeccionamiento del acto procesal, pues, de acuerdo con el artículo 725 del Código Judicial, 'el auto que decrete la práctica de una inspección ocular debe expresar con claridad los puntos materia de la diligencia y el sitio, la fecha y la hora de ésta'. De manera que la prueba queda decretada jurídicamente, cuando lo ha sido en su integridad, es decir, con las indicaciones a que hace referencia la citada disposición legal''.

—

1. En derecho procesal se hace distinción entre los plazos o términos llamados *aceleratorios* y los denominados *dilatorios*. Es finalidad de los primeros ''imprimir rapidez a la marcha del procedimiento'', mientras que los segundos tienen por objeto ''que no se vaya tan de prisa que se perjudique el interés legítimo de algunos de los sujetos procesales'' (Guasp). El plazo señalado en el artículo 746 para practicar pruebas es aceleratorio, porque con él se propone la ley que una vez transcurrido se pase al siguiente período procesal, el de los alegatos de conclusión, es decir, que persigue acelerar el trámite; pero no queriendo, por otra parte, que la simple demora en producir las pruebas cause perjuicio a los litigantes, permite, en el numeral 3º del artículo 597, que se alleguen hasta la citación para sentencia, o sea, que dilata la preclusión del plazo. Se armonizan y conjugan en esta forma dos objetivos fundamentales en la organización del proceso: la rapidez en la sucesión de las diferentes etapas que componen el juicio y la amplitud

necesaria para que las partes puedan desarrollar sin precipitación su actividad probatoria, amplitud que no es incompatible con la celeridad en la tramitación, pues la prueba se puede producir más allá del término fijado en el artículo 746 sin que por ello tenga que sufrir retardo el curso normal del juicio. El término para producir pruebas establecido en el artículo 746 no es, por consiguiente, perentorio, como lo afirma el señor Procurador, sino que, por el contrario, solamente precluye con la citación para sentencia.

2. Con criterio meramente exegético, el señor Procurador deduce del artículo 725 del Código Judicial, e infiere del 726, que el señalamiento de fecha y hora para llevar a cabo una inspección ocular, y la comisión al órgano jurisdiccional inferior para que la realice son actos complementarios o de integración del admisorio de pruebas.

A otra conclusión se llega, sin embargo, si se tiene en cuenta la distinción que debe hacerse entre el acto procesal propiamente dicho y la providencia que lo contiene y la naturaleza de las diferentes operaciones a que da lugar la actividad probatoria. Se notan en ésta, dentro del juicio ordinario, tres distintas categorías con cuatro diferentes especies de actos: 1) Recibimiento genérico a pruebas; 2) Proposición de pruebas y recibimiento específico de pruebas; 3) Práctica de pruebas. A esta última pertenecen todas aquellas operaciones encaminadas a que las pruebas se produzcan, siendo incuestionable que el acto mediante el cual se comete al Juez inferior la ejecución de ellas está dirigido a ese fin, por lo cual no puede ser clasificado entre los relativos al recibimiento específico de pruebas, o sea, a la admisión de éstas, sino entre los propios para allegarlas. El recibimiento de la prueba es un acto de ordenación, o más concretamente, de dirección procesal, puesto que mediante él se dispone la utilización de ciertos medios dirigidos a alcanzar los fines que se propone la demanda, mientras que la comisión es acto típicamente instructorio, ya que constituye un principio de realización de la actividad encaminada a que la prueba solicitada y admitida se practique e ingrese efectivamente a los autos. Y lo mismo acontece con el señalamiento de fecha y hora para que se verifique la diligencia. Si el artículo 725 prescribe que tal señalamiento se haga en el auto que decreta la prueba, es con el objeto de que las partes tengan oportuno conocimiento de aquellas circunstancias; pero ello no obsta para que por razones de conveniencia o por haberse omitido en la mencionada providencia, el señalamiento se haga posteriormente, siempre que las partes tengan conocimiento oportuno de la fecha y hora fijadas, al punto de que tal práctica constituye una inveterada costumbre judicial. Los actos de comisionar y señalar fecha y hora para la diligencia no son, pues, actos de integración del recibimiento específico de pruebas, sino que pertenecen a una categoría jurídica distinta: son operaciones relativas a la ejecución de la prueba; y si bien puede aceptarse, en virtud de lo dispuesto en el artículo 725, que los señalamientos —no la comisión— complementan el *auto* llamado de admisión, esto es, una providencia que puede contener una pluralidad de actos de disímil naturaleza, unos de dirección y otros instructorios, a completarla puede proveer, el Juez en cualquier tiempo dentro del plazo para practicar pruebas, puesto que la ley no ha sometido a condiciones el ejercicio de la respectiva facultad.

Por estas razones, no se accede a revocar el auto proferido por el señor Magistrado sustanciador el veinte de octubre de mil novecientos sesenta y uno, en el cual comisiona al Juez Civil del Circuito de Bogotá para que practique la inspección ocular.

Cópiese, notifíquese e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Ramiro Araújo Grau, Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Grave siniestro al chocar una locomotora con un automotor de gasolina. A quién se debe demandar, ¿a la Nación o a los Ferrocarriles Nacionales? Cuál es el Juez competente. Sucesión procesal. Jurisprudencia de la Corte sobre estos temas. Examen de pruebas en procesos reconstruídos. Culpabilidad del maquinista y responsabilidad de la entidad demandada.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

En tratándose de procesos reconstruídos, como el presente, hay una regulación especial, según la cual, se pueden tener como existentes en el proceso pruebas simplemente mencionadas en ciertos escritos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE NEGOCIOS GENERALES.—Bogotá, marzo diez y seis de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau).

Se decide la segunda instancia de los juicios acumulados promovidos contra la Nación y el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales por:

a) Alberto Espinel R. y Rosalía R. de Espinel;

b) Elba y Francisco Espinel Rodríguez, representados por su padre legítimo, Alberto Espinel R.;

c) Rafael, Ricardo, Julia y Leonor Pardo Espinel.

En las tres demandas aparecen indicados los siguientes hechos básicos:

"... En las horas de la tarde del día 30 de agosto de 1942 salió de la estación del ferrocarril de Girardot denominada 'La Esperanza', en dirección a la estación de 'El Ocaso' la mesa de motor o 'gasolina' destinada al servicio del Ingeniero del Ferrocarril Girardot-Tolima-Huila, Sección 1ª, doctor Alberto Espinel, llevando o transportando parte de la familia del doctor Espinel, o sean su esposa señora Rosalía Rodríguez de Espinel, sus hijos Héctor Alberto, Dora, Elba y Luis Francisco Espinel Rodríguez; su sobrina señorita Lucrecia Pardo Espinel, y la muchacha al servicio de la familia llamada Rosa Garzón.

"... La 'gasolina' salió de la 'Esperanza' conducida por el señor Heberto Silva, empleado del Ferrocarril, quien había recibido vía libre hasta 'El Ocaso' del Jefe de la Estación de 'La Esperanza', señor Alejandro Trompa, pero con cruzamiento en el 'switch' de 'La Pesquera' con la locomotora del Ferrocarril número 31, que viajaba de 'El Ocaso' hacia 'La Esperanza', conducida por el maquinista Abel Salgado.

"... La dicha locomotora número 31 salió de 'El Ocaso' hacia 'La Esperanza', habiendo recibido el maquinista vía libre, pero con la advertencia expresa de que en el 'switch' de 'La Pesquera' debía efectuar cambio con la 'gasolina' que conducía a la familia Espinel, Ingeniero de la empresa.

"... Después de haber salido de La Esperanza la mentada gasolina, el Jefe de dicha estación llamó por teléfono al 'switchero' de 'La Pesquera' para darle el aviso de la salida de la 'gasolina' y del cambio que debía efectuarse en 'La Pesquera', pero el tal 'switchero' no se encontró en su puesto.

"... El maquinista Abel Salgado hizo caso omiso de la advertencia que se le había hecho de hacer el cambio en 'La Pesquera', no paró la máquina, continuó su viaje y en el punto denominado 'Campo Alegre', kilómetro 85, a 300

metros más o menos de 'La Pesquera', se produjo el violento choque con la 'gasolina', la que se incendió en el acto.

"... El conductor de la mesa de motor o 'gasolina', como se la denomina generalmente, señor Heberto Silva, así que vio que se iba a producir el choque, sin ningún sentimiento humanitario por las señoras y los niños confiados a su cuidado, lejos de frenar la 'gasolina', de ponerle reverso para alejarla del peligro y de hacer cuanto estuviera a su alcance por evitar la desgracia que se cernía sobre los ocupantes de ella, se botó a tierra y abandonó cobardemente y en forma egoísta a la familia Espinel, salvándose él sí de todo peligro.

"... A consecuencia del choque producido, el tanque de la 'gasolina' explotó, incendiándose el vehículo y produciéndose la catástrofe siguiente: la muerte de los niños Héctor y Dora Espinel Rodríguez; la muerte de la señorita Lucrecia Pardo Espinel; gravemente lesionados y quemados la señora Rosalía Rodríguez de Espinel, los niños Luis Francisco y Elba Espinel Rodríguez y la sirvienta Rosa Garzón.

"... Fueron responsables de este espantoso siniestro: a) El Jefe de la Estación de 'La Esperanza', señor Alejandro Trompa, quien expidió el pase a la 'gasolina' y la despachó sin avisar previamente por teléfono al 'switchero' de 'La Pesquera', alegando que cuando lo llamó, éste no se encontraba en su puesto; b) El 'switchero' de 'La Pesquera' señor José María Torres, quien no tuvo conocimiento oportuno de la salida de la 'gasolina' a consecuencia de haber abandonado su puesto, faltando así al cumplimiento de sus deberes; c) El maquinista de la locomotora número 31, señor Abel Salgado, quien no obstante llevar escrita la orden de cruzarse en La Pesquera con la gasolina y el haber sido advertido por sus compañeros de esta circunstancia, no se detuvo en 'La Pesquera', ni averiguó por la 'gasolina', sino que siguió su camino haciendo producir el choque y siendo el responsable directo de la catástrofe; d) El Jefe de la Estación de 'El Ocaso' señor Víctor Duque, quien tampoco avisó por teléfono al 'switchero' de 'La Pesquera' de la salida de la locomotora, y e) Finalmente el conductor de la 'gasolina' señor Heberto Silva, quien así que vio la locomotora, se arrojó a tierra, sin apagar ni frenar la 'gasolina', ni hacer por devolverse, ni intentar siquiera salvar a los ocupantes de ésta.

"... El siniestro ocurrió por culpa, descuido y negligencia de los empleados mencionados, en ningún caso por fuerza mayor o caso fortuito.

"... Como tales empleados lo son del Consejo Administrativo de Ferrocarriles Nacionales, éste es responsable civilmente de las culpas, descuidos y negligencias de sus empleados en conformidad con la ley civil, y la Nación también lo es como propietaria de dichos Ferrocarriles".

Como fundamentos específicos propios de la demanda presentada por Alberto Espinel y Rosalía R. de Espinel, que están casados entre sí, aparecen indicadas las siguientes circunstancias: que los menores Héctor Alberto, Dora, Luis Francisco y Elba Espinel Rodríguez son sus hijos legítimos; que a consecuencia del estado grávido en que se encontraba Rosalía R. de Espinel dio a luz prematuramente a un niño (Héctor), que murió a los catorce días de nacido a consecuencia del estado de enfermedad y depresión moral en que se hallaba al tiempo del nacimiento del niño; que a consecuencia de las heridas que recibió Rosalía R. de Espinel quedó con deformidad física grave de carácter permanente, con una pierna afectada que quedó encogida y un poco torcida, produciéndole una cojera al andar; que las quemaduras que sufrieron los menores Luis Francisco y Elba Espinel Rodríguez, les dejaron huellas de carácter permanente, en la cara, al primero, y en la cara y una pierna a la segunda; que tanto la señora Rosalía de Espinel como los menores Espinel Rodríguez, tuvieron una incapacidad para el trabajo de diversa duración; que los esposos Espinel-Rodríguez sufrieron perjuicios materiales de gran consideración y trastorno profundo en todos sus intereses y negocios; que el doctor Espinel tuvo que hacer cuantiosas erogaciones por el entierro de sus tres hijos Héctor Alberto, Dora y Héctor, así como gastos de médicos, enfermeras y drogas; que sufrieron perjuicios morales de gran magnitud a consecuencia de la muerte de sus hijos y de las quemaduras, desfiguraciones y fracturas sobrevenidas a su esposa y a sus otros dos hijos; que el doctor Espinel sufrió una limitación en su capacidad profesional a consecuencia de la depresión física y moral causada por la muerte de sus hijos, la enfermedad y graves lesiones de su esposa y de los dos niños que lograron salvarse.

La demanda de los esposos Espinel Rodríguez tiene por objeto que se declare que la Nación y el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, son civilmente responsables de los perjuicios materiales y morales que sufrieron como consecuencia del accidente a que se ha venido haciendo referencia y que, por tanto, dichas entidades deben ser condenadas solidariamente a pagar a Rosalía R. de Espinel y Alberto Espinel, las sumas de $ 40.000.00 y $ 60.000.00 res-

pectivamente, por perjuicios materiales y morales "o la suma que se fije por peritos dentro del juicio o en la ejecución de la sentencia".

Los fundamentos particulares de la demanda presentada por Elba Espinel Rodríguez y Luis Francisco Espinel Rodríguez, representados por su padre, Alberto Espinel consisten en que las quemaduras que sufrieron les dejaron deformidades de carácter permanente y que tuvieron una incapacidad de varios días.

En la parte petitoria se solicita que la Nación y el Consejo sean declarados responsables por los perjuicios materiales y morales que sufrieron los mencionados menores y que consecuencialmente dichas entidades sean condenadas en forma solidaria a pagarles la suma de $ 100.000.00, "en que estiman tanto los perjuicios morales subjetivos y objetivados y los daños materiales sufridos por las causas antes mencionadas, o la suma que se fije por peritos dentro del juicio o en la ejecución de la sentencia".

En cuanto a la demanda de Rafael, Ricardo, Julia y Leonor Pardo Espinel, los hechos básicos exclusivos de ella afirman que son hermanos legítimos de la difunta Lucrecia Pardo Espinel; que sufrieron perjuicios morales y materiales de gran consideración a causa de la trágica muerte de ésta, ya que eran huérfanos y con su trabajo ella atendía al cuidado, sustento y educación de sus hermanos menores, quienes no tenían más amparo y apoyo que su citada hermana, aparte de que tuvieron que hacer gastos por la razón de dicho deceso.

En el *petitum* imploran la declaración de ser las entidades demandadas civilmente responsables de tales perjuicios y su condenación solidaria a pagarles por ellos la suma de $ 40.000.00, o la que fijen peritos.

Base común de todas las demandas es, pues, la responsabilidad de la Nación y del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles, por hechos culposos de empleados de éste que dieron lugar a la colisión entre una locomotora y una "gasolina", de la que resultaron los diversos perjuicios cuya indemnización impetra cada grupo de demandantes.

Destruídos los expedientes, ya acumulados, por obra del incendio del Palacio de Justicia, el 9 de abril de 1948, fueron reconstruídos de conformidad con el Decreto 1683 del mismo año, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá le puso fin a la primera instancia en sentencia de 30 de marzo de 1960, absolutoria de los demandados. Por apelación de los demandantes contra tal proveído, vino el negocio a esta corporación, donde ha sufrido la tramitación de ley.

En su alegato de fondo el señor Procurador 2º Delegado en lo Civil, a quien ha correspondido la representación de la Nación en esta instancia, hace suyas las razones que adujo el Tribunal para no reconocer la comprobación de los elementos estructurales de las pretensiones aducidas por los demandantes, y en segundo lugar alegó que no se encontraban configurados los presupuestos procesales de capacidad para ser parte, por lo que hace a la Nación, y de competencia. Considera que no ha debido demandarse a la Nación, sino únicamente al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, de quien dependían las personas a cuya culpa se debió el accidente que ocasionó los perjuicios señalados en los libelos, pero que dicho Consejo no podía ser demandado en primera instancia ante un Tribunal Superior.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

PRESUPUESTOS PROCESALES

En sentencia de 30 de agosto de 1961, que puso término al juicio que Lilia E. Garzón viuda de Torres instauró contra la Nación y el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, dijo esta Sala con relación al mismo punto que en este negocio plantea el señor Procurador 2º Delegado:

"De conformidad con la Ley 29 de 1931, creadora del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, éste disfrutaba 'de las prerrogativas y derechos de una persona jurídica autónoma', 'ejercía todas sus funciones con completa independencia', podía 'presentarse ante los Tribunales o autoridades de cualquier orden y ejercitar cualquier acción o excepción que considerare conveniente o necesaria para la buena administración o desarrollo de los bienes confiados a su cuidado'; pero no tenía absoluta libertad en cuanto a disposición de los bienes que administraba (por ejemplo: según el artículo 11 de dicha Ley, deducidas las reservas y gastos allí expresados, el resto del producto neto de la explotación debía consignarse en la Tesorería General de la República), y el Contralor General debía hacer "anualmente una revisión de los libros registrados y cuentas de los Ferrocarriles administrados por el Consejo y rendirá el informe correspondiente al Presidente de la República" (artículo 3º). Era, pues, un organismo administrativo, creado por la ley dentro del principio de la descentralización por servicios, para administrar con gran autonomía un determinado sector del

patrimonio nacional, pero no era una persona jurídica privada, independiente del Estado a la que éste le hubiera traspasado, mediante el cumplimiento de las formalidades legales del caso, la propiedad de los bienes que estaba llamada a administrar.

"Tal calidad de órgano de la administración fue acentuada por el Decreto 1420 de 1943 que declaró que la 'dirección y administración de los ferrocarriles de propiedad de la Nación corresponde al Organo Ejecutivo, quien la ejercerá por delegación del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales creado por la Ley 29 de 1931'. Otro tanto hizo el Decreto 2645 del mismo año, pues si en su artículo 2º insistió en dar al Consejo 'las prerrogativas y derechos de una persona jurídica autónoma, representada por el Administrador General', que ejercerá todas sus funciones con una completa independencia, al mismo tiempo preceptuó que el Consejo 'tendrá la personería activa y pasiva de la Nación, con exclusión del Ministerio Público en lo referente a los bienes cuya administración le está confiada, ante toda clase de autoridades, y en toda suerte de diligencias, actuaciones y juicios'.

"De las disposiciones legales antes aludidas fluye esta consecuencia importante: que respecto a los litigios que surgieran con ocasión de la gestión del Consejo, las demandas debían dirigirse contra éste, representado por su Administrador General, y que sólo los bienes objeto de dicha gestión debían quedar afectados a las resultas de tales juicios.

"Estas conclusiones, por lo demás, fueron las deducidas por la jurisprudencia más constante de la Sala. 'Se deduce, pues, de lo dicho que dentro de las características que la ley quiso asignarle a este establecimiento, el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, si dependiente del Estado en cuanto a la forma y términos como cumple su función puramente administrativa, es sin embargo en el campo de la vida civil una persona jurídica independiente y autónoma, capacitada como tal para comprometer sólo su personal responsabilidad en los bienes que administra, mas no los de la Nación en el patrimonio general de que fue expresamente separado', dijo en una ocasión (*Gaceta Judicial*, Tomo LXVIII, números 2089-2090 y 2091, página 674). Y en otra: '... Se agrega que en todo lo que tiene relación con los bienes dados a él en administración por el Estado, hay personería privativa en el Consejo. Bien sea que los bienes estén o hayan estado bajo su guarda, y siempre que se trate de algo referente a ellos, como su posesión, su reivindicación, los créditos activos o pasivos originados en el manejo de tales bienes...' (*Gaceta Judicial*, Tomo LXXVIII, número 2146, página 820).

"Pero si era el Consejo a quien debía demandarse para deducir obligaciones surgidas con ocasión de la administración de los ferrocarriles y sólo los bienes sometidos a tal administración debían quedar afectados a las resultas de los juicios, nada podía oponerse, sin embargo, a que un litigante dirigiera también su demanda contra la Nación, representada por el Agente del Ministerio Público, como acaeció en el caso de estudio, porque la considera deudora solidaria del Consejo, lo que llevaría implícita la pretensión de que ella debía hacer frente a la obligación demandada con todos los elementos comunes y generales del patrimonio nacional.

"Por consiguiente no era inepta la demanda que dio lugar a este juicio por haberse dirigido tanto contra el Consejo, representado por su Administrador, como contra la Nación, representada por el señor Agente del Ministerio Público. Como tampoco lo era por razón del trámite a que fue sometida, ya que se estaba en presencia de pretensiones deducibles por la vía ordinaria. En cuanto a competencia, el Tribunal Superior de Bogotá era el Juez de primera instancia de la Nación, de conformidad con el ordinal 1º del artículo 76 del Código Judicial; y también lo era del Consejo, bastando para fundamentar esto indicar que el artículo 2º del Decreto 2645 dejó claramente establecido que el Consejo gozaría 'en industrias judiciales y administrativas de todos los privilegios concedidos a la Nación'.

"Respecto a la capacidad para ser parte y la procesal, es obvio que la tenía la Nación, representada por el Agente del Ministerio Público; e igualmente el Consejo, representado por su Administrador, de conformidad con las disposiciones legales arriba transcritas, que le reconocieron los atributos de la personalidad".

Se encontraban, pues, satisfechos los presupuestos procesales en los presentes juicios.

LEGITIMACION EN CAUSA DE LA NACION

Entrando al fondo del negocio, debe en primer lugar dilucidarse lo relacionado con la legitimación de la Nación para ser sujeto pasivo de las obligaciones cuyas declaraciones se demandaron en los libelos, cosa negada por el señor Procurador Delegado. A este respecto se transcribe lo que sobre el particular expuso la Sala en la mis-

ma sentencia acabada de aludir: "Durante la tramitación del juicio... se expidió el Decreto 3129 de 1954, en desarrollo de Ley 17 de 1952, y entre otras cosas, dispuso las siguientes:

"Artículo 1º A partir del primero de diciembre de 1954 queda suprimido el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, creado por la Ley 29 de 1931, y por el Decreto número 1695 de 1931.

"Artículo 2º Créase a partir del primero de diciembre de 1954 una empresa denominada 'Ferrocarriles Nacionales de Colombia', destinada a administrar los ferrocarriles de propiedad nacional, sobre una base comercial, y a cuyo cargo estará la organización, administración, desarrollo y mejoramiento de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, que se regirá por los siguientes estatutos...

"Artículo 5º El patrimonio de la empresa estará integrado por todos los bienes que constituyen el activo patrimonial que administra actualmente el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, y de los que posteriormente adquiera la empresa.

"Parágrafo. El Gobierno Nacional cubrirá la totalidad del pasivo existente en el momento del traspaso a cargo del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales".

"Resulta, pues, que uno de los sujetos de la relación jurídica procesal, el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, dejó de existir por obra del legislador durante la secuela del juicio, y que dicho legislador, sin duda en atención a la naturaleza especial de tal organismo, dispuso que la Nación asumiera la totalidad del pasivo del Consejo existente en el momento en que los bienes que éste administraba pasaron a la empresa 'Ferrocarriles de Colombia', o sea, en primero de diciembre de 1954. El señor Procurador le da un sentido restringido, estrictamente contable, según parece, a la palabra pasivo, y no admite, en consecuencia, que a la Nación pueda hacérsele efectiva una obligación cuya declaración judicial sólo podía producirse con posterioridad a la mencionada fecha; mientras que el Tribunal estimó que, por no haber hecho distinción el legislador, tal vocablo debía comprender también las obligaciones 'en potencia de existir concretamente mediante su reconocimiento judicial'. Dada la naturaleza especial del Consejo, de ser un organismo descentralizado en grado sumo, pero que no era una persona privada independiente del Estado, con bienes que a su disolución subsistieran como específica prenda común de sus acreedores, considera la Sala que la interpretación del Tribunal es la más aceptable, y que por consiguiente, la disposición legal en examen hizo referencia no sólo a las obligaciones que en la fecha antes indicada aparecieran como ciertas en la contabilidad del Consejo, sino a todas aquellas que aunque pudieran ser objeto de una declaración judicial posterior a tal fecha, tuvieran su causa en hechos acaecidos antes del mencionado momento".

Ahora bien, los que sirven de fundamento a las pretensiones de los demandantes, ocurrieron en el año de 1942; luego no hay inconveniente en que puedan deducirse a la Nación las correspondientes obligaciones, caso de que realmente hubieran surgido a cargo del Consejo. No es que se viole regla alguna sobre relación de dependencia entre el autor del daño y la persona llamada a responder por él, sino que habiéndose producido un caso de sucesión procesal (que además redujo las personas demandadas a una sola) en virtud del cual la Nación, por mandato legal expreso, vino a ocupar el lugar del Consejo, se puede declarar contra aquélla una obligación nacida a cargo de éste. La aludida sucesión procesal quedó facilitada al máximo por la circunstancia de haber sido demandada desde un principio la Nación juntamente con el Consejo, por lo que bien pudo proseguirse normalmente el trámite del juicio, no obstante la desaparición de dicho organismo.

La Nación está, pues, legitimada para ser sujeto pasivo de las posibles obligaciones cuyas declaraciones impetran los demandantes.

LA CUESTION PROBATORIA

En su proveído absolutorio el Tribunal acepta la *posibilidad jurídica* de las pretensiones de los demandantes, pero echa de menos la prueba de los elementos principales integradores de esas pretensiones, estimando que lo único que puede tenerse como plenamente comprobado es la defunción de los menores Héctor y Dora Espinel Rodríguez, cuyas partidas de defunción figuran originales en el expediente. Afirma que "si bien es cierto que en los autos obran copias de los memoriales de pruebas presentados en estos juicios acumulados y copia de los alegatos de conclusión presentados en ellos, es lo cierto que tales pruebas no obran en autos para poder ser estimadas y valoradas". Destaca que "los hechos en que se apoya una demanda deben ser demostrados de una manera plena y completa; esa demostración la logra el Juez frente al contenido que arrojan las pruebas una vez practicadas. No es suficiente para acreditar los hechos en que se apoya la de-

manda, afirmar que se solicitaron y practicaron todas las conducentes y reconocidas por la ley, sino que es necesario que se conozca por el fallador el resultado y contenido de las pedidas y practicadas para que pueda adquirir la convicción de que el hecho existió real y positivamente. De lo contrario, si al Juez no se lleva la demostración de los hechos en que se apoya la demanda, su deber es absolver, porque la decisión no tiene hechos sobre qué fundarse".

Ninguna objeción hay que hacer a las anteriores consideraciones del fallador de primer grado tomadas como tesis general de derecho probatorio; sólo que en el presente caso, de procesos reconstruídos, existe una regulación especial, según la cual se pueden tener como existentes en el proceso pruebas simplemente mencionadas en ciertos escritos.

Los apoderados de los demandantes, procediendo en conformidad con el Decreto 1683 de 1948 y satisfaciendo los requisitos del caso, obtuvieron que el Tribunal declarara reconstruídos los juicios acumulados y "que son pruebas del negocio las aducidas en la demanda de reconstrucción", en la cual demanda se hizo referencia a las pruebas acompañadas a los libelos primitivos y cuyas copias se incluyeron a las mencionadas en los memoriales de prueba y el alegato de conclusión, aportados en copias. Además al dicho escrito de reconstrucción se anexaron numerosos documentos. Esa providencia la profirió el Tribunal en armonía con lo preceptuado por el artículo 10 del ya mencionado Decreto 1683 de 1948, cuyas hipótesis se realizaron, y según el cual "si el apoderado del demandado conviniere en la existencia del juicio, en que se han dictado las resoluciones indicadas en el pedimento (de reconstrucción); en que se ha surtido la actuación allí señalada; en que se han aducido las pruebas mencionadas (en la solicitud de reconstrucción) y en el estado en que se encontraba el juicio a tiempo de la reconstrucción, el Juez dictará auto en que así lo reconozca y de ahí en adelante continuará el procedimiento conforme a las reglas generales".

Por su parte, el apoderado del Consejo obtuvo, cumplidos los correspondientes presupuestos, que el Tribunal dictara auto teniendo como verdaderos "los escritos y documentos enumerados, determinados y adjuntos al memorial de fecha 18 de agosto de 1948, presentado por el apoderado de la parte demandada", a lo que proveyó el Tribunal en obedecimiento al artículo 7º del citado Decreto, que dice: "El apoderado del demandado o de su representante podrá presentar, a tiempo de prestar el juramento, copia de la contestación de la demanda si la hubiere, de los escritos y documentos que obren en su poder, ratificándolos también bajo juramento, y si el demandante no los redarguyere bajo juramento dentro de los tres días siguientes al traslado que de ellos se le corra, el Juez o Magistrado dictará auto en que los reconozca por verdaderos".

De conformidad, pues, con el Decreto 1683 de 1948, hay que considerar como allegadas al expediente, contrariamente a lo sostenido por el Tribunal y el señor Procurador Delegado, todas las pruebas que los demandantes adujeron en la demanda de reconstrucción, o sea, las que en ella mencionaron, ya expresamente o por referencia a otros escritos, así como las que anexaron a la misma demanda de reconstrucción. Y por lo que hace a la parte demandada, los documentos, ya aludidos, que se acompañaron al memorial de 18 de agosto de 1948.

Naturalmente, a los dos grupos de pruebas acabados de indicar hay que agregar las practicadas normalmente en esta segunda instancia, y las que se allegaron en virtud de los autos para mejor proveer que en una y otra instancia se profirieron en armonía con el artículo 14 del Decreto 1683 de 1948.

LA RESPONSABILIDAD

Examinado el haz probatorio así constituído, se tiene:

A. En la vía del ferrocarril Girardot-Tolima-Huila, en un punto entre la estación de "La Esperanza" y el "switch" de "La Pesquera", se produjo el 30 de agosto de 1942 una colisión violenta entre una locomotora y un automotor o "gasolina", que se incendió. De esa colisión resultaron muertos los menores Héctor Augusto y Dora Espinel Rodríguez y la señorita Lucrecia Pardo Espinel, y con lesiones y deformaciones diversas, la señora Rosalía Rodríguez de Espinel y los niños Luis Francisco y Elba Espinel Rodríguez. Todas estas personas viajaban en la aludida "gasolina".

La comprobación de lo anterior surge: a) De los informes que sobre el accidente rindieron, por separado, el "ayudante" Nicolás Medina y el fogonero Benjamín Rivera, al Jefe General de Talleres de la línea Girardot-Tolima-Huila; del informe que al Superintendente de los Ferrocarriles Nacionales rindió el Médico-Jefe de los mismos; informes éstos que reposaban en los archivos de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia y que fueron remitidos por éstos en fotocopias a solicitud de la Sala, formulada en auto

para mejor proveer; b) De los informes que sobre el accidente fueron suministrados por la parte demandada en la primera instancia, a que se alude en la Sección III de los memoriales de prueba de los apoderados de los demandantes; c) De las partidas de defunción de Héctor y Dora Espinel Rodríguez, presentadas en original en la 1ª instancia; d) De las diligencias de autopsia y de levantamiento del cadáver de Lucrecia Pardo Espinel, mencionadas en memorial de pruebas; e) De los diversos reconocimientos que sobre los heridos practicaron los señores médicos legistas cuyas apreciaciones, en copias enviadas por el "Instituto de Medicina Legal", se agregaron a los autos en esta segunda instancia; f) De las diligencias de autopsia de los cadáveres de los niños en mención, acompañadas en copia a la demanda de reconstrucción.

B) El maquinista de la locomotora, señor Abel Salgado, había recibido en la estación de "El Ocaso" la siguiente "vía" o instrucción de viaje: "vía libre hasta 'La Esperanza'. Precauciones: cruzar en 'La Pesquera' con una 'gasolina' "; sin embargo no se detuvo al llegar a "La Pesquera", sino que siguió su marcha, chocando pocos minutos después con la "gasolina".

Esto resulta: a) De los informes del ayudante Medina y del fogonero Rivera, antes citados; b) De la copia de la "vía" mencionada en el alegato de conclusión; c) De la copia auténtica de la mencionada "vía", desglosada del proceso penal seguido al maquinista Salgado; d) De la circunstancia de haber sido llamado a juicio el mencionado Salgado por los delitos de homicidio y lesiones personales perpetrados en los viajeros de la "gasolina", lo que se desprende de la copia de la providencia del Tribunal que confirmó el auto del Juzgado que decretó la cesación del procedimiento por haberse consumado la prescripción de la acción penal; llamamiento a juicio que es un indicio grave de la decisiva intervención de Salgado en el accidente y que corrobora los informes de Medina y Rivera. Este llamamiento a juicio, por otra parte, aparece mencionado en un memorial de pruebas del apoderado de los hermanos Pardo Espinel.

No aparece establecido nada de lo que los demandantes afirman respecto a la conducta del Jefe de la estación que autorizó la salida de la "gasolina"; a la del conductor Silva y a la del "switchero" de "La Pesquera", debido a que sobre el particular presentaron declaraciones de testigos, cuyo contenido se desconoce y, como es obvio, es imposible reconstruír sobre la simple base de que la contraparte aceptó que se rindieran las declaraciones, pues esto no puede implicar la aceptación de que fueron armónicas con el interrogatorio. Una cosa es admitir que determinadas personas fueron sometidas a determinados interrogatorios, y otra que éstos fueron favorables a quienes los solicitaron.

C) La "gasolina" o automotor en que viajaban los miembros de la familia Espinel Rodríguez y que chocó con la locomotora, no estaba al servicio del público, sino del señor Alberto Espinel, Ingeniero de Mantenimiento de los Ferrocarriles, como resulta de la afirmación que al respecto hacen los apoderados de los actores en los fundamentos de hecho de las demandas, y como reiteradas veces ha afirmado el apoderado de la parte demandada.

D) Según el "Reglamento para la Circulación de los Trenes" del Ferrocarril Girardot-Tolima-Huila, cuyo allegamiento aparece solicitado en memorial de pruebas de la parte demandada en la primera instancia, y un ejemplar del cual acompañó él mismo a su memorial sobre reconstrucción del proceso, los "motores de gasolina" "se utilizan para el servicio del ferrocarril y ninguna persona extraña al mismo puede viajar en ellos sin autorización del Jefe del Departamento respectivo".

E) Alberto Espinel era Ingeniero de los Ferrocarriles el día del acidente, lo que resulta de las resoluciones de nombramiento, de licencia y de otros documentos oficiales a que aluden los memoriales de pruebas presentados por el apoderado de los Ferrocarriles con el memorial sobre reconstrucción del proceso.

F) Abel Salgado y Heberto Silva eran empleados de los Ferrocarriles, como se evidencia de numerosos documentos mencionados por las partes en sus memoriales de pruebas.

G) Rosalía Rodríguez de Espinel es esposa de Alberto Espinel; Héctor y Dora Espinel Rodríguez y un segundo Héctor Espinel Rodríguez, nacido después del accidente, eran hijos de los citados cónyuges, así como lo son Elba y Luis Francisco Espinel Rodríguez; todo lo cual aparece comprobado con las correspondientes partidas notariales acompañadas a las demandas, según aparece dicho en ellas, a las cuales se remitió la demanda de reconstrucción de los actores, y con las partidas de origen notarial y eclesiástico que el Tribunal hizo allegar mediante auto para mejor proveer.

H) Lucrecia Pardo Espinel era hermana de Rafael, Ricardo, Julia y Leonor Pardo Espinel,

según las partidas eclesiásticas que el apoderado de éstos afirmó en la demanda de reconstrucción que habían sido presentadas en la primera instancia.

Con relación a los anteriores hechos se observa:

El maquinista Salgado cometió grave culpa al no haber parado en el "switch" de "La Pesquera" y esperado a que pasara la "gasolina", tal como se le había advertido en la "vía" que había recibido en la estación de "El Ocaso". Esta conducta culposa dio lugar a la colisión que produjo el saldo de víctimas que se ha anotado. Y como Salgado era empleado de los Ferrocarriles, es obvio que sobre éstos, es decir, sobre la entidad Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales que los administraba, recae la responsabilidad que consagra el artículo 2347 del Código Civil. La parte demandada no demostró la ocurrencia de circunstancias eximentes de su responsabilidad, de las que permite aducir la doctrina del inciso final del precitado artículo 2347 del Código Civil. Tales circunstancias no resultan configuradas, como sostuvo el apoderado del Consejo en la primera instancia, por el simple hecho de que existiera un reglamento que obligaba a los maquinistas a cumplir las instrucciones dadas en las "órdenes de vía" y de que se llevaran "hojas de servicio" y de "tiempo de trabajo" a los empleados, a todo lo cual aludió el apoderado del Consejo ante el Tribunal.

Precisado como queda que la conducta culposa del maquinista Salgado fue la causa del accidente, huelga toda dilucidación sobre la situación jurídica del conductor de la "gasolina" respecto al Consejo el día de la tragedia, o hacer consideraciones en torno a si el demandante Espinel había violado o no la norma reglamentaria que prohibía poner las "gasolinas" al servicio de particulares, puntos sobre los que fundó alegaciones ante el Tribunal el apoderado del Consejo. Lo fundamental en todo esto, es que el accidente fue causado por el hecho culposo del maquinista Salgado, como ya se ha anotado, y por lo demás, los miembros de la familia del ingeniero Espinel ciertamente no estaban sometidos a la prohibición en referencia, que, por cierto, no era absoluta, ya que podía ser levantada por el "Jefe del Departamento". Además, no está comprobado que Alberto Espinel hubiera dado la orden al conductor de la "gasolina" para transportar a su familia. En el alegato del apoderado del Consejo ante el Tribunal se afirma que sí la dio, y se trae a cuento el dicho al respecto del propio conductor de la "gasolina" y de otras personas. Pero aparte de que se desconoce el verdadero texto de tales declaraciones, fueron rechazadas por el apoderado de los demandantes, quien anotó que a tenor del artículo 669, ordinal 2º, del Código Judicial, eran inadmisibles por provenir de empleados del Consejo, lo que es cierto.

LA INDEMNIZACION

Sentado que el Consejo debe responder por los perjuicios que sufrieron los demandantes, debe precisarse la indemnización de éstos.

Respecto a los gastos que Alberto Espinel hubiera hecho por entierro de sus dos hijos, y por servicios hospitalarios y médicos que recibieron su esposa y sus hijos Francisco y Elba Espinel Rodríguez no aparece comprobación alguna en los autos, excepto un recibo por $ 50.00, expedido por una agencia mortuoria por valor de "tres ataúdes blancos finos" y otro recibo, expedido por distinta agencia mortuoria, "por valor de los gastos hechos en las exequias y entierro de los niños Héctor y Dora Espinel Rodríguez", que ascendieron á $ 216.00. Estos recibos fueron acompañados a la demanda de reconstrucción y aceptados por el apoderado del Consejo, por lo que hay que tenerlos en cuenta. Sólo hay que anotar que del primer recibo, por tres ataúdes, hay que descontar el importe de uno, probablemente de Lucrecia, pues el demandante tan sólo estaba obligado a sufragar los gastos de entierro de sus dos hijos. Los gastos a que dio lugar el deceso de su sobrina Lucrecia, constituyen parte del objeto de la demanda instaurada por los hermanos de ésta, Rafael, Ricardo, Julia y Leonor Pardo Espinel. De otro lado, de una carta que el ingeniero Espinel dirigió al Consejo y que en copia acompañó a la demanda de reconstrucción su apoderado, se infiere sin lugar a dudas, que el Consejo estuvo sufragando alguna parte, por lo menos, de las expensas hospitalarias y médicas.

Respecto al monto de la indemnización que debería recibir doña Rosalía Rodríguez de Espinel por los perjuicios derivados de las diversas lesiones físicas que sufrieron tanto ella como sus hijos Francisco y Elba Espinel Rodríguez, así como respecto al monto de lo que correspondería a estos dos últimos por sus propias lesiones y deformaciones, el apoderado de los demandantes acompañó a la demanda de reconstrucción, copias de los dictámenes que rindieron por separado los peritos doctores Alberto García Maldonado y Edmundo Rico. Estas copias fueron aceptadas como pruebas del proceso por el apoderado del Consejo, pero las conclusiones a que llegaron dichos facultativos son harto discrepantes, aparte de que sus fundamentaciones se resienten de un mu-

cho de arbitrariedad. Parece que intervino un tercer perito, a juzgar por las alusiones que a él se hacen en algunos memoriales, y que rindió un dictamen uniforme con el doctor Rico, pero se desconoce en absoluto el texto de esa tercera peritación. Según los "reconocimientos" de los señores médicos legistas que examinaron en diversas ocasiones a los damnificados, doña Rosalía quedó con "una perturbación funcional permanente" del miembro inferior derecho, el cual quedó acortado en un centímetro, como consecuencia de la fractura ósea que recibió en el accidente; Francisco Espinel resultó con una desfiguración facial permanente, constituída por cicatrices en la región fronto-temporal izquierda, y a Elba Espinel le quedaron cicatrices en la región frontal, configuradoras de desfiguración facial permanente. Es probable que tales desperfectos, especialmente los de Francisco y Elba, les hubieran causado dificultades prácticas en la vía de obtener trabajo o de ejercer una profesión u oficio, incluso en la de capacitarse para ese ejercicio; pero nada aparece establecido en el expediente al respecto, no obstante haberse podido obtener en esta segunda instancia, diez y ocho años después de ocurrido el accidente, comprobaciones preciosas sobre la calidad de las lesiones y los efectos que de hecho hubieran tenido sobre quienes las padecieron. En consecuencia no podrá hacerse condenación alguna por estos pretendidos perjuicios, cuya realización no quedó comprobada.

Por lo que hace a los perjuicios recibidos por Alberto Espinel como efecto de la disminución de su capacidad de trabajo, que se afirma le sobrevino como consecuencia de la trágica muerte de sus dos hijos y las graves lesiones sufridas por su esposa y sus otros dos descendientes, no aparece ninguna comprobación. Según el alegato de su apoderado en la primera instancia, tal circunstancia habría quedado establecida mediante declaraciones de testigos, pero se desconoce el contenido de ellas, que no sería posible reconstruír, sobre la base de los interrogatorios que al respecto aparecen en los memoriales de prueba, dado que nada indica que hubieran contestado en forma armónica con ellos. Tampoco podrá, pues, reconocerse la ocurrencia de estos perjuicios.

Tocante a los perjuicios materiales y morales objetivados que a Rafael, Ricardo, Julia y Leonor Pardo Espinel habrían sobrevenido como consecuencia de la muerte de su hermana Lucrecia, ninguna comprobación plena aparece establecida en el proceso, por lo que ninguna indemnización podrá ser reconocida a tal título.

Queda por dilucidar lo relacionado con los perjuicios morales subjetivos. Es apenas lógico presumir que Alberto Espinel y doña Rosalía debieron sufrir intensamente por la muerte de sus dos hijos y por el estado de grave traumatismo en que quedaron los dos sobrevivientes. Asímismo debe presumirse que Alberto padeció sufrimientos por los quebrantos de su esposa Rosalía. También resulta obvio concluír que tanto doña Rosalía como sus hijos Francisco y Elba padecieron inmensos dolores físicos y espirituales, como resultas de sus traumatismos, y que a los mencionados Francisco y Elba les afectó profundamente la muerte de sus dos hermanos. Igualmente hay que aceptar, en fuerza de la estrecha relación de parentesco, que la muerte de Lucrecia Pardo Espinel causó sufrimientos a sus hermanos Rafael, Ricardo, Julia y Leonór Pardo Espinel. En consecuencia, hay que reconocer las indemnizaciones correspondientes a todos estos perjuicios morales subjetivos.

Por lo que hace a la muerte de un segundo Héctor Espinel Rodríguez, hijo también de Alberto y doña Rosalía, y a quien ésta habría dado a luz prematuramente, como consecuencia de los traumatismos de todo orden que le produjo el accidente, no está plenamente demostrada la indispensable relación de causalidad, pues si bien en uno de los "reconocimientos" de los señores médicos legistas se alude a ese parto prematuro y a que la criatura murió "a los catorce días del nacimiento por su misma debilidad congenital", en la partida notarial de defunción aparece atestado que la muerte fue ocasionada por tos ferina. Por consiguiente ninguna indemnización podrá ser reconocida a este respecto.

A continuación se fijan las indemnizaciones que corresponden a cada uno de los demandantes, por razón de los distintos perjuicios morales y subjetivos que sufrieron:

A Alberto Espinel, por la muerte de sus hijos Héctor y Dora ... ...$	4.000.00
Por los padecimientos de su esposa.	1.000.00
Por los padecimientos y deformidades de sus hijos Francisco y Elba ..	2.000.00
Total ... ...$	7.000.00

A Rosalía Rodríguez de Espinel, por sus propios padecimientos ... ...$	1.500.00
Por la muerte de sus hijos Héctor y Dora	4.000.00
Por los padecimientos y deformidades de sus hijos Francisco y Elba	2.000.00
Total ... ...$	7.500.00

A Francisco Espinel Rodríguez, por la muerte de sus hermanos Héctor y Dora ... ...$	4.000.00
Por sus propios padecimientos y deformidades	2.000.00
Total ... ...$	6.000.00

A Elba Espinel Rodríguez, por la muerte de sus hermanos Héctor y Dora ... ...$	4.000.00
Por sus propios padecimientos ..	2.000.00
Total ... ...$	6.000.00

A cada uno de los siguientes: Rafael, Ricardo, Julia y Leonor Pardo Espinel, por la muerte de su hermana Lucrecia Pardo Espinel ... ...$	2.000.00

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Condénase a la Nación, como sucesora legal del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, responsable de los perjuicios sufridos por los demandantes a que se ha hecho mención en la parte motiva de la presente providencia, a pagar: a Alberto Espinel Rodríguez, la suma de $ 7.249.34; a Rosalía Rodríguez de Espinel, la suma de $ 7.500.00; a Francisco Espinel Rodríguez, la suma de $ 6.000.00; a Elba Espinel Rodríguez, la suma de $ 6.000.00; a Rafael Pardo Espinel, la suma de $ 2.000.00; a Ricardo Pardo Espinel, la suma de $ 2.000.00; a Julia Pardo Espinel, la suma de $ 2.000.00, y a Leonor Pardo Espinel, la suma de $ 2.000.00.

Dichas sumas serán pagadas veinte días después de la ejecutoria de la presente providencia.

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

Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Morlano, Secretario.

CULPA CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL. — CONCURRENCIA DE CULPAS.

Reclamación por la muerte de un joven y la destrucción de un camión en el siniestro de Cali. Contrato de transporte. Actividades peligrosas y presunción de culpa. Criterio para determinar el lucro cesante. La culpa de la víctima fue concurrente con la del Estado. Perjuicios sufridos por una persona a causa de la muerte de otra. Prueba pericial.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. La culpa contractual se distingue de la extracontractual, principalmente, en cuanto la primera presupone la existencia de una relación jurídica anterior entre el acreedor y el deudor, en tanto que en la segunda, la obligación se establece u origina en el "hecho causa" imputado a una persona, para que responda del daño injusto ocasionado a otra, por actos o por omisiones, por dolo o por simple imprevisión o negligencia. En consecuencia, un mismo hecho no puede considerarse al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto, como culpa contractual y extracontractual.

2. Si en la práctica concurren o se juntan o enlazan la culpa contractual y la extracontractual, la víctima podrá elegir la acción que mejor convenga a la defensa de sus derechos; y aún más, ejercitarlas en la misma demanda, como sucesivas o subsidiarias, cuando el Juez sea competente para conocer de una y otra.

3. Por regla general, el contrato de transporte termina con la restitución o entrega de las mercancías u objetos transportados, salvo en cuanto a averías u otros daños ocasionados a la carga.

4. La jurisprudencia ha interpretado que el artículo 2356 del Código Civil consagra una presunción de culpa, cuando los daños ocurren con ocasión de actividades peligrosas.

5. Cuando se demanda el pago respecto de los perjuicios materiales por la defunción de una persona, como consecuencia de una culpa o delito, el actor debe aportar la prueba para acreditarlos, pues el hecho de la muerte no demuestra por sí mismo el perjuicio ocasionado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE NEGOCIOS GENERALES.—Bogotá, veintinueve de marzo de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Efrén Osejo Peña).

Los cónyuges Arturo R. Morales Irreño y Sofía Pulido de Morales, por medio de apoderado, demandaron al Estado ante el Tribunal Superior de Bogotá, para que en la sentencia definitiva, previa la tramitación del correspondiente juicio ordinario, se hicieran estas declaraciones y condenas:

"Primera: que la Nación colombiana es civilmente responsable y, en consecuencia, se la condene a pagar al señor Arturo Roberto Morales Irreño y a la señora Sofía Pulido de Morales, seis días después de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al juicio, los perjuicios morales y materiales ocasionados por la muerte de su hijo legítimo, señor Arturo Roberto Morales Pulido, ocurrida en la madrugada del día siete de agosto del año de mil novecientos cincuenta y seis en el siniestro que tuvo lugar en la ciudad de Cali, Departamento del Valle del Cauca, por la suma

de quinientos mil pesos ($ 500.000.00) por perjuicios morales, y por la suma de quinientos mil pesos ($ 500.000.00) por perjuicios materiales, o las cantidades que pericialmente se fijen dentro del juicio.

"Segunda: que la Nación colombiana es civilmente responsable y, en consecuencia, se la condene a pagar al señor Arturo Roberto Morales Irreño, dentro del término de seis días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al juicio, los daños y perjuicios materiales ocasionados a éste, por la destrucción del camión de su propiedad, distinguido con la placa número 87212 de Bogotá, F.900, marca Ford, Tipo Estacas, Modelo 1955, número del motor F90 K5H-62461, de capacidad de ocho toneladas, en el siniestro de la ciudad de Cali, Departamento del Valle del Cauca, ocurrida en la madrugada del día siete de agosto del año de mil novecientos cincuenta y seis, vehículo que se hallaba en el lugar del siniestro cargado de materias explosivas que por orden y cuenta de las Fuerzas Armadas del Ejército de Colombia había transportado a dicha ciudad con destino al Polvorín San Jorge, en la cantidad de sesenta mil pesos ($ 60.000.00) moneda corriente, o en la cuantía que se determine dentro del juicio" (fs. 10 a 10 vto., C. Nº 1º).

En 19 apartes relató los hechos en esta forma:

"1º El día tres de agosto del año de mil novecientos cincuenta y seis salió de Bogotá con destino a Cali y Buenaventura con un cargamento de víveres el camión de propiedad del señor Arturo Roberto Morales Irreño, distinguido con las placas número 87212 de Bogotá y las características expresadas en la súplica segunda de la demanda, conducido por el chofer Cecilio Santa, llevando como ayudante al joven José Alvaro Fajardo Moreno y como administrador en representación del señor Arturo Roberto Morales Irreño viajó su hijo, el joven Arturo Roberto Morales Pulido.

"2º El día seis de agosto del año de mil novecientos cincuenta y seis, el citado camión de propiedad del señor Arturo Roberto Morales Irreño regresó de Buenaventura con un cargamento planillado por la empresa de transportes 'E. Mosquera Gómez', con destino a la Tercera Brigada, Polvorín San Jorge, de las Fuerzas Militares en la ciudad de Cali, que contenía el cargamento 335 bultos, 8.610 kilos de gelatina (cajas), conducido por el chofer Cecilio Santa, acompañado éste de Arturo Roberto Morales Pulido y de José Alvaro Fajardo Moreno.

"3º El día seis de agosto del año de mil novecientos cincuenta y seis, el camión con placas 87212 de Bogotá llegó en las horas de la mañana al sitio 'El Piñal', en donde fue detenido por orden militar de un Cabo y varios soldados del Ejército de Colombia, quienes le ordenaron al conductor cargar el camión con cajas de dotación militar para ser transportadas a la ciudad de Cali para entregarlas en el Polvorín San Jorge, a cargo de la Tercera Brigada, prohibiéndole terminantemente transportar otra clase de mercancía.

"4º El cargamento con destino a la Tercera Brigada de Cali fue planillado por la empresa de transportes 'E. Mosquera Gómez', en Buénaventura, cuyo texto es el siguiente: 'Planilla número 4758. Señores 3 Brigada Polvorín San Jorge de Cali. Les remitimos las mercancías detalladas a continuación, en perfecto estado y bajo la responsabilidad mancomunada y solidaria del conductor y dueño del camión. Afiliado a Trans. Restrepo. Chofer, Cecilio Santa. Pase número 9651 de Bogotá. C. C. 1776417 de Santa Rosa. Propiedad de Arturo Morales. Camión Nº 87212 de Bogotá. Motor color verde. Marca 56. Remesa parcial D. O. S/N. Marcas INDUMIL. Contenido, gelatina (cajas). Bultos 335. Kilos 8.610. Destino, Cali'.

"5º El día seis de agosto del año de mil novecientos cincuenta y seis, a eso de las doce del día, una vez reunidos los seis camiones con el cargamento con destino a la Tercera Brigada de Cali, un Cabo del Ejército dispuso que en cada camión fueran tres soldados con sus correspondientes dotaciones y se dio la orden de marcha.

"6º El camión de propiedad del señor Arturo Roberto Morales Irreño, con los otros que formaban la caravana y que transportaban el mismo cargamento con destino a la ciudad de Cali, para la Tercera Brigada del Ejército, llegaron a dicha ciudad en la noche del seis de agosto de mil novecientos cincuenta y seis, habiendo estacionado los camiones en el sitio que especialmente indicó un Sargento del Ejército, quien venía comandando el personal de tropa vigilante del cargamento desde el sitio 'El Piñal'.

"7º El camión de propiedad del señor Arturo Roberto Morales Irreño fue estacionado con los otros en la plazoleta de la antigua Estación del Ferrocarril del Pacífico, habiendo permanecido en la cabina el joven Arturo Roberto Morales Pulido y el ayudante José Alvaro Fajardo Moreno.

"8º Por causas aún desconocidas para el público, explotaron las materias que cargaban los

camiones estacionados frente a los cuarteles, en la madrugada del día siete de agosto del año de mil novecientos cincuenta y seis, ocasionando la grave y lamentable tragedia de Cali, en la cual perecieron Arturo Roberto Morales Pulido y José Alvaro Fajardo Moreno, quienes se habían quedado en la cabina del camión, de propiedad de mi mandante, y el citado camión fue destruído totalmente.

"9º Arturo Roberto Morales Pulido era hijo legítimo de mis mandantes, Arturo Roberto Morales Irreño y Sofía Pulido de Morales, quien nació el día diez y seis de octubre del año de mil novecientos treinta y nueve, bautizado en la iglesia parroquial del Rosario de Anolaima el primero de enero del año de mil novecientos cuarenta y dos, según aparece de su correspondiente partida.

"10. Arturo Roberto Morales Pulido había cursado estudios secundarios hasta el tercer año de bachillerato y en la época del siniestro estaba dedicado a la dirección y administración de los negocios de su padre Arturo Roberto Morales Irreño, por causa a hallarse éste impedido por grave enfermedad que lo incapacita para atenderlos directa y personalmente.

"11. Arturo Roberto Morales Pulido, en la época de su trágico desaparecimiento tenía a su cargo la dirección, administración y vigilancia de las haciendas de su padre, situadas en jurisdicción de los Municipios de Anolaima y Quipile, en el Departamento de Cundinamarca, y la dirección y administración del transporte de mercancías en automotores dentro del territorio nacional, y a causa de su desaparecimiento el matrimonio Morales Pulido ha sufrido graves perjuicios de orden económico, viniendo a menos los rendimientos y producidos de las haciendas y de los negocios.

"12. Arturo Roberto Morales Pulido con los productos de las haciendas de su padre y de los negocios de transporte atendía al sostenimiento de la familia Morales Pulido, la educación y el sostenimiento de dos hermanas, una de las cuales terminó estudios de bachillerato y ha ingresado a la Facultad de Medicina de Bogotá.

"13. Por causa de la destrucción total del camión de propiedad de Arturo Roberto Morales Irreño, a más del lucro cesante sufrió los siguientes perjuicios de orden material: a) La carrocería la había comprado a la Casa Toro de Bogotá por la suma de veintisiete mil trescientos ochenta y cinco pesos ($ 27.385.00); b) El acondicionamiento, los juegos de llantas de repuestos, las carpas, las herramientas, etc., le habían costado la suma de veintidós mil seiscientos quince pesos ($ 22.615.00).

"14. El citado camión estaba garantizando los siguientes créditos a cargo de Arturo Roberto Morales Irreño que actualmente se están haciendo exigibles: a) La suma de diecinueve mil trescientos setenta y seis pesos ($ 19.376.00) a la Casa Toro de Bogotá; b) Al Banco de Bogotá, Sucursal de Anolaima, la suma de siete mil pesos ($ 7.000.00) para el acondicionamiento del camión; c) A la Casa Auto Mundial de Bogotá la suma de mil pesos ($ 1.000.00).

"15. Mis mandantes han sufrido perjuicios de orden moral por causa a la trágica desaparición de su hijo Arturo Roberto Morales Pulido en la catástrofe de Cali, que es innecesario ponderar, por los sufrimientos subjetivos que desde entonces han venido soportando, por ser el hijo a quien habían confiado la administración y dirección de los negocios, de quien prácticamente derivaba la subsistencia de la familia, y han sufrido perjuicios de orden material de la naturaleza atrás expresados.

"16. El cadáver de Arturo Roberto Morales Pulido no fue posible localizar ni identificar entre los restos hacinados y humeantes de miles de personas, a pesar de la acuciosidad en la búsqueda de su padre Arturo Roberto Morales Irreño, quien se hizo presente en Cali al día siguiente de ocurrida la catástrofe.

"17. El siniestro, en el cual pereció Arturo Roberto Morales Pulido y desapareció por destrucción el camión de placas números 87212 de Bogotá, tuvo su ocurrencia por la imprudencia, el descuido y la falta de previsión de los funcionarios militares al haber ordenado estacionar y pernoctar a los camiones cargados con sustancias y materias explosivas frente al Cuartel Militar sin las debidas seguridades.

"18. La responsabilidad del Estado en el siniestro de la ciudad de Cali ocurrido en la madrugada del siete de agosto del año de mil novecientos cincuenta y seis es directa, ya que los funcionarios oficiales que por causa a su imprevisión, descuido y falta de previsión ocurrió, obraron en su nombre y esa responsabilidad se estructura por la mala elección de los agentes al servicio del Estado.

"19. El camión de propiedad de Arturo Roberto Morales Irreño con placas 87212 de Bogotá, estaba asegurado en la Compañía Colombiana de Seguros, pero dicha Compañía se ha negado a pagar el siniestro por razón de haberse destruído en el transporte de sustancias explosivas". (Fs. 10 vto. a 12 ib.).

Como disposiciones aplicables citó los artículos 2341, 2347 y 2356 del Código Civil.

Contestó la demanda, a nombre de la Nación, el Fiscal 4º del Tribunal de Bogotá, quien, en general, negó los hechos o manifestó que debían probarse, a excepción del noveno que lo aceptó, y alegó la "excepción perentoria de caso fortuito".

Surtida la primera instancia, el 25 de julio de 1960, el Tribunal falló el pleito así:

"Primero. Declárase que la Nación es civilmente responsable de la pérdida del camión marca 'Ford', 'F.900', Tipo 'Estacas', Modelo '1955', de capacidad de ocho toneladas, matriculado en Bogotá con las placas número 87212, que determina la petición segunda de la demanda que sirve de base al presente juicio, y que tuvo lugar en el siniestro ocurrido en la ciudad de Cali en la madrugada del día siete de agosto de mil novecientos cincuenta y seis.

"Segundo. Condénase, en consecuencia, a la Nación colombiana, a pagar a los demandantes, una vez en firme la correspondiente liquidación, el valor de los perjuicios materiales ocasionados por dicha pérdida, cuya cuantía se fijará por el procedimiento establecido en el artículo 553 del Código Judicial.

"Parágrafo. Del monto de la correspondiente liquidación se deducirá lo que los demandantes hubieren recibido como indemnización por el mismo concepto, bien de las compañías aseguradoras, o de la misma Nación, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley 179 de 1959.

"Tercero. Niéganse las demás peticiones de la demanda que sirve de base al presente juicio".

Del fallo de primera instancia apelaron las dos partes, el cual se procede a revisar con fundamento en las consideraciones que siguen:

I. *Pruebas*. 1º Con la demanda se presentaron las siguientes:

a) Mediante partida de origen eclesiástico se ha demostrado el matrimonio católico celebrado por Arturo R. Morales con Sofía Pulido, en Zipacón, el 27 de mayo de 1933.

b) Como el Notario del Circuito de Anolaima certificara que en los libros no se hallaba la partida de nacimiento de Arturo R. Morales Pulido, se presentó la expedida por el Cura Párroco del mismo lugar, con la cual se ha demostrado que nació el 16 de octubre de 1939 del matrimonio Morales-Pulido.

c) La Casa Toro, S. A. certifica que "al señor Arturo Morales, con cédula de ciudadanía número 1408544 de Anolaima, le fue vendido el tres (3) de diciembre de 1955 bajo nuestra factura número 342 un camión F-900, marca Ford, manifiesto número 36537 de septiembre 9 de 1955, Modelo 1955, color verde, y motor número F9OK5H-62461 por la suma de $ 27.385.50 (veintisiete mil trescientos ochenta y cinco pesos con 50/100 M/Cte.), de los cuales se le dio a crédito la suma de $ 19.376.00 (diez y nueve mil trescientos setenta y seis pesos M/Cte.) fs. 6 ib.)".

d) El Banco de Bogotá, sucursal de Anolaima, certifica "que el día 22 de noviembre de 1955, se le otorgó un préstamo de siete mil pesos moneda corriente ($ 7.000.00), al señor Arturo R. Morales, para ser invertido en la adquisición de un camión" (fs. 7 ib.).

e) La carta de porte número 4758 de 6 de agosto de 1956, expedida por la empresa de transportes 'E. Mosquera Gómez', respecto de la remisión a Cali, con destino a la Tercera Brigada, Polvorín San Jorge, de 335 cajas de gelatina con peso de 8.610 kilogramos, en el camión de placas número 87212 de Bogotá, de propiedad de Arturo Morales, conducido por el chofer Cecilio Santa, y por el precio de $ 25.00 la tonelada para el conductor.

f) La Compañía Colombiana de Seguros, en comunicación número 20417 de 26 de diciembre de 1956, dice: "Señor Arturo Morales, Anolaima. Ref.: Siniestro Póliza Nº 58522. Atentamente nos permitimos significar a usted que el accidente ocurrido a su camión Ford, placas número 87212, motor número F9OK5H-62461, en la madrugada del 7 de agosto, en la ciudad de Cali, no está amparado de acuerdo con la cláusula 10ª de la Póliza, porque dicho vehículo se encontraba transportando materias explosivas. Sentimos mucho tener que negarle esta reclamación, pero las cláusulas de la póliza del seguro contratado con usted son terminantemente claras al respecto" (fs. 9 ib.).

2º Durante la primera instancia se practicaron las pruebas pedidas por la parte actora, entre las cuales se hallan las siguientes:

a) La declaración del chofer Cecilio Santa, en la cual, después de narrar la historia desde la salida de Bogotá el 3 de agosto de 1956 con el camión de placas número 87212, la llegada a Cali en compañía de Arturo Roberto Morales Pulido y del ayudante José Alvaro Fajardo Moreno, en donde se hospedaron todos en el Hotel Belmonte, para continuar el viaje al día siguiente hacia Buenaventura, dice textualmente: "...el día 6 de agosto de 1956, salimos del Queremal, donde habíamos amanecido, y con el fin de dar

tiempo a que pasaran los camiones que venían cargados con explosivos con destino Bogotá, Medellín y Barranquilla, y después de persuadirnos de que ya habían pasado dichos camiones e imaginándonos que ya se había terminado dicha carga, emprendimos nuevamente viaje a la ciudad de Buenaventura, habiendo llegado a eso de las siete y media de la mañana al sitio del 'Piñal', cuando fuimos detenidos por tres soldados, y nos ordenaron que cuadráramos el camión, que lo necesitaban para transportar una carga del Ejército; habiendo aducido yo que el camión no estaba en condiciones de viajar, por cuanto tenía una llanta en rin, habiendo manifestado un Sargento del Ejército, que no había cuento de tal llanta en rin, e inmediatamente ordenó a un soldado que nos acompañara hasta tanto se arreglara dicha llanta, si era cierto que la llanta estaba en malas condiciones y si no que me quitara las llaves y enviar a otro chofer conduciendo el camión de placas número 87212 de Bogotá y de propiedad del señor Arturo Roberto Morales Irreño; yo, porque el camión no fuera conducido por gente extraña resolví venir nuevamente al puente del 'Piñal', acompañado de los señores Arturo Roberto Morales Pulido y José Alvaro Fajardo Moreno ..." (fs. 14 vto. C. Nº 2º).

Más adelante, en contestación a la décima pregunta, agrega: "Es igualmente cierto y me consta de manera personal y directa, que el camión que yo conducía y de placas Nº 87212 de Bogotá y que conducía carga del Ejército con destino al Polvorín San Jorge de esta ciudad, junto con los otros camiones que venían en caravana, llegamos a eso de las doce y media de la noche el día 7 de agosto de 1956; y el Cabo que comandaba el piquete de soldados ordenó bajáramos hasta la estación vieja del ferrocarril a recibir órdenes, sobre si dejábamos estacionados los camiones allí o seguíamos al polvorín; habiendo esperado más o menos diez minutos, y salió el Cabo y nos manifestó que los camiones podían amanecer allí, o sea en la plazoleta de la vieja estación del ferrocarril. Al punto once dijo: Es igualmente cierto y me consta de una manera personal y directa que una vez estacionados los camiones (6) en total, en la plazoleta de la antigua estación del Ferrocarril del Pacífico, nos manifestó el Cabo que para qué íbamos a pagar pieza pudiendo quedarnos durmiendo en la cabina del camión de placas número 87212 de Bogotá; yo invité a Arturo Roberto Morales Pulido y al ayudante José Alvaro Fajardo M. a que fuéramos a cenar, cosa que no hicimos, por cuanto el señor Arturo R. Morales P. me manifestó que el camión no lo dejaba solo, porque traía cosas de valor de uso personal y que de pronto abrían la cabina del camión y se las robaban; a esto manifesté que yo iba a cenar para luégo acostarnos, habiéndose quedado en la cabina del camión el señor Morales Pulido y Fajardo Moreno; habiéndole insinuado además al señor Arturo R. Morales, que las camas para nosotros estaban pagas en el hospedaje y que para qué nos quedábamos durmiendo en el camión, que a las seis de la mañana nos levantábamos para descargar el camión en el Polvorín ..." (fs. 15 a 15 vto., C. Nº 2º).

Afirma también el declarante que en la madrugada del 7 de agosto de 1956 explotó la carga transportada en los camiones, y que en tal siniestro, además de la destrucción completa de los vehículos, perecieron Arturo Roberto Morales Pulido y el ayudante José Alvaro Fajardo Moreno. También da cuenta del buen estado del camión de placas número 87212, de su dotación y accesorios, así como de la utilidad líquida que estima en cuatro mil pesos mensuales.

b) El testigo Francisco Ramos (f. 17) empleado del Hotel Belmonte, afirma que en la noche del 5 de agosto de 1956 se hospedaron allí Cecilio Santa, Arturo R. Morales Pulido y José Alvaro Fajardo Moreno, quienes continuaron el viaje hacia Buenaventura en la madrugada del día siguiente; que a las doce de la noche del 6 de agosto llegó al hotel Cecilio Santa, en compañía de una mujer, y le manifestó "que un Sargento del Ejército no le había permitido llamar a los señores Arturo Roberto Morales Pulido y a José Alvaro Fajardo Moreno para que se trasladaran al hotel a dormir en éste junto con el señor Cecilio Santa en la madrugada del 7 de agosto de 1956 ..."

c) En la declaración de Custodio Cruz se confirma la llegada de Cecilio Santa, Arturo R. Morales Pulido y otro señor, posiblemente ayudante del camión, al Hotel Belmonte, propiedad del declarante, el día cinco de agosto, sin recordar la hora. Este mismo testigo dice: " ...que el señor Cecilio Santa me manifestó que el señor Arturo Roberto Morales Pulido y su ayudante se habían quedado durmiendo en la cabina (sic) del camión, por cuanto un Sargento del Ejército no había permitido llamarlos para que se fueran a dormir ... en el hotel de mi propiedad ..."

Como fácilmente puede apreciarse, estos dos testimonios de mera referencia, están en abierta oposición con lo declarado, bajo juramento, por el mismo Cecilio Santa, quien de modo categórico sostiene que Morales Pulido se negó a ir a hotel, no porque existiera prohibición alguna de las autoridades militares, sino con el pretexto de

que podrían robarse objetos de valor de su uso personal, conservados en la caseta del vehículo.

3º En las declaraciones de Benjamín Rodríguez, Hugo García, Benito Barreto y otros (fs. 24 a 32, C. Nº 2º), todas de un mismo tenor, se afirma que Morales Pulido, desde el mes de enero de 1956, se hallaba al frente de los negocios de su padre, o sea, de la administración de las haciendas ubicadas en Anolaima y Quipile y de los negocios de transporte por el territorio nacional, por cuanto éste se hallaba "imposibilitado físicamente por grave enfermedad de una parálisis". Con este antecedente, agregan luégo: "...Con el producto de la administración de las haciendas y de los negocios de transporte, atendía al sostenimiento de la familia Morales Pulido y a la educación y sostenimiento de una de sus hermanas en la Facultad de Medicina de Bogotá...". Más adelante dice: "...Los esposos Arturo Roberto Morales Irreño y Sofía Pulido de Morales, han sufrido graves perjuicios, tanto de orden moral como de orden económico, viniendo desde entonces a menos los rendimientos y productos de las fincas y haciendas, así como los negocios, por falta de la administración diligente y esmerada que con anterioridad a la muerte de su hijo tenían tales negocios". En fin, estiman en la suma de cuatro mil pesos mensuales los perjuicios que los cónyuges Morales-Pulido han sufrido con ocasión de la muerte de su hijo en la catástrofe de Cali.

4º El médico Pedro María González, bajo juramento, declara: "Me consta, en mi calidad de médico de los esposos Arturo Roberto Morales Irreño y Sofía Pulido de Morales que éstos, por lo menos hace diez años, vienen sufriendo de una grave enfermedad de parálisis de los miembros inferiores, enfermedad que los incapacita físicamente para su locomoción de manera libre y regular, lo cual los obliga a permanecer en estado de quietud permanente". (Fs. 30 vto., a 31, C. Nº 2º).

El médico Fabio Guzmán declara en los mismos términos a los antes transcritos, respecto a la enfermedad de los actores.

5º De acuerdo con la certificación de la Secretaría de Tránsito y Transportes "...el camión que porta las placas número 87212 de Bogotá fue matriculado por el señor Arturo Roberto Morales el día 10 de diciembre de 1955, quien figura como actual propietario hasta la fecha" (sic).

6º El apoderado de la parte actora, con el fin de que sirviera de información a los peritos para determinar la vida probable de los cónyuges, presentó las partidas de nacimiento de cada uno; además enumeró las distintas propiedades de los actores, con indicación de su producido, así: La Trinidad, que produce trescientos pesos mensuales; La Candelaria, seiscientos pesos; San Juan, treinta y cinco mil pesos al año en café y mil en otros frutos; Ilocito y Pensilvania, dos mil quinientos pesos mensuales; San Lorenzo, mil quinientos pesos mensuales; La Clementina, seiscientos; una casa en Madrid (Cundinamarca), quinientos pesos mensuales; dos casas en Anolaima, que producen, la una doscientos y la otra cuatrocientos cincuenta pesos mensuales, y un lote de terreno en Bogotá (carrera 15-B Nos. 9-29 y 9-48), doscientos por mes.

Pasa el apoderado a estimar el producido de los automotores, así: camión de placas 87212, cuatro mil pesos mensuales; bus de placas 19868 de Bogotá, dos mil quinientos pesos; otro de placas 25501 de Facatativá, mil quinientos, y dos camiones International, modelo 1950, tres mil quinientos mensuales cada uno.

Hechas las operaciones aritméticas respecto de las estimaciones del apoderado de los actores, resulta que los bienes raíces producen, en el año, la cantidad de $ 118.200.00 y los automores la de $ 180.000.00; en total, $ 298.200 en el año; sin embargo, débese anotar que el adolescente Arturo Morales Pulido (17 años de edad) sólo estuvo al frente de la administración de los bienes, según el decir de los testigos, desde enero de 1956 hasta el 7 de agosto del mismo año, fecha de su trágico, doloroso y prematuro fallecimiento.

7º Los peritos nombrados procedieron, en primera instancia, a hacer la estimación de los perjuicios materiales y morales sufridos por los actores, con ocasión de la muerte de su hijo; y al efecto, fijada la edad de aquéllos como la de éste, con el objeto de aplicar las tablas de Garuffa, fijaron el monto total de la renta en la suma de $ 19.350.00 mensuales, que sirvió de base para calcular el sueldo de Morales Pulido en la suma de $ 1.161.00 por mes, o sea, el seis por ciento de la renta; y así aplicando los coeficientes señalados por las tablas citadas, estimaron en la cantidad de $ 135.307.58 los perjuicios. "Pero como el joven Morales Pulido, aunque vivía en la casa de sus padres y al parecer era económico, y según las declaraciones era un muchacho de 17 años, que observaba una magnífica conducta, tenemos que suponer que alguna suma destinaba él anualmente para sus gastos particulares, la que hemos señalado en un tres por ciento (3%), lo que nos da la suma de cuatro mil cincuenta y nueve pesos veintitrés centavos, moneda corriente ($ 4.059.23), que hemos de restar

de la anterior, dándonos un resultado de ciento treinta y un mil doscientos cuarenta y ocho pesos treinta y cinco centavos ($ 131.248.35) en que estimamos los perjuicios materiales'' (fs. 49, C. Nº 2º).

En cuanto a los perjuicios morales subjetivos, aplicando las normas del Código Penal, los fijaron en la suma de dos mil pesos para cada uno de los actores, los cuales, sumados a las cantidades antes apreciadas, da un monto de $ 134.248.35, como estimación total de los perjuicios.

II. *Fundamentos de la sentencia del Tribunal.* Primeramente observa el Tribunal que los actores, en la demanda, no fueron lo suficientemente claros y precisos, porque a la vez que invocan los artículos 2341 y 2356 del Código Civil sobre responsabilidad directa, citan el artículo 2347 del mismo Código, que alude a la indirecta; y luégo agrega:

''Se trata, efectivamente, de un evento acaecido con ocasión del ejercicio de una actividad que, como el manejo de explosivos, es eminentemente peligrosa e impone una obligación de resultado consistente en ejecutar esa actividad peligrosa del modo y con las precauciones que sean necesarias para que no se cause daño a los demás, y cuya violación —como lo tiene consignado la doctrina y la jurisprudencia modernas—, genera una responsabilidad directa de quien ejecuta la actividad, sea por sí misma, o valiéndose de otras personas, porque ella se considera desde un punto de vista impersonal'' (f. 46, C. Nº 1º).

''. . . . . .

''Como el fundamento de la responsabilidad consagrada por el artículo 2356 del Código Civil, es el ejercicio de actividades caracterizadas por su peligrosidad, el daño debe ser la consecuencia de un accidente causado por ese ejercicio. Por lo tanto, la existencia de un daño de esa clase, habrá de determinarse, no simplemente desde el punto de vista de su materialidad, sino por el aspecto de la vinculación con el ejercicio de la actividad peligrosa, y de su imputabilidad a la persona que se señala como agente de la actividad, entendiendo por tal la relación física que permita atribuír el accidente a esa persona.

''Por tal razón la doctrina y la jurisprudencia establecen que tratándose de la responsabilidad civil de dicha clase de actividades, 'el demandante deberá probar el daño; que éste fue causado por una actividad peligrosa, y que de dicha actividad responde el demandado; hecho lo cual, habrá demostrado la culpa y el nexo causal de ésta con el daño. (Pérez Vives, Ob cit., Nº 226, G. J., T. LXXVI, pág. 213).

''Acreditado lo anterior, se presume la culpa del demandado y la relación de causalidad entre aquélla y el perjuicio, correspondiendo al demandado demostrar la causal exonerativa, o sea el evento de una fuerza mayor o caso fortuito, o la intervención de un elemento extraño, no imputable al demandado, que haya originado la consumación del accidente, y que —como lo tiene establecido la jurisprudencia— puede estar constituído 'por un error de conducta del propio lesionado, o lo que es lo mismo, ser la resultante de la propia culpa de quien sufrió el perjuicio'. (G. J., Nº 2186, pág. 135).

''Como de acuerdo con el Decreto ley 3416 de 23 de diciembre de 1955, todas las actividades relacionadas con materias explosivas, bien sean de aplicación militar o industrial (importación, exportación, fabricación, almacenamiento y comercio), corresponden al Gobierno Nacional, concretamente a la Dirección del Servicio de Material de Guerra, se tiene que el daño que pudiera derivarse del ejercicio de cualquiera de esas actividades, es imputable a la Nación, y de él debe responder en los términos y con las limitaciones a que aluden los principios doctrinarios de que acaba de hacerse mérito'' (fs. 46 vto. a 47 vto. ib.).

III. *Concepto del Procurador Delegado.* En cuarenta folios el Procurador Delegado presenta su alegato o concepto, el cual, en su mayor parte, se reduce a recordar las doctrinas sobre la responsabilidad directa e indirecta, la presunción de culpa del artículo 2356 del Código Civil, con el objeto de concluír que en este caso no operan las teorías o doctrinas de la culpa extracontractual, porque los presuntos damnificados estaban ligados con la Nación mediante un contrato; y al efecto expone:

''Si asumieron ese riesgo, el encargarse lo mismo que otros conductores de camiones, a cargar esas materias explosivas, por cuenta de la empresa transportadora mencionada, se colocaron como parte de esa empresa. Y de aquí se deduce que si el importar y conducir hacia Cali esos explosivos la Nación, como lo consideró el Tribunal, estaba en el campo del ejercicio de una actividad de suyo peligrosa, lo que haría imputable la culpa directa si como consecuencia de esa actividad ocurre un hecho que causa perjuicios a terceros, la responsabilidad por estos daños no opera en el caso de quien realmente se ha convertido en parte, ha asumido los riesgos con conocimiento de causa.

"No en convenio con la Nación, como se desprendería del dicho del señor Cecilio Santa, sino con la empresa transportadora 'E. Mosquera Gómez', la cual había contratado con el Ejército el cargue de esos explosivos, aun en mayor cantidad, y la cual a su vez para cumplir el contrato los entregó a los camioneros. Desde que se comprometieron Arturo Roberto Morales Pulido y su conductor Cecilio Santa, a transportar esos explosivos en el camión, por cuenta de la empresa dicha, asumieron (el riesgo) —se repite— haciéndose parte de tal empresa como subcontratistas, en cierto modo. Esta asunción de los riesgos previamente al suceso que causara daños por la destrucción del camión al estallar los explosivos exonera de culpa, y por consiguiente de responsabilidad civil extracontractual a la Nación, y aun a la empresa transportadora que a su turno estaba colocada como porteadora en actividad peligrosa al comprometerse a conducir a Cali dinamita. La Nación estaría exonerada de responsabilidad en este caso" (fs. 35 y 36, C. Nº 4).

IV. *Consideraciones de la Sala.* Según se ha visto, la demanda contiene dos súplicas de condena a cargo de la Nación, a saber, la primera, en relación con los perjuicios morales y materiales por la muerte del menor Arturo R. Morales Pulido, que estimaron en un millón de pesos; y la segunda, por "los daños y perjuicios materiales ocasionados" a Arturo R. Morales Irreño con la destrucción del camión, placas número 87212 de Bogotá, en el siniestro ocurrido en las primeras horas del día siete de agosto de 1956, en la ciudad de Cali; sin embargo, previo el estudio de algunas cuestiones generales, las súplicas de condena se considerarán en orden inverso al propuesto en el libelo.

En la demanda, según la relación de los hechos, el apoderado alude a distintas causas para establecer la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados en el siniestro de Cali, pues, por una parte, sugiere una orden de las autoridades militares con el fin de imponer el transporte de los explosivos de Buenaventura a Cali; por otra supone la celebración de un contrato de transporte ajustado con la empresa "E. Mosquera Gómez", conforme a lo narrado en los hechos 2º y 4º, y como lo demuestra la carta de porte número 4758 de 6 de agosto de 1956 (f. 5, C. Nº 1º), y por último, invoca a la vez la responsabilidad directa e indirecta del Estado, porque "el siniestro, en el cual pereció Arturo Roberto Morales Pulido y desapareció por destrucción el camión de placas 87212, tuvo su ocurrencia por la imprudencia, el descuido, la falta de previsión de los funcionarios militares..." según se lee en el aparte 17 de la demanda, y el 18 añade: "La responsabilidad del Estado en el siniestro de la ciudad de Cali ocurrido en la madrugada del 7 de agosto de 1956, es directa, ya que los funcionarios oficiales que por causa a su imprevisión, descuido y falta de previsión ocurrió, obraron en su nombre y esa responsabilidad se estructura por la mala elección de los agentes al servicio del Estado".

1ª En cuanto a la afirmación de que las 335 cajas de gelatina hubiesen sido transportadas de Buenaventura a Cali por imposición de las autoridades militares, no existe una prueba completa, pues apenas se encuentra el dicho del chofer Cecilio Santa, empleado del actor, sin corroboración alguna en otros elementos probatorios, que hubiesen sido fáciles de aportar al proceso, como el testimonio de los dependientes de la empresa de transportes "E. Mosquera Gómez", para establecer si ellos se vieron en la necesidad de recibir la dicha carga por orden de las autoridades militares, como si el conductor del camión de placas número 87212 de Bogotá se encontró en igual situación, o sea, que no hubo propiamente un contrato sino un acto de requisición para el transporte de los explosivos de Buenaventura a Cali.

Por tanto, se debe concluír que el transporte de las cajas de explosivos de Buenaventura a Cali se llevó a efecto mediante un contrato celebrado por intermedio de la empresa de transportes que expidió la carta de porte.

2ª La culpa contractual se distingue de la extracontractual, principalmente, en cuanto la primera presupone la existencia de una relación jurídica anterior entre el acreedor y el deudor, en tanto que en la segunda, la obligación se establece u origina en el "hecho causa" imputado a una persona, para que responda del daño injusto ocasionado a otra, por actos o por omisiones, con dolo o por simple imprevisión o negligencia; en consecuencia, un mismo hecho no puede considerarse, al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto, como culpa contractual y extracontractual; y por esto, ha dicho la Corte en sentencia de fecha 25 de noviembre de 1938: "No deben involucrarse la responsabilidad contractual y la extracontractual o aquiliana. Ni la ley ni la doctrina autorizan el ejercicio de esta acción *híbrida,* según expresión de los expositores, porque la yuxtaposición o acumulación de estas dos especies diferenciadas de responsabilidad es imposible, ya que la contractual por su propia naturaleza, excluye la generada por el delito" (G. J., T. XLVII, pág. 411).

3ª Sin embargo, si las pretensiones no pueden acumularse (*non bis in idem*) en forma directa, ambas como principales, en los litigios sobre responsabilidad contractual o extracontractual, con el fin de obtener el resarcimiento de los daños ocasionados, no existe incompatibilidad alguna para que, en la práctica, puedan concurrir o juntarse o enlazarse las dos clases de culpa, en cuyo caso la víctima podrá escoger o elegir la acción que mejor convenga a la defensa de sus derechos; y aún más, ejercitarlas en la misma demanda, como sucesivas o subsidiarias, en los términos previstos en el artículo 209 del Código Judicial, cuando el Juez sea competente para conocer de una y otra, evento que no ocurre en este litigio, según los artículos 40 y 76 del Código Judicial.

V. *Destrucción del camión.* Según se ha visto antes, el Procurador Delegado considera que, por haber estado la parte actora ligada mediante contrato con la Nación, para el transporte de los explosivos de Buenaventura a Cali, no tiene derecho alguno a demandar la indemnización de perjuicios con fundamento en la destrucción del camión; en otros términos, no se trataría de una culpa extracontractual, sino de una contractual, que en este caso, de acuerdo con el concepto del mismo funcionario, no tendría fundamento alguno, porque el porteador conoció la naturaleza de la carga y asumió los riesgos consiguientes.

1º Si se tienen en cuenta los términos de la demanda, aun cuando entre los hechos menciona la carta de porte de los explosivos, no queda la menor duda de que la indemnización de los perjuicios la fundan, los actores, en una culpa extracontractual que compromete la responsabilidad, directa o indirecta, de la Nación, con evidente exclusión del contrato de transporte ajustado por intermedio de la empresa "E. Mosquera Gómez", con el conductor del camión distinguido con las placas 87212 de Bogotá, pues invocaron los artículos 2341, 2347 y 2356 del Código Civil, sin hacer mención de las normas que regulan el contrato de transporte en el Código de Comercio o en el Civil.

2º La Sala encuentra fundada la alegación de la parte actora, para demandar la indemnización de perjuicios ocasionados por la destrucción del vehículo, en una culpa extracontractual del Estado, en virtud de las siguientes razones:

a) De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 258 del Código de Comercio (art. 2070 del C. C.), la principal obligación del porteador o acarreador consiste en entregar las mercaderías u objetos transportados en el lugar convenido y a la persona designada en la respectiva carta; de manera que con la restitución o entrega, por regla general, termina el contrato de transporte, salvo en cuanto averías u otros daños ocasionados a la carga, que el consignatario debe alegar dentro de los plazos precisos fijados por el Código de la materia.

b) Se ha establecido por los distintos indicios que obran en el proceso, la entrega de los camiones y de las 335 cajas de gelatina a las autoridades militares, que ordenaron estacionarlos en los patios del ferrocarril, bajo vigilancia y custodia militar, como en igual forma hicieron el viaje de Buenaventura a Cali.

c) Aparece de manifiesto, además, que los acarreadores cumplieron con la obligación de entregar, porque, al reverso de la carta de porte se lee: "Se paga la presente planilla al señor Cecilio Santa por instrucciones recibidas por esa oficina, ya que dicho señor se presenta con la respectiva constancia de presentación ante la Tercera Brigada". Esta atestación no ha sido tachada bajo ningún aspecto, y, por tanto, si se pagaron los fletes sin reclamo alguno, se llega a la ineludible conclusión de que fueron entregadas las 335 cajas de gelatina, que explotaron después ya en poder y bajo el cuidado y la responsabilidad de las autoridades militares.

d) El estacionamiento del camión en los patios del ferrocarril fue una orden de las autoridades militares, que asumieron las obligaciones consiguientes, no como una secuela del contrato de transporte, sino en virtud de la aludida disposición u orden impartida al conductor, en forma unilateral y de ineludible cumplimiento.

e) Como no se ha probado nada respecto de la causa que hizo explotar la gelatina transportada, la responsabilidad del Estado se deduce del artículo 2356 del Código Civil, interpretado por la jurisprudencia en el sentido de que consagra una presunción de culpa, cuando los daños ocurren con ocasión de actividades peligrosas, como sin lugar a duda debe considerarse el manejo, conservación, etc., de materias explosivas; y una vez que no se ha probado una causa eximente, como dolo o culpa de la víctima, caso fortuito o fuerza mayor o actos o hechos imputables a terceros, en cuanto concierne a la destrucción del camión.

f) El apoderado de los actores, en el alegato de segunda instancia, insiste que la condena en cuanto al resarcimiento de los perjuicios por la destrucción del camión, se haga en una suma determinada, con fundamento en las pruebas que obran en autos, "...ya que existían datos

sobre el precio del camión, además de las pruebas en relación con el producido del camión, o sea sobre el daño emergente y el lucro cesante..." (f. 16 vto., C. Nº 4º).

Respecto del precio del camión existe la certificación de la Casa Toro, en la cual consta que fue comprado el 3 de diciembre de 1955, en la cantidad de $ 27.385.50, parte de contado y la de $ 19.376.00, a crédito. Para abonar la primera cuota, el Banco de Bogotá le dio un crédito de $ 7.000.00.

g) Sobre la cuantía del lucro cesante por la destrucción del camión no existe una prueba fehaciente, porque las declaraciones de testigos, en las cuales se afirma que producía la suma de cuatro mil pesos por mes, los declarantes no dan razón de sus afirmaciones, ni dan cuenta del por qué les consta, ni con qué fundamento hacen el cálculo o conjetura del producido del camión; de manera que estas escuetas afirmaciones no pueden servir de prueba para la fijación del posible lucro cesante.

Si no existe prueba legal para establecer la cuantía cierta del lucro cesante, ante la eventualidad e incertidumbre de factores que pudieran tomarse en consideración para fijarla, tal señalamiento debe hacerse sobre la base de la suma dada en sustitución del vehículo destruído, o sea, el lucro cesante queda sustituído también por los intereses legales liquidados sobre el valor del camión a partir de la fecha del siniestro hasta el día del pago efectivo; porque el resarcimiento de los perjuicios causados, en sus dos clases, como daño emergente y como lucro cesante, no tienen la calidad de una sanción, sino la finalidad de restablecer el equilibrio económico roto por la culpa; por esto, los intereses no se deben desde la notificación de la demanda sino desde la fecha del siniestro, desde la cual quedó el damnificado privado de las utilidades de su negocio, ahora sustituídas por aquéllos.

VI. *Perjuicios por la muerte del menor Morales Pulido.* El Tribunal, en la sentencia apelada, no decidió en el fondo la cuestión sobre los perjuicios materiales y morales que demandan los actores, con ocasión de la trágica muerte de su hijo Morales Pulido, porque no encontró probado el hecho de la muerte; sin embargo, este vacío probatorio se ha colmado hasta cierto grado con la presentación, en segunda instancia, de la partida de defunción del menor Morales Pulido, según registro hecho en la Notaría 4ª del Circuito de Cali, con el lleno de las formalidades ordenadas por el artículo 13 de la Ley 92 de 1938, pues en la certificación se lee: "Esta partida fue asentada con declaraciones extrajuicio" (f. 15, C. 5º).

Se dice que hasta cierto grado se ha colmado el vacío, porque la partida expedida por el Notario prueba el hecho de la muerte, pero no las causas o circunstancias en que se produjo, o sea, la enfermedad o siniestro que ocasionó el deceso, pues una afirmación al respecto implica la demostración de otro hecho, que en algunos casos requiere un concepto técnico o médico legal; y en otros puede establecerse con medios probatorios distintos, como cuando se trata, por ejemplo, del trágico fallecimiento de una persona en un accidente o siniestro, que puede demostrarse con declaraciones e indicios, etc.

En este caso, precisamente, existe el testimonio del chofer Cecilio Santa, a quien le consta que Morales Pulido se quedó, en la noche del siniestro, en la caseta del camión, acompañado del ayudante; además, consta por los testimonios del dueño del Hotel Belmonte de Cali y del administrador de la misma empresa, que Morales Pulido viajaba en el camión accidentado, con la advertencia de que, en la noche de la tragedia, ni él ni el ayudante se hospedaron allí, pues llegó únicamente el chofer Santa; en fin, los testigos Benjamín Rodríguez, Hugo García y cuatro más (fs. 25 a 30, C. Nº 2º) afirman: "Sí, señor, tuve conocimiento que Arturo Roberto Morales Pulido desapareció trágicamente en la catástrofe de Cali, ocurrida en la madrugada del día siete de agosto del año de mil novecientos cincuenta y seis, siendo de pública notoriedad su muerte en dicha catástrofe".

2º Dando, pues, por probada la muerte del menor en la explosión ocurrida en los patios de la antigua estación del Ferrocarril del Pacífico, a la una y diez minutos de la madrugada del 7 de agosto de 1956, considera la Sala que al Estado no le incumbe responsabilidad alguna, ni obligación de resarcir los supuestos daños materiales y morales, en virtud de las siguientes razones:

a) Si bien es cierto, como antes se dijo, que el artículo 2356 del Código Civil se ha interpretado en el sentido de que establece una presunción de culpa, pero como no se trata de que el Estado asuma obligaciones por un riesgo creado o por una responsabilidad objetiva, se pueden invocar hechos eximentes, como sucede en este caso, en el cual el trágico fallecimiento de Morales Pulido se debió a su propia culpa, por negligencia o imprevisión, sin la cual no hubiera perecido en el siniestro, como no falleció el chofer Cecilio Santa.

En efecto, no existe prueba alguna de que las autoridades militares hubiesen obligado al menor como al ayudante Fajardo, a permanecer o pernoctar en la caseta del camión; por el contrario, existe el hecho probado de que el chofer Cecilio Santa, libremente, pudo abandonar el vehículo para ir a pasar la noche al Hotel Belmonte; y si se permitió al chofer salir de los patios de la estación del ferrocarril, *a fortiori,* debía permitírsele a Morales Pulido hacer lo propio, tanto más que, por su edad y por las funciones que ejercía, su permanencia en el lugar de los trágicos sucesos no era necesaria ni tenía objeto alguno.

Según la declaración del chofer Cecilio Santa, no una sino hasta dos veces, le insinuó a Morales Pulido y a Fajardo, ir a pasar la noche al hotel, agregando: "...que las camas para nosotros estaban pagas en el hospedaje, y que para qué nos quedábamos durmiendo en el camión, que a las seis de la mañana nos levantábamos para descargar el camión en el polvorín..."

Morales Pulido se excusó o desechó la insinuación, según el declarante Santa, porque tenía objetos de valor de uso personal que podrían perderse; sin embargo, estos objetos no fueron obstáculo para hospedarse en el hotel a su paso hacia Buenaventura, según se ha visto antes; si realmente existían los dichos objetos, bien hubiera podido llevárselos al hotel; y en todo caso, la excusa alegada, aun en el supuesto de que estuviese probada, no sería suficiente para comprometer la responsabilidad del Estado, pues, en tratándose de sustancias peligrosas, el cuidado, la diligencia y la prudencia para evitar los posibles daños, obligaba a las dos partes, tanto a la víctima como al agente, porque sería inaceptable adoptar un criterio respecto de éste y otro cuando se refiere a aquélla, que conocía la naturaleza de las materias transportadas en las 335 cajas de gelatina, con un peso de más de ocho toneladas y media.

b) La culpa de la víctima debe calificársela como concurrente con la del Estado, porque las dos ocasionaron el deceso, en forma tal que la una sin la otra no hubiese producido el daño. Ahora, como las culpas, según la naturaleza de los acontecimientos, revisten igual gravedad, debe considerarse que la responsabilidad, en cuanto concierne a la indemnización de los perjuicios, se compensa tanto respecto de los materiales como de los morales, objeto de las pretensiones de la parte actora.

No puede invocarse la menor edad de la víctima, para cohonestar su imprevisión, porque esta circunstancia recaería, también como culpa, sobre el actor que encomendó a su hijo menor de edad la administración del vehículo, permitiéndole u ordenándole viajar en él en su carácter de vigilante, fiscal o administrador.

3º En el supuesto de que a la culpa de la víctima se pretendiera darle aplicación al artículo 2357 del Código Civil, para decretar una indemnización parcial, procede hacer las siguientes consideraciones en cuanto atañe a los perjuicios materiales ocasionados, según los actores, por la muerte de su hijo.

a) Cuando se demanda el pago respecto de los perjuicios materiales por la defunción de una persona, como consecuencia de una culpa o delito, el actor debe aportar la prueba para acreditarlos, pues, como una persona no es objeto de ningún derecho, sino sujeto o término de él, el simple hecho material de su muerte no demuestra por sí mismo el perjuicio ocasionado, como sucede cuando se trata, por ejemplo, de la causada a un semoviente; por esto, quien demanda los perjuicios materiales, en relación con la de una persona, debe establecer determinados vínculos jurídicos que le dan derecho a recibir un beneficio o provecho económico cierto, percibido de hecho y realmente, en forma regular, en cuantía y tiempo determinados o determinables.

b) Con el objeto de establecer la relación jurídica los actores alegan que dependían económicamente de su hijo, por hallarse ellos físicamente impedidos para trabajar; y aun cuando la prueba de la invalidez resulta deficiente, pues se requería un concepto pericial para establecerla en juicio, aun supuesto este extremo, tampoco se demuestra el perjuicio material de los actores, porque tienen bienes más que suficientes para atender a su congrua subsistencia, como se pone de manifiesto en la relación hecha por su apoderado como información para los peritos, según atrás se dijo ya; y la obligación impuesta a los hijos respecto de sus padres está condicionada a la indigencia de éstos, a la necesidad de atender a su subsistencia, derecho que desaparece en cuanto la situación económica se torna favorable para los alimentarios, de acuerdo con los artículos 421 y 422 del Código Civil (art. 837 del C. J.).

4º Sobre los supuestos perjuicios recibidos por la muerte de su hijo, por cuanto perdieron un eficiente administrador de sus bienes, cabe establecer las siguientes observaciones:

a) Con el concepto pericial, bueno o malo, no se prueba el derecho que los actores pudieran tener al resarcimiento de los perjuicios atribuídos al fallecimiento de su hijo, sino que simple-

mente tiene por objeto establecer su cuantía, supuesta la relación jurídica correspondiente, que solamente el juzgador tiene facultad para reconocer o negar en la sentencia, mas no en ninguna forma a los peritos; por tanto, si falta el derecho, el señalamiento de la cuantía de los supuestos perjuicios resulta del todo inoperante.

En resumen, el mero beneficio o aprovechamiento de hecho de los actores, en cuanto atañe a la administración de los bienes, efectuada, según se dice, por su hijo, no implica el desconocimiento de ninguna relación jurídica, porque ni corresponde a los deberes legales de la filiación, ni a celebración de un contrato respecto de tal actividad, que más bien podría clasificarse como de simple benevolencia, o si se quiere, en función de deberes morales, pero no jurídicos.

b) Sin embargo, si realmente existiera una relación jurídica quebrantada, los actores debieron dar la plena prueba del daño sufrido, esto es, las cuantías de las sumas que, en forma legal, cierta y continua, hubieran recibido de su hijo, porque las liquidaciones o cálculos hechos por los peritos no tienen ninguna demostración en las pruebas allegadas al juicio, para convertirse en meras conjeturas o hipótesis de los expertos. En efecto, ¿en qué se fundaron los dichos peritos para fijar en la suma de $ 19.350.00 el producido mensual de las fincas de propiedad de los actores? ¿En dónde está la prueba de que el menor fallecido haya percibido un sueldo o salario de $ 1.161.00 mensuales? ¿Cuál es el fundamento para suponer o conjeturar que sus gastos se reducían al 3% de lo devengado por él, para dejar el saldo a sus padres?

Todos estos interrogantes se quedan sin una respuesta adecuada; y tampoco puede comprenderse cómo la muerte de un adolescente de 17 años, en escasos siete meses de administración (de enero de 1956 al 7 de agosto del mismo año), haya causado a sus padres una pérdida que monta a la no despreciable cantidad de $ 131.248.35, cuando ni siquiera se demostró cuál hubiese sido el producido de los bienes antes de la administración de Morales Pulido, para compararla con el rendimiento posterior a ella, con el objeto de que la diferencia, en pro o en contra, estableciera la eficacia o ineficacia, y de allí deducir el monto del daño pecuniario o económico, supuesto el vínculo jurídico.

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. Condénase al Estado a pagar a Arturo Roberto Morales Irreño, mayor de edad y vecino de Anolaima, seis días después de ejecutoriado este fallo, la suma de veintisiete mil trescientos ochenta y cinco pesos con cincuenta centavos ($ 27.385.50), valor del camión de placas número 87212 de Bogotá, marca Ford, tipo estacas, motor número F9OK5H-62461, con capacidad de ocho toneladas, destruído en el siniestro de Cali en las primeras horas del siete de agosto del año de mil novecientos cincuenta y seis (7 de agosto de 1956), más los intereses legales desde esta fecha hasta la del pago efectivo.

De la cantidad anterior se deducirán, en su caso, las recibidas a título de indemnización por el actor, del Estado o de cualquier otra entidad oficial, semioficial o particular.

Segundo. Se absuelve al Estado de las demás súplicas de la demanda propuestas por los cónyuges Arturo Roberto Morales Irreño y Sofía Pulido de Morales.

Tercero. En los términos precedentes queda reformada y sustituída la sentencia apelada.

Sin costas.

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

Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García M., Secretario.

CORRECCION DE LA DEMANDA.—EXCEPCION DE PLEITO PENDIENTE

Se resuelve el recurso interpuesto por el Ministerio Público contra un auto recaído en juicio ordinario sobre propiedad del subsuelo petrolífero.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

La excepción de pleito pendiente tiene un carácter temporal, por cuanto, para evitar los juicios paralelos y con el grave riesgo de producirse sentencias contradictorias, se suspende aquél en el cual, por hallarse dentro de la oportunidad legal, se declara probada la dicha excepción dilatoria, mientras se dicta sentencia definitiva en el otro; y según el fallo obtenido y la extensión de la cosa juzgada, se podrá o no continuar el procedimiento en aquél, pues las excepciones dilatorias, como lo dice el artículo 328 del Código Judicial, "se refieren al procedimiento para suspenderlo o mejorarlo . . .".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE NEGOCIOS GENERALES.—Bogotá, doce de abril de mil novecientos sesenta y dos.

Mediante providencia de fecha 3 de noviembre de 1959, a pedimento del Procurador 2º Delegado en lo Civil, se declaró probada la excepción dilatoria de pleito pendiente en el juicio ordinario de única instancia, promovido por Julio Vergara Méndez y Cecilia Insignares de Carbonell contra la Nación, respecto de la propiedad del subsuelo petrolífero de los predios, poseídos en común por los actores y otros, nominados Pestagua y Salamanca, ubicados en términos del Municipio de Sitionuevo en el Departamento del Magdalena.

El 26 de agosto de 1960, esta Sala dictó sentencia de segundo grado en el juicio adelantado por los comuneros de Pestagua y Salamanca contra la Nación, en relación con la propiedad del subsuelo petrolífero de los predios distinguidos con los mismos nombres, parcialmente favorable a la parte actora; por cuanto allí, en el numeral 4º de la parte resolutiva, se dijo: "Declárase inhibida para conocer de lo pedido con relación a la porción de la comunidad denominada 'Pestagua', por faltar el presupuesto procesal de demanda en forma".

Visto el resultado de este último juicio, promovido con ocasión de la propuesta número 115 de la compañía "Contratistas de Petróleos S. A.", el apoderado de Julio Vergara Méndez y de Cecilia Insignares de Carbonell presentó un memorial, en virtud del cual corrige la primitiva demanda, promovida en función con la propuesta número 787 de la "International Petroleum (Colombia) Limited", archivado por haberse declarado probada la memorada excepción dilatoria de pleito pendiente.

Por auto de fecha ocho de marzo pasado, se admitió la correción de la demanda y se ordenó dar nuevo traslado al Procurador Delegado, quien ha interpuesto el recurso de reposición con el fin de que se revoque "y en su lugar se declare que no es el caso de admitir esta nueva demanda relativa a los hidrocarburos que se encuentren dentro del globo de tierra llamado 'Pestagua', porque la acción que se intenta ha caducado".

El fundamento del recurso interpuesto, en lo sustancial, el Procurador lo expone así: "Pero ya en la determinación y alinderación de esas tierras se formula en realidad pedimento sobre un objeto diferente en concepto de esta Procuraduría, pues la identificación de esas tierras se determina haciendo variación de los que antes se habían indicado en la demanda inicial, modificando así evidentemente el objeto de esta nueva demanda. Ello lo demuestra la indicación de los nuevos hechos, aunque el libelista quiera llamarlos modificaciones de los antes expuestos (Véase folios 32 frente, a 38 vuelto, cuaderno número 1º)".

Anota finalmente que esta Sala, en el juicio de Manuel Antonio Cuéllar Durán y otro, no aceptó la corrección de la demanda presentada por el apoderado de los actores, en la cual se reducía la pretensión "a uno solo de los predios objeto de la anterior", por caducidad de la acción.

Con el fin de resolver el recurso interpuesto, se considera:

a) Si en el nuevo alindamiento de las tierras de Pestagua, hecho en la corrección de la demanda, se comprenden más tierras o un objeto distinto al de la primitiva demanda o la exacta identificación no puede establecerse, es una cuestión de hecho que no aparece probada con el solo cotejo de las lindes descritas en los dos libelos; en consecuencia, si esto fuera así, si en el curso del juicio se establece, efectivamente, la sustitución del primitivo objeto o inmueble, naturalmente, que se habría operado el fenómeno de la caducidad de la acción, que procedería reconocerla, en el fallo, como excepción perentoria, pero que ahora resulta del todo impertinente.

b) Ni en el auto que admitió la corrección de la demanda, ni en el presente, se puede entrar a considerar los efectos que produce la sentencia de fecha 26 de agosto de 1960, en cuanto a la excepción de cosa juzgada, respecto de la Nación, de la comunidad opositora y en cuanto concierne a las distintas compañías que formularon las dos propuestas de contrato, quizá en relación con el mismo globo de terreno, porque, dada la naturaleza de la cuestión, debe estarse a lo previsto en el 2º inciso del artículo 341 del Código Judicial.

c) La excepción de pleito pendiente tiene un carácter temporal, por cuanto, para evitar dos juicios paralelos y con el grave riesgo de producirse sentencias contradictorias, se suspende aquél en el cual, por hallarse dentro de la oportunidad legal, se declara probada la dicha excepción dilatoria, mientras se dicta sentencia definitiva en el otro; y según el fallo obtenido y la extensión de la cosa juzgada, se podrá o no continuar el procedimiento en aquél, pues las excepciones dilatorias, como lo dice el artículo 328 del Código Judicial, "se refieren al procedimiento para suspenderlo o mejorarlo...".

d) La doctrina citada por el Procurador no tiene aplicación en el presente caso, por falta de paridad, porque aquí se trata de una excepción dilatoria que, por naturaleza, tiene la calidad de temporal o el efecto de suspender el procedimiento, pero no de extinguirlo necesariamente; y en el otro, por indebida acumulación de acciones, por violación del artículo 209 del Código Judicial se rechazó la demanda; de manera que, por razones de simple lógica, no se podía corregir o enmendar una demanda inexistente, desde luego que no se admitió; en otras palabras, cuando se declara probada la excepción de pleito pendiente, la relación jurídico-procesal se establece entre las partes; en el otro supuesto, cuando se rechaza la demanda, tal relación no llega a tener existencia; ni la presentación de la demanda tiene consecuencia entre las partes, como sí las tiene en el evento de la excepción de pleito pendiente, que se propone por el demandado previa notificación del auto de admisión de la demanda y dentro del plazo que tiene para contestarla.

Tales son los principios que informan lo dispuesto en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941), que en el primer inciso dice: "No se dará curso a la demanda que carezca de alguna de las anteriores formalidades, y su presentación no interrumpe los términos señalados para la caducidad de la acción" (artículo 2524 del Código Civil; artículo 29, Ley 95 de 1890; artículos 320, 327 del Código Judicial).

Por los motivos expuestos, no se repone el auto de admisión de la demanda corregida de fecha ocho de marzo pasado.

Notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Efrén Osejo Peña.

Jorge García M., Secretario.

INSPECCION OCULAR. — PRUEBA PERICIAL

Invalidez parcial del dictamen pericial en este juicio ordinario de petróleo. Inspección ocular y prueba pericial. Ampliación de la materia de la diligencia. Oportunidad y conducencia de las pruebas. Identificación de mercedes coloniales.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Cuando se trata de juicio ordinario, la postulación de las pruebas y la aducción o asunción o presentación son dos actos distintos, que deben cumplirse dentro de los plazos señalados en el artículo 746 del Código Judicial, con el objeto de garantizar la contradicción y publicidad de las pruebas; por consiguiente, fenecido el plazo de diez días para pedir pruebas, no es admisible la postulación de ningún medio probatorio, aun cuando sea manifiesta, patente y evidente la conducencia o necesidad de la prueba pretermitida.

2. Decretada una inspección ocular a petición de parte, la diligencia, conforme al artículo 725 del Código Judicial, tendrá por objeto examinar los puntos claramente predeterminados en el auto que decretó la prueba, sin que sea de recibo cambiarlos o sustituírlos por la voluntad unilateral de una de las partes; porque la determinación de "los puntos materia de la diligencia", la exige la ley con el objeto de evitar que una de las partes sea sorprendida por cuestiones que, aun cuando conducentes y necesarias, no fueron previstas u ordenadas en el auto que decretó la inspección ocular.

3. El artículo 728 del Código Judicial expresa que "durante la diligencia, el Juez puede hacer cualquier investigación tendiente al esclarecimiento de los hechos y ampliar, de oficio o a petición de parte, los puntos sobre los que deben dar dictamen los peritos . . ."; por tanto, de acuerdo con la última frase, la ampliación debe tener por objeto los puntos o cuestiones antes determinados en el auto que decretó la inspección, mas no el estudio o concepto sobre puntos nuevos, no previstos en la citada providencia.

4. Así como el auto que ordena practicar una prueba no prejuzga del mérito probatorio de ella, así la decisión del comisionado o del propio juez de la causa, deja a salvo el posterior juzgamiento del mérito de una prueba recibida u ordenada practicar en una diligencia de inspección ocular, entre otros motivos, en cuanto se refiere a la oportunidad de la postulación.

5. No puede confundirse la conducencia o la necesidad de una prueba con la oportunidad de la petición o postulación de ella, porque aun cuando no pueda remitirse a duda la conducencia, el mérito de una prueba no podrá estimarse en la sentencia si no ha sido pedida en tiempo, decretada por el Juez de la causa y presentada, practicada o aducida antes del auto de citación para sentencia.

6. El predio alinderado en la primera petición de la demanda, puede considerarse como identificado, en cuanto se lo ubicó sobre el terreno, porque para esta labor no es esencialmente necesario el recorrer, en forma física y material, cada uno de los lados del polígono si por otros medios puede evidenciarse la exactitud o realidad de aquéllos.

7. Invocar títulos otorgados entre particulares o actos testamentarios, con el fin de identificar las mercedes adjudicadas en tiempo de la Colonia, no resuelve el pro-

blema sino que lo desplaza, porque habría que identificar las lindes de tales títulos o actos con las enunciadas en la diligencia de adjudicación, entrega o mensura de dichas mercedes. Otra cosa es que los títulos antiguos, otorgados entre particulares, sirvan para identificar determinados puntos de referencia, mencionados en los títulos de las mercedes.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE NEGOCIOS GENERALES.—Bogotá, doce de abril de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña).

Con ocasión de la propuesta de contrato número 871 de la Texas Petroleum Company, el apoderado de Julio E. Caicedo C., demandó a la Nación, en juicio ordinario de única instancia, con el objeto de que se hicieran estas declaraciones:

"*Primera.* Que por merced o enajenación efectuada antes del 28 de octubre de 1873 salió del dominio del Estado, como parte de área o extensión mayor (Hatogrande, luégo Yerbabuena) el terreno correspondiente a la hacienda de El Rincón, de propiedad de mi mandante, ubicada en jurisdicción del Municipio de Chía, en el Departamento de Cundinamarca, y comprendida dentro de los siguientes linderos actuales:

"Por el Norte a partir de la Carretera Central del Norte se sigue en dirección de Occidente a Oriente lindando con propiedad de la sucesión de Bernardo Gómez Umaña, y quedando de por medio en el primer sector con cerca de alambre, luégo siguiendo el curso de la quebrada de El Rincón, hasta encontrar de nuevo la cerca de alambre y continuando este lindero Norte hacia el Oriente, con hacienda de 'La Mana', de la sucesión de don Pedro A. López, de por medio en parte cerca de alambre y en parte trocha de monte bien conservada, hasta encontrar el antiguo camino de Piedra Herrada. Por el Oriente partiendo de la intersección del lindero Norte con el camino de Piedra Herrada se sigue hacia el Sur, lindando con dicho camino de por medio, con terrenos de la antigua hacienda de Zamora de propiedad de herederos de Eduardo Ramírez hasta encontrar un mojón de piedra. Por el Sur se sigue desde dicho mojón, en dirección de Oriente a Occidente, de por medio en parte cerca de alambre y en parte cerca de piedra, lindando con la hacienda de El Castillo, hoy de la sucesión de Lorenzo Marroquín y a continuación con propiedad de Intercaribbean Company S. A., cerca de alambre de por medio, hasta encontrar la Carretera Central del Norte. Y por el Occidente, en parte con terrenos de Santa Fe de Waldemar Wilhelm y en parte con el predio el Sauzal, de la sucesión de Bernardo Gómez Umaña, cerca de alambre de por medio con esas dos propiedades y en parte con la Carretera Central del Norte, desde donde termina la propiedad de Intercaribbean y siguiendo en dirección Norte, hasta encontrar el punto de partida.

"*Segunda.* Que por haber salido dicha finca de El Rincón del patrimonio del Estado antes del 28 de octubre de 1873, pertenecen a mi mandante, señor Julio E. Caicedo, el petróleo, gas y demás hidrocarburos que existan o puedan existir en el predio mencionado.

"*Tercera.* En subsidio pido que se declare que el petróleo, gas y demás hidrocarburos que existan o puedan existir en la mencionada hacienda de El Rincón, especificada en la primera petición, pertenece en pleno dominio al demandante, señor Julio E. Caicedo C. por justa prescripción o posesión continua por el término legal, consumada antes del 28 de octubre de 1873, con actos de explotación económica.

"*Cuarta.* Que, en consecuencia de las anteriores declaraciones principales, o, en su caso, de la subsidiaria, el Gobierno Nacional no puede celebrar con persona alguna, en nombre de la Nación, contratos de exploración y explotación de petróleos, gas u otros hidrocarburos en relación con los que se encuentren o puedan encontrarse en el suelo o subsuelo de la citada finca de El Rincón, y que deben excluírse de tales contratos, en caso de que estos se celebren por el Gobierno Nacional".

Los hechos sustanciales los enumeró así:

"1. El área de la finca de El Rincón, como parte de mucho mayor extensión de terreno, salió del dominio del Estado por enajenación tales como las efectuadas en la época de la dominación española, según mercedes hechas en octubre de 1549 a Juan Muñoz de Collantes; en 1582 a Juan Silva de Collantes; en 1583 a Juan de Guzmán; en 1607 a Juan de Artieda y Esparza y Andrés Díaz Calvo.

"2. Desde entonces hasta el actual dueño y poseedor, se ha venido haciendo la transferencia del derecho de dominio sobre esa finca regularmente.

"3. Igualmente se han venido ejecutando actos de señor y dueño en el inmueble descrito, con posesión quieta, pacífica y continua, mediante explotación económica desde los primitivos adjudicatarios y poseedores hasta el presente.

"4. El demandante adquirió el predio de El Rincón por adjudicación que se le hizo en la sucesión testamentaria de la señora Paulina Caicedo de Calvo, protocolizada en la Notaría Segunda de Bogotá, por instrumento número 28, de 9 de enero de 1918.

"5. El demandante ha conservado el dominio y posesión del referido inmueble, excepto en las porciones enajenadas a Félix Becerra y otro, Herminia Rey, Leonidas Barrera e Intercaribbean Company S. A., según escrituras citadas en el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos que acompaña a esta demanda.

"6. La Texas Petroleum Company presentó al Ministerio de Minas y Petróleos una propuesta de exploración y explotación de petróleo, gas y sustancias similares, reputándolos de propiedad nacional, en un área que cubre en su totalidad la mencionada finca de El Rincón.

"7. Dicha propuesta se registró bajo el número 871 y fue aceptada por el Ministerio citado y el aviso de su aceptación se publicó en el número 29863 del *Diario Oficial* correspondiente al día 6 de junio de 1958.

"8. Los terrenos a que se refiere esta demanda no han vuelto al dominio del Estado y su actual propietario no los ha enajenado a ningún título, así como tampoco el petróleo, gas y demás hidrocarburos que se encuentren o puedan encontrarse en el predio a que se refiere esta demanda.

"9. El término de un año señalado por el artículo 2 del Decreto-ley número 3050 de 1956 para promover esta acción ordinaria vence el día 6 del corriente mes de junio".

Como fundamento de derecho de las pretensiones, el actor invocó el artículo 30 de la Constitución Nacional; artículo 28 de la Ley 153 de 1887; artículos 669, 756, 2512, 2518 y siguientes del Código Civil; artículos 5º y 36 del Código de Procedimiento.

El Procurador 2º Delegado en lo Civil, negados los hechos, manifestó que se oponía a que se hicieran las declaraciones suplicadas.

Como el juicio se ha tramitado en forma normal, se procede a resolver la controversia previas las consideraciones que siguen:

I. *Pruebas*. Dentro del término legal, se practicaron las pedidas por la parte actora, las cuales pasan a mencionarse.

a) Títulos antiguos. Con el fin de demostrar que los predios objeto de este litigio salieron del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1873, se solicitaron por el actor varias copias al Archivo Histórico Nacional, entre las cuales se halla la merced hecha por el Licenciado Miguel Díaz de Armendáriz, el 20 de octubre de 1549, a Juan Muñoz Collantes de una estancia para ganado, "...que se entiende desde el mogote redondo questa y lindero con la que era de Juan de Ortega, que va prosiguiendo por la falda de la sierra adelante hasta los términos de Sopó; y por la una banda del río grande y por los páramos arriba, y que corra por lo llano hacia la punta de Tuna para que en ella pudiese traer sus ganados de puercos y sembrar trigo y cebada, maíz y otras semillas; y ansimismo vos dí otra estancia para vacas, de la otra banda del río, de aquella parte de la sierra de Chía, junto a los capitanes llamados Tasoantiva y Ninnenqueativa que corra hacia los términos de Tenjo y Tabio, el valle arriba y abajo..." (folios 68, cuaderno número 2).

Años más tarde, 12 de octubre de 1553, Muñoz Collantes compareció ante el Alcalde Joan de Rivera con el fin de que le diera posesión de los predios mercedados, diligencia que se llevó a efecto así: "... E luego el dicho señor Alcalde en cumplimiento del dicho mandamiento, fue de la otra parte del río desta ciudad, a un sitio donde parecía haber hecho adobes que el dicho Joan Muñoz dijo ser el dicho solar, contenido en el dicho mandamiento; en el cual el dicho señor Alcalde tomó por la mano al dicho Joan Muñoz y lo metió dentro del dicho pedazo de tierra, en señal de posesión y el dicho Joan Muñoz de Collantes se paseó por el dicho pedazo de tierra, en señal de posesión y por posesión que del dicho pedazo de tierra dijo que tomaba e tomó en lo cual el dicho señor Alcalde dijo questaba presto de lo amparar y defender según e como en el dicho mandamiento se contiene" (folio 68 vuelto ibídem).

El causahabiente del primer adjudicatario solicitó la mensura de las estancias, que se cumplió en esta forma: "En el valle de Chía, término y jurisdicción de la ciudad de Santafé en veintitrés días del mes de febrero de mil e quinientos y noventa y cuatro años, yo Francisco Ortiz de Mariaca, persona nombrada por el señor visitador para medir de las estancias, medí una estancia de ganado mayor de las antiguas que fue proveída a Joan Muñoz de Collantes y al presente es de don Juan de Artieda, medírsela en la parte y lugar que dice su título, estando presente el corregidor don Francisco de Rivadeneira y encomenzóse a hacer la dicha medida, desde una

quebrada que parte los términos entre Tuna y Chía, llamada la dicha quebrada Upsía, la cual dicha quebrada sale de la sierra y del pie de la dicha sierra quedando por mojón la dicha quebrada que está más adelante de un mogote que está junto al camino real que es el que el título declara, y de la dicha quebrada se le midieron sesenta cabuyas que son seis mil pasos por el llano abajo, hacia la punta de Tuna, dejando la quebrada a mano derecha paró la última de las sesenta cabuyas de la una cuadra en un llano pantanoso de muchos sartenegales, doce cabuyas más abajo de la dicha punta de Tuna, en la propia derecera della y allí se hizo un mojón grande de céspedes, y por no saber el nombre de aquella tierra por no estar allí indios de Tuna no se puso; y deste dicho mojón se volvió a la dicha quebrada a donde se comenzó a hacer la dicha medida para le medir otras sesenta cabuyas de otra cuadra, por no se poder medir por la parte de abajo por ser tierra agra y pantanosa y del dicho mojón se le fueron midiendo las otras sesenta cabuyas de la otra cuadra por el camino real, delante que va hacia Tunja y paró la última dellas al pie de un cerro pedregoso llamado Banzá que desprende es a el una quebrada que queda por mojón la punta del dicho cerro y quebrada, y con esto quedó medida y amojonada la dicha estancia en la manera que dicha es, la cual dicha medida no la he dado por que en el título que estaba esta dicha estancia había otra proveída al dicho Juan de Muñoz Collantes, la cual se ha medido en presencia de García de Toraya que es la sucesive después deste, y el dicho don Francisco lo firmó" (folios 71 a 71 vuelto, ibídem).

El 5 de julio del año de 1594, el mismo agrimensor Francisco Ortiz de Mariaca, nombrado por el licenciado Miguel de Ibarra, "... para medir de las estancias del dicho partido, por ante mí el presente escribano *midió una estancia de ganado mayor* antigua que fue proveída a Joan Muñoz de Collantes y al presente es de don Joan de Artieda, midiósele en la parte y lugar que dice en su título y comenzáronsele a medir las sesenta cabuyas que son seis mil pasos desde una quebrada que está por bajo del pueblo de Guangatá llamada la dicha quebrada Chigué, la cual quebrada es la que viene de Tabio, y de esta dicha quebrada donde entra otra quebrada que baja de hacia Tenjo llamada Chuato, y quedando por mojón la junta de estas dos dichas quebradas, se le fue midiendo la cuadra por la dicha quebrada arriba llamada Chigüe; y prosiguiendo con la dicha medida hubo hasta confrontar con el mojón del resguardo que se dio al dicho pueblo de Guangatá mil doscientos pasos poco más o menos, la cual dicha estancia pierde los dichos mil y doscientos pasos hasta llegar al otro resguardo que se dio hacia la sierra al dicho pueblo; y prosiguiendo con la dicha medida hubo hasta llegar al camino real que va de Mariquita a Tunja, veinte y cinco cabuyas y media, y corriendo la dicha medida por el dicho camino real, adelante paró la última de las dichas sesenta cabuyas en el dicho camino real en un sitio llamado Fosvita a donde se hizo un mojón grande de céspedes y frontero de este dicho mojón, a la parte de la sierra, está una piedra grande blanca, la cual dicha piedra está por encima del camino que baja a lo llano, el cual dicho camino es el que baja del portachuelo de Tabio llamado Histosuca, el cual dicho camino es el que baja hacia mano izquierda de dicho valle hacia la ramada de la estancia de doña Catalina Ciliceo, no se le midió otra cuadra por decir el dicho título entre el dicho valle y la sierra, y por que de el dicho camino real a la dicha sierra parece no haber las dichas sesenta cabuyas, no se le midió y con esto se hizo la dicha medida en la forma y manera dicha; y el dicho Francisco Ortiz Mariaca dijo que en esta dicha medida entraba toda la tierra que se le midió del camino real hacia las tierras de Chía a la estancia de don Francisco de Rivadeneira, que el dicho Francisco Ortiz había medido; y asimismo declaro haber entrado en esta dicha medida dos estancias de pan y ganado menor proveída la una al relator Lope de Rioja y la otra al capitán Rodrigo de Cárdenas, que al presente eran de Francisco Durán..." (folios 71 vuelto a 72 ibídem).

Las copias expedidas por el Archivo Nacional se refieren, además, al litigio suscitado entre Juan de Artieda y Bartolomé Sanguino, con motivo de haber solicitado ambos la adjudicación o merced de las tierras baldías colindantes entre sus respectivos predios; y a la postre la controversia terminó por transacción, celebrada el 30 de agosto de 1605, para dividirse la zona controvertida, pero con estas limitaciones: "...con la condición que ninguna de las dichas tierras que así se parten y dividen entrello, *no se pueda sembrar* ni siembre de ningunas semillas antes de partir, ni después de partidas por ninguno de los dichos don Juan de Artieda, ni licenciado Sanguino; ni han de labrar ni cultivar agora ni en ningún tiempo *por ellos ni por sus herederos ni subcesores presentes ni* POR VENIR, sino que tan solamente sirva de *pasto común de pasada para ganados, sin genero de labor* y que cada e cuando que se trate de la compusición de estas tierras, que la paga dellas se haga de por mitad entre los dichos don Juan de Artieda y licenciado Sanguino, por la parte que a cada uno dellos les cabe

dellas y con declaración, que si no hubiere tierra bastante para cumplirsela al dicho licenciado Sanguino, los títulos que allí tiene en la frente del río, se le han de medir y cumplir en la tierra que hubiere junto a lo que se proveyó al dicho Juan de Silva Collantes, que cae a las espaldas del, por la parte de arriba hacia la falda del camino e sierra yendo de esta ciudad por el camino real a la mano derecha del camino en aquella falda por encima y por abajo del dicho camino, y en aquel ancón que hacia allí la quebrada sale de la sierra, que se entienden por encima de la que se midió..." (folios 81 vuelto a 82 ibídem).

También se inserta copia de la merced hecha a Juan Guzmán y de la diligencia de posesión, llevada a efecto en forma puramente rutinaria o sacramental, sin determinar realmente al predio objeto de la entrega.

Aparecen también varias copias de contratos celebrados entre particulares, como ventas, donaciones, testamentos, constitución y cancelación de censos e hipotecas; además, en alguno de ellos se hace mención de los semovientes que se mantienen en los terrenos, pero no consta que se refieran a los de la hacienda El Rincón, sino a los de Tibitó y a los de la hacienda Márquez (folio 95 ibídem).

b) Títulos actuales. Para demostrar la propiedad actual de la finca El Rincón, la parte actora invoca la adjudicación hecha a Julio E. Caicedo en la sucesión de Paulina Caicedo de Calvo, protocolizada el 9 de enero de 1918 ante Notario 2º de Bogotá, de "un lote de terreno que hizo parte de la hacienda El Rincón, en el Municipio de Chía, compuesto de los potreros Yerbabuena, El Confín, El Común y La Salina y de un lote de 648 fanegadas y 7.050 varas cuadradas...", cuyas lindes se insertan en la certificación del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá, expedida el 19 de septiembre de 1959, en la cual, además, se advierte que "la causante adquirió este lote por compra a Mercedes Grajales de Uribe por la número 88 de 24 de abril de 1895, Notaría 3ª de Bogotá".

En la misma certificación se dice que "en virtud del contrato de exploración y explotación de petróleo y sus derivados suscrito entre la Texas Petroleum Company y Julio E. Caicedo C., que se hizo constar por escritura 1310 de 4 de junio de 1959 de la Notaría 10ª de Bogotá, registrada el 11 de septiembre siguente bajo el número 9210-B, página 128 del libro primero, Julio E. Caicedo C. se declaró dueño exclusivo de un predio llamado "El Rincón", ubicado en el Municipio de Chía, con extensión aproximada de 441 hectáreas...", por las lindes descritas en la primera petición de la demanda, que no son las mismas a las contenidas en la hijuela de adjudicación antes mencionada, porque el adjudicatario ha enajenado varias parcelas, como aparece de la misma certificación del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados (folios 12, cuaderno número 1º y folios 11 a 14, cuaderno número 2º), la cual remata así: "5º. Que del primero de enero de mil novecientos diez y ocho (1918) a hoy, la parte que le queda a Julio E. Caicedo Collins en su finca, en cuanto se refiere a los que han figurado como propietarios, en el tiempo que fueron dueños según los títulos citados, no aparece con hipoteca vigente, embargo ni demanda registrados".

c) Inspección ocular. Dentro del plazo legal, el apoderado del actor solicitó: "que se decrete la práctica de una diligencia de inspección ocular, con asistencia de peritos y concurrencia del representante de la Nación y con base en las pruebas documentales presentadas con la demanda o producidas dentro del juicio a fin de determinar el perímetro de la finca de El Rincón, a que se refiere la demanda y la superposición del área de la propuesta 871 sobre dicho predio".

Por auto de fecha 18 de agosto de 1959 se decretó la práctica de la inspección ocular, en el cual se expresó, además, que "se tendrán en cuenta los documentos presentados con la demanda y los que, *pedidos en tiempo oportuno*, se produzcan dentro del juicio o se presente en la diligencia". (Subraya la Sala).

El 7 de septiembre de 1960, el Juez Civil del Circuito de Bogotá, comisionado al efecto, practicó la inspección con la intervención de los peritos nombrados y con la asistencia de las partes, en la cual "se procedió a la identificación de la finca que es materia de la litis, para lo cual el señor Juez tomó como base los linderos dados en el punto primero petitorio de la demanda, y una vez que recibió la asesoría de las personas conocedoras de la región, tales como el señor Sixto Ovalle Alarcón y la señora Elisa Ovalle de Alarcón, actuales colindantes de la finca inspeccionada, se recorrieron tres de los costados de la finca y, con la base ya referida, a más de los títulos que reposan en el proceso y del plano que en el curso de esta diligencia ha presentado el apoderado de la parte actora, se pudo constatar que la finca que es objeto de la ocular coincide con la descrita y alinderada en la parte pertinente de la demanda..." (folios 132, cuaderno número 2º).

Transcritas las lindes descritas en la demanda, el Juez concluye: "En consecuencia, la finca inspeccionada se identifica por su alinderación

con la que se halla determinada en la parte petitoria de la demanda".

Con fundamento en la copia heliográfica del plano presentado con la propuesta número 871 de la Texas Petroleum Company (folio 19, cuaderno número 2º), cuya área comprende los Municipios de La Calera, Guasca, Sopó, Cajicá, Chía, Cota y los extinguidos de Suba, Engativá y Usaquén, se afirma en el acta "que la finca que fue materia de esta inspección está comprendida dentro de los linderos de la citada propuesta..."

Para satisfacer algunas preguntas del Procurador Delegado, el funcionario comisionado dijo: "A las observaciones del señor representante de la Nación, el Juzgado considera que las constancias solicitadas han quedado consignadas en la parte primera de esta diligencia, ya que en ella se lee o se dijo que la identificación de la finca sólo se hizo por sus costados Norte, Occidente y Sur, prescindiendo del costado oriental por la dificultad topográfica para ella. En cuanto a la alinderación de la propuesta 871, aquí se ha dicho también que ella se tomó con base exclusiva en la copia del plano que obra en el proceso, lo que naturalmente está diciendo que no fue objeto de constatación topográfica en realidad".

Por su parte, el apoderado del actor manifestó que "aunque no se recorrió físicamente el lindero oriental, en la cima de la cordillera, sin embargo, éste fue fácil de determinar desde un punto cercano, con ayuda, además, de los puntos topográficos contenidos en el plano que se presentó a la diligencia y con las indicaciones de los señores Sixto y Elisa Ovalle..."

Dentro de la misma diligencia, el apoderado del demandante solicitó que los peritos ampliaran su dictamen, sobre estos puntos: 1º ... "2º. Si la finca El Rincón se halla comprendida dentro de linderos determinables de adjudicaciones antiguas hechas por el Estado antes del 28 de octubre de 1873, tomando en cuenta las aclaraciones o determinaciones que de los linderos primitivos se hayan hecho en instrumentos de transferencia del dominio posteriores al original. Y 3º Señalar o dibujar sobre el mapa autenticado del Instituto Geográfico Militar 'Agustín Codazzi', el perímetro del área de la propuesta número 871 de la Texas Petroleum Company, lo mismo que el perímetro de la finca de El Rincón, por sus linderos actuales y el de una o más demarcaciones o puntos de títulos antiguos originales o posteriores a ellos".

El Juez accedió a lo solicitado e invocó, al efecto, el artículo 595 (597) del Código Judicial en lo concerniente a los documentos presentados, los cuales, dijo, "deben ser incorporados en el proceso para que, si ello fuere procedente, sean apreciados y ameritados en su posible valor probatorio en la oportunidad procesal correspondiente..."; y en cuanto a la ampliación, resolvió que el artículo 728 del Código Judicial permite que "se amplíe el dictamen de los peritos sobre puntos concernientes a la cuestión debatida". El Procurador interpuso, respecto de esta última decisión, el recurso de reposición, porque la ampliación versaba sobre una cuestión que no fue solicitada en su debida oportunidad, en el memorial de pruebas, que se limitó a la identificación del predio descrito en la demanda y a la superposición del especificado en la propuesta de contrato.

El Juez, en auto posterior a la diligencia, negó la reposición demandada, para que los peritos emitieran concepto sobre los puntos sometidos a su estudio por la parte actora en la diligencia de inspección ocular; pero esta providencia, como es obvio, no juzgó ni podía hacerlo, respecto del valor probatorio, del dictamen, en cuanto atañe a su oportunidad, cuestión que debe resolverse en esta sentencia.

En el acta de inspección ocular no quedó testimonio alguno respecto de la identificación de las tierras que fueron objeto de las mercedes, en los tiempos de la Colonia, como tampoco se intentó ubicar el fundo al cual se refiere la hijuela de adjudicación al actor, en el juicio de sucesión de Paulina Caicedo de Calvo.

d) Concepto pericial. Advierten los peritos que identificaron "plena y satisfactoriamente los linderos del predio de la demanda en una especie de pre-inspección ocular que practicaron los tres peritos en la finca El Rincón, por todo el día sábado 3 de septiembre retropróximo", en compañía de un pariente político del actor; y luégo de hacer mención de las informaciones recogidas de "algunos conocedores de la región", dicen: "Por los datos así compilados, completados con los recogidos en la propia inspección ocular verificada el 7 de septiembre siguiente, llegamos a admitir la ubicación de las quebradas de 'La Jabonera' la del 'Paso Malo', y la principal y de más agua de la que forman la de Yerbabuena (que es sin duda la de 'El Rincón'), tal como las hacemos figurar en el mapa que acompañamos".

Pasan los expertos a dar respuesta a las cuestiones propuestas por la parte demandante; y al efecto, respecto del punto primero, afirman que "el área de la hacienda de El Rincón, por los linderos especificados en la demanda, sí está dentro de la abarcada por la propuesta número 871 de la Texas Petroleum Company".

Al punto segundo lo contestan así: "La finca El Rincón sí se encuentra dentro de terrenos salidos del dominio del Estado antes de 28 de octubre de 1873".

"Esta afirmación —continúan los expertos— es el resultado del estudio de la documentación allegada en el expediente"; y al efecto, hacen mención a la adjudicación de una estancia a Juan Muñoz de Collantes, por el licenciado Miguel Díaz de Armendáriz, en los términos que atrás se copiaron en este fallo.

Mencionan la diligencia de mensura de tal estancia, años más tarde, a Juan de Artieda, causahabiente de Muñoz de Collantes o Silva de Collantes, como el litigio entre Bartolomé Sanguino con el dicho Juan de Artieda, sobre unas tierras vacas, que terminó mediante transacción entre ellos.

En los apartes 1, 2, 3 y 4 los peritos se detienen en demostrar que Bartolomé Sanguino fue adjudicatario de mercedes, en tiempo de la Colonia; y para concluír hacen notar: "...que hablando don Juan de Artieda ya como poseedor de la estancia de ganado mayor de las antiguas (1.664 hectáreas y media) que se había adjudicado a Silva Collantes hace expreso hincapié en la cantidad de tierra adjudicada a Sanguino, lo que lleva a la conclusión de que éste era propietario de una extensión mayor, o a lo menos igual, a la poseída por Artieda, interpretación de simple sentido común, y que es la que hemos llevado al plano que adjuntamos" (folios 141 vuelto, cuaderno número 2º).

Los peritos, finalmente, deciden el litigio en los siguientes términos: "... Como se ve por lo anterior, la idea de los querellantes era agregar a sus respectivas fincas la nueva merced, lo que nos lleva a deducir que alrededor tanto de las estancias de Artieda como de Sanguino no podían haber ya tierras baldías, puesto que de haberlas, se hubieran transado fácilmente por que se les adjudicase otra porción compensatoria, pero que colindara con sus posesiones. Véase, para mayor abundamiento, la escritura de venta de doña Petronila Prieto y Ricaurte a don Luis de Caycedo, año de 1785, folio 37, líneas 25, 26 y 27, que al vender la hacienda de 'Hato Grande', se aclara expresamente... 'con sus derivados de Yerbabuena y Sanguino...'.

"Y como, por una parte, el título mencionado en los apartes a) y b) es perfecto; y por otra, el pleito mencionado en el aparte c) tuvo por base el que a ambos peticionarios se expidió título legítimo sobre el lote en disputa; y como finalmente están contestes el licenciado Sanguino (punto 1), el licenciado Ibarra (punto 2), el Regidor Cardozo (punto 3) y don Juan de Artieda (punto 4) en providencias oficiales, o protocolizadas oficialmente, en afirmar que las estancias fueron *proveídas* a Sanguino, verbo que entraña una resolución judicial según la Real Academia Española, queda demostrado que desde el mogote aislado (hoy cerro de Torca), hasta más adelante de la quebrada de Yerbabuena, incluído el vacío que pleitiaron Artieda y Sanguino, y desde el río hasta la sierra, son terrenos que salieron del dominio del Estado (sic) muy antes del 28 de octubre de 1873. Y puesto que el predio materia de la demanda queda cobijado en este sector, la conclusión es más valedera para él, como parte pequeña que es del gran todo.

"En resumen, en relación con la ubicación fundada en los títulos emanados del Estado podemos dividir la hacienda de 'El Rincón' en dos partes: 1) De la quebrada Yerbabuena al puente del Común (Paso de Carasucia), y 2) De la quebrada de Yerbabuena hacia el Norte.

"La primera parte tiene los puntos definidos en sus títulos perfectamente claros, como se ve en los linderos que se citan en la transacción del licenciado Sanguino y don Juan de Artieda; y la segunda parte también, teniendo en cuenta los diferentes conceptos transcritos y analizados y las aclaraciones que se deducen de documentos posteriores pero antiguos, en que se hace ver que las estancias proveídas al licenciado Sanguino, de acuerdo con los trámites legales de ese entonces, estaban localizadas a continuación de las otorgadas a don Juan de Artieda y que luégo fueron materia del pleito y de la transacción, es decir, no había solución de continuidad entre ellas y por tanto la parte de la hacienda de 'El Rincón' al Norte de la quebrada Yerbabuena, también adquirió legalmente su título en esa época, anterior a 1605" (folios 142 a 142 vuelto, cuaderno número 2º).

Como parte integrante del concepto, los peritos adjuntan "una copia del mapa oficial de Colombia a escala 1:25.000 editado por el Instituto Geográfico 'Agustín Codazzi'," en el cual han dibujado la hacienda El Rincón, según el plano del doctor Daniel Ortega Ricaurte; las estancias adjudicadas a Juan Silva Collantes, Bartolomé Sanguino y la parte disputada por Artieda y Sanguino, en colores rojo, azul, amarillo y verde, en su orden.

II. *Conclusiones de la parte actora.* En el alegato de bien probado, el apoderado de la parte actora, en primer término recuerda que, según doctrina de esta Sala, "el perímetro no determinado originalmente, puede ser determinable,

siempre que se haga mediante elementos probatorios válidos y serios''; y cita las sentencias de fechas de 5 de agosto y 24 de octubre de 1942, publicadas en los Tomos LIII y LIV bis de la *Gaceta Judicial*.

Afirma luégo, refiriéndose al predio El Rincón, que ''se identificó tanto el actual perímetro de dicho predio como la superposición en él del área de la propuesta número 871 de la Texas Petroleum Company y la relación de contenido a continente entre la misma finca y terrenos amparados por títulos y por explotación económica y posesión continua anteriores al 28 de octubre de 1873'' (folios 24 vuelto, cuaderno número 1º).

En vista de las objeciones del Procurador Delegado, el apoderado de la parte actora sostiene que no había necesidad, en la inspección ocular, de recorrer físicamente todas las lindes del predio El Rincón, como los límites de la propuesta número 871 por haber sido éstos trasladados ''sobre el mapa oficial del Departamento de Cundinamarca a escala de 1:500.000, editado por el Instituto Geográfico 'Agustín Codazzi' y debidamente autenticado... a partir del punto astronómico de Mercadillo, por sus rumbos y distancias...'', según palabras de los peritos.

Respecto del nuevo punto propuesto por la parte demandante a los peritos, en la diligencia de inspección ocular, objetado y rechazado por el Procurador Delegado por considerarlo extemporáneo, se lee en el alegato: ''a) ¿Para qué se ha promovido este juicio si no es para que se declare al actor como propietario del subsuelo petrolífero de El Rincón, por hallarse en área adjudicada antes del 28 de octubre de 1873? Así se dice expresamente en la demanda y se pide además la declaración de que ese subsuelo petrolífero no puede ser contratado por el Gobierno Nacional como bien de la Nación.

''b) Al solicitar la práctica de la inspección ocular con asistencia de peritos se manifestó muy claramente que esa diligencia debería efectuarse 'con base en las pruebas documentales presentadas con la demanda o producidas dentro del juicio'. Y estas bases documentales acreditan precisamente la existencia de títulos emanados del Estado con la antigüedad necesaria para cubrir el derecho sobre el subsuelo.

''c) El cuestionario que había de someterse a los peritos se limita a desarrollar ese mismo pensamiento y no constituye en modo alguno solicitud de prueba no pedida en tiempo, sino especificación conducente al objeto mismo de la demanda.

''d) Tuvo, pues, razón el señor Juez comisionado para no aceptar la solicitud del señor Procurador Delegado, fundándose en el artículo 728 del Código de Procedimiento Civil que admite '*ampliar de oficio o a petición de parte, los puntos sobre* QUE *deben dar dictamen los peritos*' en la diligencia de inspección ocular'' (folios 26, cuaderno número 1º).

Con la inspección ocular y el dictamen pericial, el actor considera demostrados estos puntos:

''1) Identificación de la finca de El Rincón, por los linderos expresados en la demanda.

''2) Superposición total de la propuesta número 871 de la Texas Petroleum Company y del contrato respectivo, al área del citado predio de El Rincón.

''3) Ubicación de éste dentro de terrenos con título emanado del Estado antes del 28 de octubre de 1873'' (folios 26 vuelto, cuaderno número 1º).

Un capítulo especial dedica al estudio de los títulos antiguos, comenzando por las estancias adjudicadas a Juan Muñoz Collantes, Bartolomé Sanguino y al propio Juan Artieda y Esparza, con el fin de deducir: ''Hay, pues, títulos escriturarios, emanados del Estado español a raíz de la conquista, colonización y población de la sabana de Bogotá, que cubren una extensa área, dentro de la cual se halla la actual hacienda de El Rincón''.

Mencionados los pactos, contratos o actos otorgados entre particulares, afirma: ''Todos estos instrumentos repiten la descripción de un perímetro perfecto, que se halla dentro de los títulos originales mencionados atrás y que cubren completa y sobradamente la finca de El Rincón y sus colindantes''.

Como secuela de lo anterior sostiene que se han probado plenamente los extremos previstos en el artículo 36 del Código de Procedimiento en cuanto concierne a los títulos emanados del Estado; a los títulos otorgados entre particulares y a ''la determinación precisa del terreno de que se trata''.

En el último capítulo estudia la ''explotación económica de las tierras'', para lo cual invoca los artículos 4 y 5 de la Ley 11 de octubre de 1821; artículo 5 de la Ley 70 de 1866; artículo 879 del Código Fiscal de 1873 y la doctrina contenida en el fallo de fecha 5 de agosto de 1942, proferida por esta Sala y publicado en la *Gaceta Judicial* número 1987, página 930.

Para establecer la posesión económica, en once numerales, hace referencia a otros tantos títulos o escrituras de cuya lectura, dice, se deduce la ''explotación económica y posesión efectiva'', pues en ellas se hace referencia a los censos, ca-

pellanías, cultivos u ocupación con ganados y mejoras.

III. *Vista del Procurador Delegado.* En el alegato presentado por el Procurador Delegado, en cuanto atañe a la identificación de la hacienda El Rincón, se lee: "Si al actor Julio E. Caicedo C. le fue adjudicado el terreno llamado 'El Rincón' en la sucesión de Paulina Caicedo de Calvo, y de este globo se desprendieron porciones por ventas que hizo dicho propietario, algunas de las cuales lo fueron por linderos y medidas, no se hizo intento alguno en el acto de la diligencia para determinar qué porciones fueron esas, y así determinar en forma debida qué globo propiamente quedó en posesión de dicho actor. Nueva falta de identificación debida del globo objeto de esta demanda, si debía hacerse ella teniendo en cuenta los documentos que hablan de las enajenaciones de porciones que a la hacienda de 'El Rincón' pertenecieron cuando le fue adjudicada por su hijuela" (folio 43, cuaderno número 1º).

Más adelante, el dicho funcionario transcribe la siguiente doctrina de esta Sala, a la vez que hace alusión a numerosos fallos semejantes.

"La determinación precisa del terreno de que se trata, la de la extensión y linderos del fundo en que deba efectuarse (o en que no deban efectuarse, cuando se trata de oposición), trabajos de exploración y explotación de petróleos, es, pues, requisito indispensable para que prospere un aviso u oposición de esta clase, conforme a los artículos 5º, 6º y 7º de la Ley 16 de 1936, y, de consiguiente, innecesario se hace entrar en el examen del fondo mismo del derecho de propiedad alegado, si no aparece claramente identificado el predio de que se trata, tanto en sí mismo, como en relación con el que es materia de la propuesta, pues como lo ha expresado esta misma Sala de Negocios Generales de la Corte, en providencia del 20 de marzo del corriente año, para decidir la oposición presentada por la empresa Agrícola de Santander relativa al aviso de Hernando Salazar con respecto a un lote de terreno situado en el Municipio de Puerto Wilches (Departamento de Santander), 'lo primero es saber cuál es la cosa a que se refiere un título. Y sólo a condición de que esta cosa sea identificable, cabe ahondar acerca de la situación jurídica que el título creó en relación con su objeto'." (Sentencia Sala de Negocios Generales, 11 de mayo de 1942, *Gaceta Judicial* número 1983, página 158). (Folios 44 y 45, cuaderno número 1º).

En otro aparte, refiriéndose a la falta de localización e identificación del globo de terreno objeto de las primitivas mercedes, como a la falta de ubicación del predio El Rincón dentro del área de aquéllas, agrega esto: "El actor en el litigio afirmó en el libelo de demanda que el predio o hacienda de 'El Rincón' había salido del patrimonio del Estado, en mayor extensión, por virtud de las mercedes de tierras que indicó entonces. Le correspondía comprobar en el curso del juicio, legalmente como lo exige el artículo 593 del Código Judicial, la identidad entre el inmueble que posee y los terrenos que salieron legalmente del patrimonio del Estado conforme a título originario válido, o por medio de prescripción adquisitiva del dominio en favor de particulares con anterioridad al 28 de octubre de 1873, por un lapso suficiente para consolidar esa justa prescripción frente al Estado.

"Ya se vio antes, cómo al pedir pruebas, en el numeral o aparte *cuarto* (IV) solicitó la práctica de una inspección con intervención de peritos, pero únicamente para estos dos fines: a) Que el perímetro de la finca de 'El Rincón' era identificable sobre el terreno; b) Que esa finca está superpuesta al globo o área de la propuesta número 871. Nada más.

"No solicitó que se estableciera en la realidad geográfica y topográfica que ese globo objeto de su demanda está total o parcialmente comprendido por los terrenos a que se refieren las mercedes de tierras concedidas a particulares antes del 28 de octubre de 1873, y que constituyen título justo emanado de la Corona Española o del Estado republicano anterior a esa fecha. No habiéndolo solicitado en oportunidad, precluyó la etapa procesal en que pudiera hacerlo y así dejó sin posibilidad de comprobación este extremo o presupuesto esencial a la prosperidad de la acción" (folios 47 ibídem).

Después de aducir varias razones contra la providencia que admitió la nueva cuestión propuesta a los peritos, dice que "el Juez comisionado, al decretar esa prueba, o un hecho nuevo en la inspección ocular, no pedido como prueba en el memorial correspondiente fuera de la usurpación de competencia que hizo, al trascender el campo dentro del cual debía moverse en el cumplimiento de lo cometido, violó los siguientes principios que informan nuestro procedimiento civil: el de la preclusión de los términos, el de contradicción y publicidad de la prueba, puesto que al formular la parte actora en el acto de la diligencia petición de práctica de nuevas pruebas, o de hechos a los cuales no había hecho referencia en el memorial correspondiente, indicando que para determinar si el inmueble objeto de la demanda formaba parte de terrenos que conforme a los documentos o títulos que permitieran a los peritos determinar esta circunstancia, re-

sultó decretando una prueba o hecho nuevo en forma intempestiva y sorpresiva presentando en la diligencia, sin que la parte demandada tuviera la oportunidad a que legítimamente tenía derecho de conocer que ese hecho iba a ser objeto de prueba, y así preparar en tiempo debido defensa contra él, bien fuera por medio de hechos que lo enervaran o destruyeran, bien porque pudiera establecer prueba eficaz de que ese hecho había dejado de existir o había surgido otro distinto en virtud del cual la Nación o el Estado español hubiera recuperado el inmueble que se dice salió de su dominio antes del 28 de octubre de 1873" (folio 50 ibídem).

En fin, afirma que no se intentó probar que el predio El Rincón hubiese salido del dominio del Estado "en virtud de justa prescripción por explotación continuada del suelo antes de la reserva fiscal del petróleo".

IV. *Consideraciones de la Sala.* Expuestos los puntos controvertidos por las partes, con fundamento en las pruebas practicadas, se procede al estudio y resolución de aquellos, comenzando por los que tienen carácter general, como la oportunidad de algunos elementos probatorios aducidos por la parte actora.

a) El artículo 597 del Código Judicial dispone que "para estimar el mérito de las pruebas, éstas han de formar parte del proceso... 2º Por haberse presentado en inspecciones u otras diligencias en que intervienen el Juez y las partes"; sin embargo, como lo ha dicho la Corte en otras ocasiones, la regla contenida en la disposición transcrita no puede interpretarse en forma absoluta, sino de acuerdo con la naturaleza de cada juicio o de cada diligencia, porque en algunos procesos, como en el de deslinde, la postulación y la presentación de la prueba son actos que se confunden (artículo 868 del Código Judicial), como lo mismo ocurre en algunas diligencias, por ejemplo, en las oposiciones a los secuestros o a las entregas de inmuebles; sin embargo, cuando se trata de un juicio ordinario, la postulación de las pruebas y la aducción o asunción o presentación son dos actos distintos, que deben cumplirse dentro de los plazos señalados en el artículo 746 del Código Judicial, con el objeto de garantizar la contradicción y publicidad de las pruebas; por esto, fenecido el plazo de diez días para pedir pruebas o término de postulación, empieza a correr el de treinta "para practicar todas las pedidas"; por consiguiente, vencida la primera etapa del lapso probatorio, no es admisible la postulación de ningún medio probatorio, aun cuando sea manifiesta, patente y evidente la conducencia o necesidad de la prueba pretermitida.

En el presente litigio, como la diligencia de inspección ocular no es tiempo hábil para la postulación de pruebas, sino que, por el contrario, tiene la indudable finalidad de practicarla, no pueden aducirse válidamente sino las que han sido postuladas o pedidas dentro del primer período a que alude el memorado artículo 746 del Código Judicial; y así, en forma por demás clara se dijo en el auto que ordenó la inspección ocular, con estas textuales palabras: "...en la cual se tendrán en cuenta los documentos presentados con la demanda y los que, pedidos en tiempo oportuno, se produzcan dentro del juicio o se presentaren en la diligencia" (folio 4, cuaderno número 1º).

Por tanto, como las escrituras que se presentaron en la diligencia de inspección ocular no fueron pedidas en tiempo oportuno, o sea, en el primer período a que alude el artículo 746 del Código Judicial, no pueden apreciarse como pruebas de ningún hecho básico del litigio, pues tal diligencia no puede convertirse en período apto para postular pruebas, decretarlas y presentarlas o asumirlas.

b) Según se ha visto atrás, y de acuerdo con las reiteradas observaciones del Procurador Delegado, el apoderado del actor, en el memorial sobre postulación de pruebas, en cuanto a los puntos materia de la inspección ocular los concretó así: "... a fin de determinar el perímetro de la finca de El Rincón, *a que se refiere la demanda* y la superposición del área de la propuesta 871 sobre dicho predio" (subraya la Sala); por lo tanto, omitió fijar como objeto de la inspección ocular, que debía efectuarse con la asistencia de peritos, la identificación del globo de terreno comprendido en las mercedes concedidas a los primitivos adjudicatarios, como también el hecho esencial y sustancial de hallarse el predio El Rincón, tal como se especificó en la demanda, dentro del área o de las áreas de las dichas mercedes o de alguna de ellas.

Este vacío se pretendió enmendar dentro de la diligencia de inspección ocular, pero no como objeto de este medio probatorio, sino como una nueva cuestión sometida, exclusivamente, al dictamen pericial; empero, el Procurador Delegado se opuso a que se decretara favorablemente esta postulación del actor e interpuso el recurso de reposición contra la providencia del Juez comisionado, que fue resuelto posteriormente en la forma antes expuesta.

La inspección ocular es un medio probatorio que "tiene por objeto el examen y reconocimien-

to que, para juzgar con más acierto, hace el Juez acompañado de peritos o de testigos, de cosas o hechos litigiosos o relacionados con el debate''; así, pues, según el ordenamiento legal, la inspección ocular, en forma primordial, está encomendada a la actividad del Juez, quien debe examinar, personalmente, las cosas o hechos litigiosos, con la asistencia de peritos o de testigos, según lo exigiere la naturaleza de los hechos o de las cosas que deben ser sometidos a examen.

Este medio probatorio se ordena ''a solicitud oportuna de las partes o de oficio para mejor proveer'' (inciso 2º, artículo 724 del Código Judicial); y el auto que decreta ''una inspección ocular debe expresar con claridad los puntos materia de la diligencia y el sitio, la fecha... etc.'', según palabras textuales del artículo 725 del Código citado; por tanto, decretada una inspección ocular a petición de parte, la diligencia tendrá por objeto examinar los puntos claramente predeterminados en el auto que decretó la prueba, sin que sea de recibo cambiarlos o sustituírlos por la voluntad unilateral de una de las partes; porque la determinación de ''los puntos materia de la diligencia'', la exige la ley con el objeto de evitar que una de las partes sea sorprendida por cuestiones que, aun cuando conducentes y necesarias, no fueron previstas u ordenadas en el auto que decretó la inspección ocular.

Si en la diligencia de inspección ocular no pueden someterse a examen puntos no previstos en el auto que la decretó, menos aún será admisible que, prescindiendo de este medio probatorio, se someta a los peritos, en forma exclusiva, como un medio probatorio independiente, la decisión o el concepto sobre cuestiones no pedidas en la debida oportunidad ni determinadas en la providencia que decretó la diligencia.

c) El Juez comisionado, para aceptar la nueva cuestión sometida al estudio de los peritos, en forma independiente de la inspección ocular, tuvo en cuenta el artículo 728 del Código Judicial, según el cual, ''durante la diligencia, el Juez puede hacer cualquier investigación tendiente al esclarecimiento de los hechos y ampliar, de oficio, o a petición de parte, *los puntos sobre que deben dar dictamen los peritos...*'' (Subraya la Sala); por tanto, de acuerdo con la última frase, la ampliación debe tener por objeto los puntos o cuestiones antes determinados en el auto que decretó la inspección, mas no el estudio o concepto sobre puntos nuevos, no previstos en la citada providencia; porque ampliar significa extender o desarrollar algo que ya existe o ha sido objeto de una proposición y de estudio para emitir un dictamen; y los puntos propuestos por la parte actora en la diligencia de inspección ocular, en relación con la identificación de los terrenos de las antiguas mercedes, como de la ubicación dentro de ellas del predio descrito en la demanda, no es una ampliación, sino el sometimiento de nuevos puntos o cuestiones al estudio o dictamen de los peritos, no postulados en el memorial de pruebas ni decretados en el auto que ordenó la diligencia, en el cual se dijo: ''Practíquese, con la intervención de peritos ingenieros, una inspección ocular para los fines indicados en el aparte IV del memorial de pruebas...'', que a su turno pide la inspección ocular ''...a fin de determinar el perímetro de la finca de El Rincón, a que se refiere la demanda y la superposición del área de la propuesta 871 sobre el dicho predio''. De manera, pues, que la identificación del globo de tierras comprendidas por las antiguas mercedes, como la cuestión de saber si dentro de éstas se hallaba la hacienda El Rincón, no fueron objeto de la inspección ocular, o mejor, quedaron excluídas de la dicha diligencia.

d) Claro está que el Procurador Delegado, en guarda de los posibles derechos del Estado, estaba en su derecho, como lo hizo, de protestar o rechazar los nuevos puntos sometidos por la parte actora a la consideración de los peritos; sin embargo, ni el recurso de reposición interpuesto, ni la posterior providencia del Juez comisionado, reiterando su primitiva decisión de aceptar las nuevas cuestiones propuestas por aquélla, pueden cohonestar la tardía y extemporánea postulación de los nuevos puntos, porque el comisionado, como tal, no tenía competencia o facultad legal para modificar una providencia ejecutoriada, o sea, la que decretó la inspección ocular, fijando su alcance y objeto, por una parte; y por otra, su providencia al igual de la que hubiese proferido el Juez de la causa en las mismas circunstancias, tienen la finalidad de permitir se practique una prueba con la reserva de que su mérito probatorio se estime en la sentencia, debate que sería extemporáneo adelantar en la propia diligencia de inspección ocular; en otras palabras, así como el auto que ordena practicar una prueba no prejuzga del mérito probatorio de ella, así la decisión del comisionado o del propio Juez de la causa, deja a salvo el posterior juzgamiento del mérito de una prueba recibida u ordenada practicar en una diligencia de inspección ocular, entre otros motivos, en cuanto se refiere a la oportunidad de la postulación.

e) No puede confundirse la conducencia o necesidad de la prueba con la oportunidad de la petición o postulación de ella, porque aun cuando no pueda remitirse a duda la conducencia, el

mérito de una prueba no podrá estimarse en la sentencia si no ha sido pedida en tiempo, decretada por el Juez de la causa y presentada, practicada o aducida antes del auto de citación para sentencia; por tanto, si no se pidió dentro del primer período a que alude el artículo 746 del Código Judicial o se agrega al expediente después de la citación para sentencia, el Juez no puede apreciarla aun cuando la prueba sea necesaria o esencial para el éxito de la pretensión del actor; y así, por ejemplo, el juzgador no podrá apreciar el título de propiedad de un inmueble reivindicado si no fue objeto de oportuna postulación o bien se allegó al proceso después de proferido el auto de citación para sentencia, normas que no es posible desconocer por lo enunciado en el artículo 472 del Código Judicial.

Como antes se ha dicho ya, el artículo 728 del Código Judicial no puede servir de fundamento para hacer viable el tardío cuestionario del actor, el cual, además de someter puntos nuevos, sustituyó el medio probatorio primeramente elegido, o sea, la inspección ocular con la asistencia de peritos, por el mero concepto de éstos respecto de la identificación de las tierras mercedadas a los colonos españoles, la cual identificación no requiere "conocimientos o prácticas especiales", sino una investigación directa sobre el terreno con el objeto de ubicar en determinada zona las estancias concedidas desde el año de 1549 en adelante, mediante la verificación de las lindes descritas en los títulos, su confrontación con la realidad geográfica, todo lo cual presupone una actividad propia del Juez, en cuanto atañe al "examen y reconocimiento" de la cosa litigiosa, pues, como lo ordena el artículo 727 del Código Judicial "..., el Juez y los peritos o testigos proceden al examen y reconocimiento de que se trata y luégo se extiende la correspondiente acta y las observaciones conducentes del Juez, los peritos o testigos y las partes que hayan concurrido, acta que firman todos ellos".

Como se ve, pues, elegido el medio probatorio de la inspección ocular para la identificación de un predio, no se puede dislocar, porque el concepto pericial, si fuere necesario sobre algún punto técnico, debe tener como fundamento "las cosas y los hechos examinados y las observaciones conducentes del Juez, los peritos o testigos y las partes", según la relación exacta y cuidadosa contenida en la respectiva acta.

En conclusión, no solamente se sometieron al dictamen pericial puntos nuevos, no postulados oportunamente, sino que también se sustituyó el medio probatorio de la inspección ocular, con la intervención de peritos ingenieros, por el mero concepto de éstos, sobre identificación de las tierras mercedadas, sin tener base, fundamento o antecedente alguno en el acta, puesto que en la diligencia ni siquiera se intentó identificar o ubicar las estancias de Juan Artieda y Esparza o las de Bartolomé Sanguino o la zona medianera que fue objeto de transacción entre ellos.

f) El predio alindado en la primera petición de la demanda, no obstante las observaciones del Procurador Delegado, puede considerarse como identificado, en cuanto se lo ubicó sobre el terreno, porque para esta labor no es esencialmente necesario el recorrer, en forma física y material, cada uno de los lados del polígono, si por otros medios puede evidenciarse la exactitud o realidad de aquéllos; sin embargo, esta labor fue incompleta, porque la diligencia de inspección ocular tuvo por objeto el inmueble descrito en la demanda, pero no el que describe o indica el título presentado por el actor y que le fue adjudicado en la sucesión de Paulina Caicedo de Calvo, por las lindes descritas en la respectiva hijuela que son distintas a las enunciadas en la demanda (folio 9, cuaderno número 1º).

En efecto, el inmueble descrito en la demanda corresponde, de acuerdo con el certificado expedido por el Registrador, al que fue objeto de un contrato entre el actor y la Texas Petroleum Company, para la exploración y explotación del petróleo y sus derivados, según consta en la escritura pública número 1310 de 4 de junio de 1959 de la Notaría Décima de Bogotá. Además, en el aludido certificado se lee: "El propietario adquirió esta finca en mayor extensión por adjudicación que se le hizo en el juicio de sucesión de Paulina Caicedo de Calvo protocolizada por la número 28 de 9 de enero de 1918 en la Notaría 2ª de Bogotá. El propietario considera que es dueño, tanto de la superficie de dicho inmueble como de los petróleos y otros hidrocarburos y gases y en general de las sustancias minerales que conforme al sistema legal colombiano son de propiedad del dueño de la superficie, terreno 'El Rincón' que se halla totalmente comprendido dentro del área de la propuesta 871 de 17 de agosto de 1956 presentada al Ministerio de Minas y Petróleos por la Texas Petroleum Company, la que se compromete a reconocer a Julio E. Caicedo C. cuando dentro del terreno aquí delimitado haya producción en cantidad comercial, o sea extracción efectiva, estable y organizada de cualquiera o cualesquiera de las sustancias que son materia de este contrato: a) Una regalía equivalente al 1% del precio que tengan en el centro de recolección el petróleo, los gases y demás sustancias minerales exceptuando la gasolina natural; b) Una regalía del medio por ciento del precio de la gasolina

natural en la planta en que se extraiga dicho producto con las excepciones que prevé este aparte'' (folio 12, cuaderno número 2º).

En consecuencia, si el predio descrito en la demanda no es sino una parte de otro mayor, adjudicado al actor en la sucesión de Paulina Caicedo de Calvo, para establecer en juicio la identidad, se requería la demostración de estos dos elementos: primero, la identificación o ubicación, en su realidad geográfica, del predio El Rincón tal como le fue asignado en la respectiva hijuela; y segundo, la ubicación del inmueble alindado en la petición primera de la demanda dentro de éste, con el objeto de establecer que hace parte del especificado en el respectivo título.

No puede remitirse a duda que en los juicios sobre oposición a la propuesta de un contrato para la exploración y explotación del subsuelo petrolífero, se ejercita en realidad una acción petitoria, en cuanto se suplica la declaración de dominio del actor, con fundamento en un título expedido por el Estado antes del 28 de octubre de 1873, respecto de un inmueble debidamente individualizado; y si éste resulta que es parte de otro mayor, la identificación debe efectuarse respecto de ambos, como así lo ha dicho la Corte en numerosos fallos como en el de casación de 24 de octubre de 1940, publicado en el Tomo L de la *Gaceta Judicial*, página 393, en el cual dice:

''El actor en el presente juicio no le dio importancia suficiente a la necesidad indispensable de comprobar plenamente la singularización del terreno disputado. Para ello ha debido demostrar que ese terreno hace parte integrante del predio Santo Domingo, o que está comprendido en él...''

''La prueba adecuada por excelencia para demostrar los hechos que se dejan anotados, es la inspección ocular con intervención de peritos, practicada en conciencia, mediante recorrido y examen prolijo de los linderos de uno y otro predio, con vista de los títulos de propiedad respectivos y la consiguiente identificación de tales linderos y demás circunstancias indispensables para adquirir la convicción perfecta de que el terreno hace parte de otro, o está comprendido dentro de él, o no, lo cual no quiere decir que se excluyan los otros medios de prueba, que pueden aceptarse también, y así lo tiene resuelto la Corte como posteriormente se verá''.

La escueta afirmación, contenida en el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de que ''el propietario adquirió esta finca en mayor extensión por adjudicación que se le hizo en el juicio de sucesión de Paulina Caicedo de Calvo'', no demuestra la exactitud del hecho, porque, por una parte, el Registrador certifica respecto de las inscripciones o matrículas que se hallan en los libros respectivos, pero no sobre hechos ajenos y extraños, como el de que un fundo sea o no parte de otro de mayor extensión, para lo cual no tiene atribución legal, ni medios suficientes para verificarlo; y porque, por otra, la certificación se refiere a las afirmaciones hechas por las partes en el instrumento público que ''hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados...'', de acuerdo con las textuales palabras del artículo 1759 del Código Civil.

En consecuencia, el actor debía probar que el predio o la parcela descrita en la demanda, hace parte del que le fue adjudicado en el juicio de sucesión de Paulina Caicedo de Calvo; pero como este extremo no se ha establecido en el proceso, fallan también por este aspecto las pretensiones de la parte demandante.

g) Conforme a lo expuesto antes, el dictamen o concepto de los peritos, respecto de la ubicación de las mercedes, no puede tenerse en cuenta, primero, porque la postulación la hizo en forma extemporánea el apoderado del actor, y, segundo, porque, además, se prescindió en absoluto de la inspección ocular, para aducirlo como un medio probatorio independiente; sin embargo, para mayor abundamiento, se hacen las siguientes observaciones al dicho concepto.

1ª El punto nuevo sometido a la consideración de los expertos, en la diligencia de inspección ocular, se refiere a que digan ''si la finca El Rincón se halla comprendida dentro de los linderos determinables de adjudicaciones antiguas hechas por el Estado antes del 28 de octubre de 1873, tomando en cuenta las aclaraciones o determinaciones que de los primitivos linderos se hayan hecho en instrumentos de transferencia del dominio posteriores al original''; sin embargo, esta cuestión de mero hecho, la contestaron los peritos mediante un juicio que escapa a sus funciones, para invadir la esfera del juzgador, pues respondieron: ''La finca El Rincón sí se encuentra dentro de terrenos salidos del dominio del Estado antes de 28 de octubre de 1873''.

''Esta afirmación —continúan los expertos— es el resultado del estudio de la documentación allegada en el expediente...''

En otras palabras, estudiada la titulación por los dos ingenieros, concluyeron que el predio El Rincón había salido del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1873, es decir, emitie

ron un concepto jurídico, ajeno por completo a sus funciones como auxiliares técnicos y reservado, únicamente, al juzgador.

De acuerdo con sus atribuciones de expertos, para contestar a cabalidad la cuestión de hecho propuesta por la parte, debieron ubicar sobre el terreno, en la realidad geográfica, alguna o algunas de las mercedes concedidas a los colonos españoles, para después de esta labor, localizar dentro del área de las dichas mercedes, el predio objeto del pleito, con el fin de que establecido este hecho, el juzgador emitiera el juicio jurídico correspondiente, en orden a la exclusión del predio de la propuesta de contrato sobre explotación del subsuelo petrolífero, mediante la aplicación del inciso 2º del artículo 5º del Decreto 1056 de 1953, que dice: "Es de propiedad particular el petróleo que se encuentre en terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y que no hayan sido recuperados por la Nación, por nulidad, caducidad, resolución o por cualquier otra causa legal..."

Los peritos ingenieros, con el fin de dar fundamento a su concepto jurídico, en un aparte antes transcrito, pero que se recuerda aquí, dicen: "Y como, por otra parte, el título mencionado en los apartes a) y b) es perfecto; y por otra, el pleito mencionado en el aparte c) tuvo por base el que a ambos peticionarios se les expidió título legítimo (?) sobre el lote en disputa; y como finalmente, están contestes el licenciado Sanguino (punto 1), el licenciado Ibarra (punto 2), el Regidor Cardozo (punto 3) y don Juan de Artieda (punto 4) en providencias oficiales, o protocolizadas oficialmente, en afirmar que las estancias fueron *proveídas* a Sanguino, verbo que entraña una resolución judicial según la Real Academia Española, queda demostrado que desde el mogote aislado (hoy cerro de Torca), hasta más adelante de la quebrada de Yerbabuena, incluído el vacío que pleitiaron Artieda y Sanguino, y desde el río hasta la sierra, son terrenos que salieron del dominio del estado (sic) muy antes del 28 de octubre de 1873. Y puesto que el predio materia de la demanda queda cobijado en este sector, la conclusión es más valedera para él, como parte pequeña que es del gran todo" (folios 142 a 142 vuelto, cuaderno número 2º).

En consecuencia, aparece de manifiesto que los ingenieros, en lugar de emitir concepto sobre la identificación, ubicación y localización de las mercedes sobre el terreno, en la realidad geográfica, procedieron a hacer un inocuo estudio jurídico de los títulos de propiedad, atribución reservada al juzgador.

2ª Los peritos, sobre un plano, dibujaron las mercedes como la finca denominada El Rincón, pero sin asidero alguno en la realidad, porque para que este trabajo tuviera un valor técnico, se requería que, previamente y dentro de la inspección ocular, hubiesen ubicado sobre el terreno el área de la merced, para luégo, con los datos recogidos en la cartera de campo, elaborar el plano en determinada escala, que posteriormente podrían trasladar a un mapa o a otro plano técnicamente confeccionado; pero nada de esto hicieron, sino que todo lo fundan en una mera inferencia o sospecha, como lo dicen en el siguiente aparte de su exposición: "Esta importante transcripción nos lleva a hacer notar dos cosas: La primera, que la afirmación de que el Cabildo le proveyó estas estancias corrobora nuestros puntos 1, 2 y 3; la segunda, que hablando don Juan de Artieda ya como poseedor de la estancia de ganado mayor de las antiguas (1.664 hectáreas y media) que se había adjudicado a Silva Collantes hace expreso hincapié en la cantidad de tierra adjudicada a Sanguino, lo que lleva a la conclusión de que éste era propietario de una extensión mayor, o a lo menos igual, a la poseída por Artieda, interpretación de simple sentido común, y que es la que hemos llevado al pláno que adjuntamos" (folio 141 vuelto, ibídem).

El problema por dilucidar no atañe a la adjudicación de las mercedes, sino al de localizarlas o ubicarlas sobre el terreno; y por esto, ha dicho la Corte en la sentencia de casación de fecha 27 de mayo de 1953, publicada en el Tomo LXXV de la *Gaceta Judicial*, página 182: "No basta simplemente, para la identificación material o determinación precisa del predio, la enunciación de sus linderos en el título o en un plano topográfico levantado conforme a las pretensiones del actor, o a la interpretación que éste por su parte dé a los linderos de su propiedad, sino que hay que poner en relación uno y otro, con la realidad geográfica y topográfica del terreno materia de la litis, para que resulte la verdad procesal y consiguientemente, la determinación e identidad del predio. Es obligación de quien alega derecho de dominio sobre un inmueble, presentar ante el juzgador, no solamente el instrumento escriturario debidamente registrado, sino la prueba plena, inequívoca acerca de la identidad del bien que reclama como propio".

No puede objetarse que la doctrina transcrita resulta extraña o inaplicable a los litigios sobre petróleos, porque, en la exposición de motivos de la que llegó a ser la Ley 37 de 1931, se expresa: "Consecuente con tales ideas, quiere el Gobierno, y así lo indica el capítulo cuarto del proyecto, que quien pretenda explorar con taladro o ex-

plotar yacimientos que en su concepto no sean de la Nación, acompañe al aviso respectivo la prueba que acredite legalmente la propiedad privada de los yacimientos o la posesión real y efectiva, *así como la identidad de los terrenos con los que figuran en las pruebas presentadas*". (Subraya la Sala. Historia de las Leyes, Tomo XXI, página 10).

3ª Invocar títulos otorgados entre particulares o actos testamentarios, con el fin de identificar las mercedes adjudicadas en tiempo de la Colonia, no resuelve el problema, sino que simplemente lo desplaza, porque habría que identificar las lindes de tales títulos o actos con las enunciadas en la diligencia de adjudicación, entrega o mensura de las dichas mercedes, pues si así no se hace, se incurriría en una petición de principio al dar por demostrado el punto controvertido: la identidad de los terrenos mencionados en el título originario con los descritos en los títulos derivados u otorgados entre particulares, comoquiera que la fecha de expedición no cambia la naturaleza de ellos; y así lo mismo da que su otorgamiento se haya operado en el año de 1757 o bien en el de 1918 o en el de 1959. Otra cosa es que los títulos antiguos, otorgados entre particulares, sirvan para identificar determinados puntos de referencia, mencionados en los títulos de las mercedes, cuyos nombres han cambiado con el transcurso del tiempo, con el objeto de hacer viable la localización geográfica de los terrenos mercedados.

4ª Tampoco resuelve ninguna dificultad el significado que el Diccionario atribuya a la palabra "mogote", porque no se discute tal extremo, sino que debía demostrarse que el "mogote", mencionado en las mercedes, corresponde al que actualmente se denomina "Cerro de Torca".

5ª No habiéndose ubicado sobre el terreno, o sea, identificado, el predio objeto del litigio ni en relación con el título de adjudicación en la sucesión de Paulina Caicedo de Calvo, ni con los otorgados entre particulares con posterioridad a las mercedes, resulta del todo innecesario estudiar la supuesta adquisición del subsuelo por prescripción, en virtud de explotación o posesión económica del suelo.

En mérito de las consideraciones precedentes, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, absuelve a la Nación de los cargos contenidos en la demanda presentada por Julio E. Caicedo C., en el juicio de oposición a la propuesta de contrato de la Texas Petroleum Company, registrada bajo el número 871 y admitida por el Ministerio de Minas y Petróleos mediante resolución de fecha 24 de abril de 1958.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial*, envíese testimonio autenticado de este fallo al Ministerio de Minas y Petróleos y archívese el expediente, previas las cancelaciones de rigor.

Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García M., Secretario.

DOMINIO DEL SUBSUELO PETROLIFERO

No se demostró que los terrenos litigiosos hubieran salido del patrimonio nacional en virtud de las mercedes de tierras de que hablan los títulos antiguos que se presentaron. Grave deficiencia en la inspección ocular. Vaguedad y falta de fundamento en la peritación.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. La determinación de los terrenos objeto de la litis en estas acciones sobre propiedad privada del subsuelo petrolífero, implica la demostración de estos hechos: singularización objetiva del predio materia de la pretensión demandada, es decir, comprobación exacta de que los linderos contenidos en el título actual de dominio de la parte actora corresponden a la realidad topográfica del terreno; identificación real de las tierras salidas del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, a la luz del alinderamiento consignado en el título o títulos originarios que se invoquen; comprobación de que es uno mismo el terreno desprendido del dominio nacional antes de la reserva fiscal del petróleo y aquel cuyo dominio actual se alega, o que el primero comprende a este último en todo o en parte; superposición, total o parcial, entre las lindes de los terrenos litigiosos y las áreas de la propuesta.

2. En el evento sub lite se imponía con más rigor la necesidad de establecer la relación entre la propiedad particular amparada por los títulos actuales y el origen remoto que se les atribuye, si se tiene en cuenta que en los pedimentos y adjudicaciones de que hablan los pretendidos títulos originarios, no aparece una clara ubicación de las estancias, ni una indicación cierta de las tierras indicadas en las mercedes, comoquiera que los puntos de referencia de sus linderos no son por lo general sitios naturales inalterables o de inmediato y fácil reconocimiento, sino que en su casi totalidad están constituídos por mogotes, ancones, caminos viejos, terrenos particulares, términos municipales, pantanos, etc., por lo cual se imponía con más rigor —como antes se dijo— la adecuada comprobación procesal de haberse efectuado la determinación sobre el terreno del área de las mercedes otorgadas y su real ubicación.

3. Como el dictamen pericial se reduce a expresar que "las tierras de El Rincón corresponden a títulos emanados del Estado —estancias de ganado mayor— adjudicadas en épocas anteriores a 1873", sin que para llegar a esa conclusión se hiciera por los expertos ningún estudio comparativo entre los linderos contenidos en los títulos primitivos y los que se indican en los que amparan la propiedad privada de la sociedad demandante, ni verificación sobre el terreno en cuanto a los primeros, debe considerarse la peritación como carente de fundamento y valor probatorio.

4. La relación jurídica que debe demostrarse para la prosperidad de acciones de esta naturaleza es la existente de manera real entre el derecho que ahora se alega o pretende y el que se fijó en un legítimo adquirente del Estado sobre un bien concreto, cómo ya lo ha dicho esta Sala de la Corte.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE NEGOCIOS GENERALES.—Bogotá, doce de abril de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Luis Carlos Zambrano).

La sociedad "Intercaribean Company, S. A.", mediante apoderado especial constituído por el representante legal de la misma, en demanda presentada ante esta Sala el 6 de junio de 1959 inició juicio ordinario de única instancia contra la Nación, a fin de obtener las siguientes declaraciones:

1ª Que es de propiedad privada de la sociedad actora el subsuelo petrolífero de los terrenos conocidos con el nombre de "Carina", que antes formaban parte de la hacienda de "El Rincón", ubicados en el Municipio de Chía del Departamento de Cundinamarca y determinados por los siguientes linderos generales: "Sur, partiendo de la Carretera Central del Norte, en el lugar en que se encuentra la estaca marcada con el número 7, siguiendo un muro de adobe, en dirección occidental hasta llegar al río Bogotá (estaca Nº 8), con la hacienda de 'El Puente del Común', de Luis Gómez Grajales; por el Occidente, siguiendo el mismo río Bogotá, para arriba, en dirección norte (estacas 9 a 30); por el Norte, muro de piedras de por medio, con predios de Santiago Abadía Méndez Santamaría (estacas 30 a 34), y por el Oriente, desde la estaca 34 a la 35 con zona del Ferrocarril del Nordeste, cruzando la carrilera para el Este, hasta la estaca 36; desde este punto, con la Carretera Central del Norte hasta la estaca 40, y de allí, siguiendo la misma Carretera, hasta un punto señalado en el plano con el número 66, mojón; de este punto en dirección occidental hasta la carrilera del Ferrocarril (Nº 67 en el plano), lindando con el lote número 4 de la urbanización de propiedad de Leonidas Barrera; de aquí, siguiendo el límite de la zona del ferrocarril, en dirección sur, lindando con los lotes 4, 3, 2 y 1 de la urbanización citada, que son o fueron de propiedad de Leonidas Barrera, Herminia Rex de Barrera, Félix A. Becerra y Elvira Serrano de Barrera, respectivamente, hasta un punto que lleva el número 68 del plano adjunto, para volver a la Carretera Central del Norte, lindando por el Norte con el lote número 1 de la urbanización y siguiendo la carretera hasta llegar a la estaca número 7.

"Los lotes que integran estos terrenos se especifican así: parte alta: partiendo de la Carretera Central del Norte, en un punto que lleva en el plano el número 0; por el Sur, con la hacienda de El Castillo, muro de piedra de por medio, estacas 41 a 45; Oriente, cerca de por medio, con terrenos del vendedor, parte del potrero de La Salina (que no se vende). Siguiendo las estacas 54, 54A y 55 del plano, hasta llegar a la Carretera Central del Norte, estaca 55; Occidente, con la Carretera Central del Norte, estacas 56 a 61, hasta llegar al punto de partida 0.

"Potrero El Confín: Sur, potrero de El Común; Oriente, Carretera Central del Norte; Occidente, el río Bogotá, y Norte, potrero de La Yerbabuena.

"Lote La Yerbabuena: por el Sur, potrero El Confín; por el Oriente, Carretera Central del Norte; por el Occidente, el río Bogotá, y por el Norte, predios de Santiago Abadía Méndez Santamaría.

"Lote La Playa: por el Sur, con la hacienda El Puente del Común, de Luis Gómez Grajales; por el Oriente, Ferrocarril del Norte, al medio, potrero de El Común; por el Occidente y por el Norte, con el río Bogotá.

"Potrero El Común: por el Sur, hacienda de El Puente del Común, de Luis Gómez Grajales y el lote número 4 de la parcelación mencionada; por el Oriente, Carretera Central del Norte, lotes 1 a 4 de la parcelación y otra vez dicha Carretera; por el Occidente, Ferrocarril del Norte al medio, con el potrero de La Playa, y por el Norte, potrero de El Confín".

2ª Que las tierras en cuestión deben excluírse del área de la propuesta número 871, formulada ante el Ministerio de Minas y Petróleos por la Texas Petroleum Company.

3ª Que, en consecuencia, la sociedad "tiene derecho a demandar la restitución de los productos que se exploten o se hubieren explotado del subsuelo en los terrenos de su propiedad al tiempo de pronunciarse el fallo definitivo favorable" o, de no ser posible su restitución en especie, su valor, a juicio de peritos.

Subsidiariamente pidió se declarara que los referidos inmuebles salieron del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1873, por lo cual el petróleo y demás hidrocarburos que yacen en el subsuelo de dichos terrenos pertenecen a la "Intercaribean Company, S. A." y no a la reserva del Estado colombiano.

Que ese subsuelo debe excluírse de la propuesta de contrato número 871, formulada por la Texas Petroleum Company.

Que, en consecuencia, "se deberán las prestaciones y restituciones correspondientes a las sustancias o materiales explotados, según las reglas del derecho común, a cargo del Estado colombiano".

Para fundamentar las anteriores peticiones se invocaron por la parte demandante hechos que las presuponen, a saber: la propiedad actual en cabeza de la sociedad actora del predio denomi-

nado "Carina", adquirido por medio de la escritura número 433 de 11 de febrero de 1958, otorgada en la Notaría 3ª de Bogotá; el desprendimiento de tal inmueble del patrimonio nacional con anterioridad a la reserva fiscal del petróleo de 1873; la admisión por el Ministerio del Ramo de la propuesta de contrato para la exploración y explotación del petróleo de propiedad del Estado que pueda encontrarse dentro del área del globo de terreno a que se refiere la providencia de 24 de abril de 1958 de aquel despacho ministerial, propuesta señalada con el número 871 y formulada por la Texas Petroleum Company.

La demanda presentada con documentos pertinentes, fue admitida en providencia de 24 de agosto de 1959 y surtido el traslado de rigor al representante legal de la Nación, éste lo evacuó en el sentido de oponerse a que se hicieran los pronunciamientos de fondo suplicados y de manifestar, en cuanto a los hechos, que se atendría a la eficacia y conducencia de las pruebas que se produjeran en el juicio para acreditarlos.

Trabada así la litis se abrió el negocio a prueba y durante esa etapa procesal se ordenaron y recibieron las que serán objeto de ulterior estudio.

Y como el juicio se ha rituado por las formas que le son propias y ha llegado la oportunidad de desatarlo en el fondo, se procede a dictar tal decisión.

—

La acción propuesta se encamina, como lo revelan las peticiones y los basamentos fácticos de la demanda, a obtener frente a la Nación una sentencia declarativa de dominio privado en relación con el subsuelo petrolífero del predio denominado "Carina", con fundamento en que la sociedad actora es propietaria actual de esos terrenos, que éstos salieron del dominio del Estado —pasando al particular— en virtud de actos jurídicos anteriores a la reserva fiscal del petróleo de 1873 y que, finalmente, los terrenos objeto de las pretensiones del libelo principal se encuentran comprendidos, en todo o en parte, por las lindes de la ya aludida propuesta de contrato.

Para establecer si en el presente juicio se halla acreditado procesalmente el presupuesto atinente a la precisa determinación de los terrenos objeto de la litis, presupuesto de previo análisis en acciones de esta naturaleza, se impone una breve relación de los títulos antiguos o entre particulares que en decir de la parte actora atañen a esas tierras, no sin antes advertir que, según un constante criterio doctrinal de la Corte, la determinación en referencia implica la demostración de estos hechos: singularización objetiva del predio materia de la pretensión demandada, es decir, comprobación exacta de que los linderos contenidos en el título actual de dominio de la parte actora corresponden a la realidad topográfica del terreno; identificación real de las tierras salidas del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, a la luz del alindamiento consignado en el título o títulos originarios que se invoquen; comprobación de que es uno mismo el terreno desprendido del dominio nacional antes de la reserva fiscal del petróleo y aquel cuyo dominio actual se alega, o que el primero comprende a este último en todo o en parte; superposición, total o parcial, entre las lindes de los terrenos litigiosos y las áreas de la propuesta.

Según la sociedad actora, el origen del desprendimiento dominical de tales tierras por parte del Estado se encuentra en los siguientes títulos:

Merced confirmada por el Gobernador Miguel Díaz de Armendáriz a Juan Muñoz de Collantes el 20 de octubre de 1549 de dos estancias y un solar de adobes, a saber: una de ganado, "que se entiende desde el mogote redondo questa y lindero con la que era de Juan de Ortega, que va prosiguiendo por la falda de la sierra adelante hasta los términos de Sopó; y por la una banda del río grande y por los páramos arriba, y que corra por lo llano hacia la punta de Tuna". La otra estancia para vacas, "de la otra banda del río de aquella parte de la sierra de Chía junto a los capitanes llamados Tasuantiva y Nimenquetiva, que corre hacia los términos de Tenjo y Tabio, el valle arriba y abajo". Y el solar para adobes, "de una puerta junto al río de esta ciudad que es la primera yendo por el río abajo donde vos haber fecho vuestros adobes".

El día 12 de octubre de 1553 se llevó a cabo la diligencia de entrega y posesión del solar, pues en tal fecha y "en Santafé, ante el señor Alcalde Joan de Rivera pareció Juan Muñoz de Collantes y presentó el título de solar y estancias desuso contenidas y dijo al dicho señor Alcalde lo mande cumplir como en él se contiene, y cumpliéndolo lo meta en la posesión del dicho solar como el dicho licenciado Miguel Díaz lo manda e lo pidió por testimonio. E luego el dicho señor Alcalde, en cumplimiento de dicho mandamiento fue a la otra parte del río de esta ciudad, a un sitio donde parecía haber hecho adobes que el dicho Joan Muñoz dijo ser el dicho solar contenido en el dicho mandamiento, en el cual

el dicho señor Alcalde tomó por la mano al dicho Joan Muñoz y lo metió dentro del dicho pedazo de tierra en señal de posesión, y el dicho Joan Muñoz de Collantes se paseó por el dicho pedazo de tierra en señal de posesión y por posesión que del dicho pedazo de tierra dijo que tomaba y tomó, en lo cual el dicho señor Alcalde dijo que estaba presto de lo amparar y defender según y como en dicho mandamiento se contiene" (C. 3 b. 24 v.).

En el año de 1594 (23 de febrero y 5 de julio), Francisco Ortiz de Mariaca, nombrado "por el visitador general del partido y jurisdicción de Santafé para medir las estancias del dicho partido", hizo la mensura de las estancias que en Chía se habían mercedado a Joan Muñoz de Collantes y que a la fecha de esa diligencia pertenecían a Juan de Artieda. En la primera de dichas diligencias se expresa en lo pertinente: "...medísela en la parte y lugar que dice su título, estando presente el corregidor don Francisco de Rivadeneira y encomenzose a hacer la dicha medida desde una quebrada que parte los términos entre Tuna y Chía, llamada la dicha quebrada Usía, la cual dicha quebrada sale de la sierra y del pie de la dicha sierra, quedando por mojón la dicha quebrada que está más adelante de un mogote que está junto al camino real que es el que el título declara, y de la dicha quebrada se le midieron sesenta cabuyas, que son seis mil pasos por el llano abajo hacia la punta de Tuna, dejando la quebrada a mano derecha para la última de las sesenta cabuyas de la una cuadra en un llano pantanoso de muchos sartenejales, doce cabuyas más abajo de la dicha punta de Tuna en la propia derecera de ella y allí se hizo un mojón grande de céspedes, y por no saber el nombre de aquella tierra por no estar allí indios de Tuna no se puso, y de este dicho mojón se volvió a la dicha quebrada a donde se comenzó a hacer la dicha medida para le medir otras sesenta cabuyas de otra cuadra por no se poder medir por la parte de abajo, por ser tierra agra y pantanosa, y de el dicho mojón se le fueron midiendo las otras sesenta cabuyas de la otra cuadra por el camino real adelante que va hacia Tunja, y paró la última de ellas al pie de un cerro pedregoso llamado Banzá, que del pie del sale una quebrada que queda por mojón la punta del dicho cerro y quebrada, y con esto quedó medida y amojonada la dicha estancia en la manera que dicha es..." La segunda diligencia reza: "...midiósele en la parte y lugar que dice en su título y comenzáronsele a medir las sesenta cabuyas, que son seis mil pasos, desde una quebrada que está por bajo del pueblo de Guangatá, llamada la dicha quebrada Chingué, la cual quebrada es la que viene de Tabio, y de esta dicha quebrada donde entra otra quebrada que baja de hacia Tenjo, llamada Chuato, y quedando por mojón la junta de estas dos quebradas se le fue midiendo la cuadra por la dicha quebrada arriba llamada Chingué, y prosiguiendo con la dicha medida hubo hasta confrontar con el mojón del resguardo que se dio al dicho pueblo de Guangatá, mil y doscientos pasos, poco más o menos, la cual dicha estancia pierde los dichos mil y doscientos pasos hasta llegar al otro resguardo que se dio hacia la sierra al dicho pueblo, y prosiguiendo con la dicha medida hubo hasta llegar al camino real que va a Mariquita a Tunja, veinte y cinco cabuyas y media, y corriendo la dicha medida por el dicho camino real, adelante, paró la última de las dichas sesenta cabuyas en el dicho camino real en un sitio llamado Fosvita, a donde se hizo un mojón grande de céspedes, y frontero a este dicho mojón, a la parte de la sierra está una piedra grande blanca, la cual dicha piedra está por encima del camino que baja a lo llano, el cual dicho camino es el que baja del portachuelo de Tabio, llamado Histosuca, el cual dicho camino es el que baja hacia mano izquierda de dicho valle hacia la ramada de la estancia de doña Catalina Ciliceo, no se le midió otra cuadra por decir el dicho título, entre el dicho valle y la sierra; y porque de el dicho camino real a la dicha sierra parece no haber las dichas sesenta cabuyas, no se le midió, y con esto se hizo la dicha medida en la forma y manera dicha, y el dicho Francisco Ortiz de Mariaca dijo que en esta dicha medida entraba toda la tierra que se le midió del camino real hacia las tierras de Chía a la estancia de don Francisco de Rivadeneira que el dicho Francisco Ortiz había medido..."

El Licenciado Bartolomé Sanguino, a quien se le había hecho merced por el Presidente Francisco de Sande en el año de 1601 "de una estancia de ganado mayor y otra de pan y ganado menor en tierras del dicho pueblo de Chía entre una estancia que él había habido de Pedro Hernández y otra que decían de Juan de Silva", transigió el 30 de agosto de 1605 el litigio que sobre amparo de ese título y posesión de dichas tierras había promovido contra Juan de Artienda, que a su vez alegaba haber poseído tales tierras y estancias por más de sesenta años, de su parte y antecesores, con título dado por Miguel Díaz de Armendáriz y, últimamente, en razón de otro confirmado en 1598 por el Cabildo de la ciudad de Santafé.

En virtud de esa transacción convinieron las partes: "...que las dichas tierras y estancias

sobre que ha sido y es este pleito, se han de partir y dividir entre ambos los dos dichos Juan de Artienda y Licenciado Bartolomé Sanguino, y las medidas y particiones de ellas se han de comenzar desde la que se midió a Juan de Silva Collantes, donde hubiere quedado o quedare que se acabó de medir antes de llegar al paso del río que llaman de Carasucia que allí se le dio la medida que fue corriendo por aquella derecera a dar por encima del camino donde quedó el mojón, y desde allí ha de ir corriendo la dicha medida e partición hasta llegar a la quebrada primera que dicen de la Yerbabuena, que no ha de pasar de allí a la otra quebradita que también tiene Yerbabuena, y allí ha de quedar, que es la mayor quebrada y de más agua y la más principal que la atraviesa el camino real que por allí va, y ha de confrontar con el río la parte que de las dichas mitades cupiere a cada uno de los dichos don Juan de Artieda y Licenciado Sanguino, y lo largo ha de correr a la sierra, y lo que cupiere al dicho don Juan de Artieda lo ha de tomar hacia la estancia que se proveyó e medió al dicho don Juan de Silva Collantes y con condición que ninguna de dichas tierras que así se parten y dividen entre ellos no se pueda sembrar ni siembre de ningunas semillas antes de partir ni después de partidas por ninguno de los dichos don Juan de Artieda ni Licenciado Sanguino, ni han de labrar ni cultivar agora ni en ningún tiempo por ellos ni por sus herederos ni sucesores, presentes ni por venir, sino que solamente sirva de pasto común de pasada para ganados sin genero de labor, y que cada e cuando se trate de la composición de esas tierras, que la paga de ellas se haga de por mitad entre los dichos don Juan de Artieda y Licenciado Sanguino por la parte que a cada uno de ellos les cabe de ellas, y con declaración que si no hubiere tierra bastante para cumplírsele al dicho Licenciado Sanguino los títulos que allí tiene en la frente del río, se le han de medir y cumplir en la tierra que hubiere junto a lo que se proveyó al dicho Juan de Silva Collantes que cae a las espaldas del por la parte de arriba hacia la falda del camino e sierra, yendo de esta ciudad por el camino real a la mano derecha del camino en aquella falda por encima y por abajo del dicho camino, y en aquel ancón que hacía allí la quebrada que sale de la sierra, que se entiende por encima de lo que se midió al dicho don Juan de Silva Collantes para que le sean enterados al dicho Licenciado Sanguino los dichos sus títulos que son tres: uno de ganado mayor y dos de pan y ganado menor, que haciendo la frente al río han de tener estas tres estancias la tierra que allí alcanzare partida por medio entre ambos, y que cada uno de los dichos otorgantes se les pueda dar y se les dé esta escritura signada por guarda de su derecho y que le sirva de título y causa de las tierras que a cada uno le cupiere, con lo cual los dichos don Juan de Artieda y Licenciado Bartolomé Sanguino, cada uno por lo que les toca, dijeron que se apartaban y apartaron del dicho pleito y diferencias para agora y para siempre jamás y lo daban y lo dieron por ninguno y de ningún valor y efecto, y todo lo en él pedido, probado y sentenciado y se desistieron y apartaron de cualesquier derechos y acciones de propiedad, señorío y posesión y otras acciones reales y personales, título, voz e recurso que les pertenezcan y puedan pertenecer en cualquier manera a las dichas tierras y estancias que así se pedían y demandaban el uno al otro y el otro al uno, así por los títulos que las pedían como en otra cualquiera manera, y el uno al otro y el otro al uno se dio y traspasó el derecho y acción que ha y tiene y puede haber e tener a la mitad de dichas tierras con que así quedar y le cupiere de esta partija . . .'' (pág. 35 v. a 37).

También se invoca por la parte actora, como causa del desprendimiento dominical del Estado sobre los terrenos objeto de la demanda, el título otorgado a Juan de Guzmán en el año de 1583 (9 de febrero) por el Cabildo de Santafé, referente a una estancia de ganado mayor que aquél había solicitado ''adonde rematan los términos de Sopó por una banda, y los de Chía y Neusa por las otras dos partes linderos con un pantano del río, y por la banda de abajo linde con estancias de Isabel Galeana o de sus hijos, y por la parte de arriba, linde con unas sierras despobladas que corre hacia los términos de Chía, y por la otra parte de arriba, linde con estancias que dicen ser de Gonzalo Rodríguez de Ledesma''. De esta estancia se le dio posesión a de Guzmán el 27 de agosto de 1583, pues ese documento reza al respecto: ''. . .yo, Pedro Alonso Zambrana, por virtud de la comisión a mí dada por el señor Juan de Olmos, Alcalde ordinario de esta dicha ciudad por Su Majestad, tomé por la mano a Juan de Guzmán, le metí en la posesión contenida en el dicho título, el cual estando en ella se paseó por ella a unas y otras partes y arrancó yerbas que en ella había, y luégo las tornó a arrojar, todo lo cual dijo que hacía y hizo en señal de posesión y por posesión con ánimo e intención de la haber y tener por suya y como suya''.

De otra parte, se han traído a los autos los siguientes documentos entre particulares:

a) Carta de venta, por medio de la cual el escribano Diego Hurtado vende a Alonso de Solana el 13 de junio de 1585 una estancia de pan y ganado menor en tierras de Chía, "que hobe e compré de Diego López Bejar, residente en esta ciudad (Santafé), que fue de Domingo Hernández, yerno de Andrés González Piedrahita y primero lo fue del dicho Piedrahita, que por una parte alinda con estancia de mí el dicho Diego Hurtado e de doña Catalina Cilicea, mi cuñada, e por la otra parte con estancia de Juan de Guzmán, vecino de esta dicha ciudad, e por otra parte alinda con las sierras que están en frente del repartimiento de Chía, e por la otra parte alinda con el camino real que va de Tunja a Mariquita".

b) Copia expedida por el Jefe del Archivo Histórico Nacional (Notaría 1ª de Bogotá, años de 1749 y 1750), del testamento otorgado por Nicolás de Santamaría y Angulo el 31 de mayo de 1750, en el cual instituye por únicos y universales herederos a sus hijos legítimos José Domingo, Ignacio, Juan Antonio, Francisco Javier y Catalina de Santamaría Salazar.

c) Concordato celebrado en Santafé el 17 de abril de 1754 ante el escribano Joseph Gómez de Abreu, mediante el cual los herederos de Nicolás de Santamaría y Angulo convienen en dividir y adjudicar los bienes pertenecientes a la sucesión de su padre. En tal virtud se hacen estas asignaciones: a Francisco, la hacienda de "El Hato Grande" hasta el río llamado Sopó; a Domingo, la hacienda "Salgado" y tierras de El Potrero, "desde el pantano llamado Fucha, hasta el vado de los adobes y además tierras de Salgado"; a Antonio, La Venta, de Sopó, casa de teja de los Aposentos y "todo el llano que tiene por linderos el río de Sopó de este lado de esta ciudad, del lado de Ubaté la puerta que llaman de Mejía, y de este lado del pueblo de Sopó un pantano chambeado"; a José, mil patacones que reconoce don Juan de la Espada sobre la hacienda de Lochuta; y a Ignacio las tierras de Zamora y las de Gabriel.

d) Testamento otorgado por Ignacio Sáenz de Santamaría el 11 de julio de 1796, en el cual instituye como herederos a sus hijos legítimos Juan José, Ignacio, Vicente, Joaquín, Miguel, Joaquina, Manuela, Ana María, Rosa y a sus nietos, hijos legítimos de Josefa. En dicha carta testamentaria declara el señor Santamaría: "Por bienes míos las alhajas y homenaje de casa, los que se hallan a la vista en mi habitación y las haciendas de Tibitó, Zamora, Márquez, El Común y San Joaquín, en jurisdicción de Vélez. La primera la hube, parte por herencia de mis parientes, y parte por compra que hice a mis hermanos. La segunda en el todo la hube por herencia de mis padres. La tercera la hube compra que de ella hice a Bárbara Montes, y la cuarta hube asímismo por compra que de ella hice al doctor don Ignacio Tordecillas... Item, declaro que el doctor don Francisco Manrique se quitó todas las más tierras de la hacienda El Común, que compré al doctor don Ignacio Tordecillas, el que se obligó por una carta que está en mi poder a pagarme su importe en dinero si no me sacan a paz y salvo".

e) Escritura de venta otorgada en Santafé el 1º de septiembre de 1807 y en virtud de la cual Joaquín Santamaría da en venta a Lorenzo Marroquín de la Sierra las tierras llamadas El Común, ubicadas en el valle de Chía, adquiridas por su padre Ignacio Santamaría, por compra a Ignacio de Tordecillas y que al vendedor le correspondieron por vía de herencia. Se expresa en dicho instrumento que dichas tierras se las vende con "casas, cercas de piedra y de madera, con más de ciento setenta y siete reses de cría, veinticuatro yeguas, doce caballos y potros y pollinito", por los siguientes linderos: "en el sitio llamado El Común, pasado el hato de Fusca, lindando por lo bajo desde el camino real junto a la primera quebrada que entra en el río de Chía, cuyo lindero es por este costado, llegando las tierras hasta un mojón de piedra, clavada en la mitad del llano que divide las tierras de Hato Grande, de los señores Santamarías; y por lo alto se coge desde este lindero loma arriba hasta la última cuchilla, en el sitio que llaman 'La Tabla', a donde está el mojón de tierra postiza, y de aquí por el mismo alto se toma derecera como volviendo, hasta caer por encima de unos riscos de piedrones, al primer lindero junto a la quebrada dicha que entra en el río Chía". En dicho instrumento, entre otras cosas, declara el vendedor: "que se obliga a que dichas tierras serán ciertas, seguras y efectivas al comprador, con declaración de que aunque en el día tiene pleito con el doctor don Francisco González Manrique sobre el derecho de un pedazo de dichas tierras, ha de continuar dicho Marroquín su seguimiento o composición con el dicho doctor Manrique como mejor le convenga, de suerte que el vendedor queda por el mismo hecho desde el día nueve del citado mes de julio a paz y salvo en cuanto a esta disputa"

Por último, en el orden cronológico de los títulos presentados, posteriores al año de 1873 se han traído a los autos los siguientes documentos:

Escritura número 304 de 21 de marzo de 1874, Notaría Primera de Bogotá, que contiene la hijuela de Concepción Marroquín en el juicio sucesorio de Juan Antonio Marroquín, para pagar la cual se le adjudican, como comunera y heredera, "cincuenta y tres mil seiscientos veintisiete pesos con sesenta centavos en el resto del valor del lote primero de la hacienda de Yerbabuena por los linderos que allí se indican".

Escritura número 470 de 11 de mayo de 1878, Notaría Primera de Bogotá, referente a la donación entre vivos que hace Concepción Marroquín de Grajales a su hijo Ramón Grajales de los bienes que constan en la hijuela que se formó a su favor en la causa mortuoria de Juan Antonio Marroquín.

Testamento de Ramón Grajales, en que instituye como únicos y universales herederos a sus hijos Santiago, María Jesús, Mercedes, María Teresa, Ursula y Gertrudis.

Escritura número 884, de 22 de julio de 1884, Notaría Tercera de Bogotá, sobre protocolización de la causa mortuoria de Ramón Grajales, en la cual se adjudica a sus hijos antes nombrados la hacienda denominada "El Rincón", delimitada como allí se indica.

Escritura número 1318, de 6 de agosto de 1890, Notaría Segunda de Bogotá, que contiene la adjudicación a Mercedes Grajales en la participación material de los bienes que en común poseían los herederos de Ramón Grajales, a saber: la casa de El Rincón, el potrero de Yerbabuena, que mide 40 fanegadas y 9.815 cuadras, el potrero de El Confín, de 32 fanegadas y 2.326 cuadras, el potrero de El Común, con 69 fanegadas y 9.315 varas, el potrero de Salina, con 91 fanegadas y 1.193 varas, y los montes y lomas que quedan, hecha la adjudicación al señor Santiago Grajales, y que mide 528 fanegadas y 535 varas.

Escritura número 88 de 24 de abril de 1895, Notaría Tercera de Bogotá, venta que hace Mercedes Grajales de Uribe a Paulina Caicedo de Calvo de un lote de tierra que hizo parte de la hacienda de El Rincón, el cual se compone de los potreros denominados Yerbabuena, El Confín, El Común y La Salina, y de un lote de seiscientas cuarenta y ocho fanegadas siete mil cincuenta varas cuadradas de terreno en los montes y lomas de aquella hacienda, lote adquirido por la vendedora en la sucesión de Ramón Grajales.

Escritura número 28, de 9 de enero de 1918, Notaría Segunda de Bogotá, que contiene la adjudicación a Julio Caicedo del lote de terreno que hizo parte de la antigua hacienda de El Rincón, antes indicada, en la sucesión de Paulina Caicedo de Calvo.

Escritura número 433, de 11 de febrero de 1958, Notaría Tercera de Bogotá, venta que hace Julio E. Caicedo Collins a Intercaribean Company, S. A., de los terrenos descritos en la petición primera de la demanda.

—

Durante el término probatorio de este juicio se llevó a cabo una diligencia de inspección ocular con intervención de peritos para identificar la hacienda Carina, determinar si ésta se halla comprendida dentro de los linderos de la propuesta número 871 y, además, establecer "si forma parte de la antigua hacienda El Rincón y en mayor extensión de los terrenos a que se refieren los títulos" antiguos traídos al juicio.

Del acta de este reconocimiento judicial practicado el 24 de abril de 1961 por el señor Juez Noveno Civil del Circuito de Bogotá por comisión de la Sala, con intervención de los peritos doctores Lucio García y José Ignacio Gnecco Fallon, del señor Procurador Primero Delegado en lo Civil y del apoderado de la parte actora sólo aparece que "el personal de la diligencia procedió a identificar, por sus linderos, el globo de terreno descrito en el punto primero petitorio de la demanda, el que, después de inspeccionado, resultó ser idéntico al descrito y especificado en esta misma parte de la demanda", cuyos linderos allí se copian. Más adelante se limita el acta en cuestión a dejar testimonio: a) de que "la identificación de los linderos de la propuesta no se hizo, puesto que ello implicaría recorrer milímetro a milímetro los linderos que enlistan los terrenos de diez Municipios, según la propuesta referida", por lo cual "el Juzgado únicamente ha inferido, después de delimitar los predios materia de la litis, que éstos, de acuerdo con el plano que obra en el folio 17 del cuaderno número 3, quedan comprendidos en ella, sin que, por consiguiente, se pueda decir que el Juzgado ha identificado los linderos de la propuesta"; b) que ese despacho "procedió luégo a ilustrar a los peritos sobre los puntos que son materia de su experticio, para lo cual, a solicitud de ellos, les concedió el término de diez días".

Mas la real identificación del predio conocido con el nombre de Carina, en relación con cuyo subsuelo petrolífero se impetra la declaración de dominio particular por la Intercaribean, surge claramente no sólo del acta de la vista de ojos mencionada, sino también del dictamen pericial concurrente con aquella otra prueba, pues el

informe de los expertos da cuenta de la comprobación concreta y efectiva que entonces se hiciera de los linderos generales de ese inmueble y del reconocimietno objetivo de los que singularizan a los lotes integrantes de tal finca, según aparecen determinados en el libelo de demanda y en el título de propiedad actual de la parte actora, ya que en uno y otro se contiene el mismo alindamiento (C. Nº 3, f. 84).

Pero, en cambio, no puede darse como establecido con tales elementos de convicción que dichos terrenos salieran del patrimonio nacional en virtud de las atrás citadas mercedes de tierras concedidas por el gobierno colonial.

En efecto, el acta de la inspección ocular se limita a relacionar la manera como se identificaron los globos de terreno que componen la hacienda llamada Carina y ésta misma, por los linderos actuales que distinguen esos predios de acuerdo con la demanda; pero de aquélla se infiere, de otra parte, que no se procedió por el Juez comisionado, los peritos y demás personal de la diligencia —no obstante estar vinculada la inspección al reconocimiento de esta especial cuestión litigiosa— a la determinación de alguno de los puntos —arcifinios o no— de los alindamientos consignados en los documentos antiguos, como sitios y tierras particulares, datos geográficos, caminos y quebradas, etc., que permitieran materializar en determinadas extensiones territoriales las adjudicaciones o estancias mercedadas de acuerdo con los pretendidos títulos emanados del Estado.

Y como son elementos esenciales de la inspección ocular y objeto de ésta (art. 724 del C. Judicial) "el examen y reconocimiento de las cosas y hechos litigiosos relacionados con el debate", y el mérito probatorio de la misma depende de las observaciones personales del Juez con respecto a ciertas circunstancias del litigio, de todo lo cual debe quedar relación pormenorizada en el acta, resulta, por lo tanto, válido el reparo que el señor Procurador Delegado en lo Civil formula al crédito de este elemento de prueba, por adolecer de la grave y notoria deficiencia apuntada, porque —como lo anota dicho funcionario— "si se trataba de demostrar la existencia de los linderos contenidos en los títulos originarios, ha debido comprobarse la objetividad de sitios específicos reseñados en ellos... pues no basta para acreditar este extremo de la acción la presentación de un título que se refiera a un paraje más o menos cercano al predio litigioso, sino que se necesita la certeza de que el título lo cubre en todo o en partes determinables".

De otro lado, el dictamen de los peritos en este particular peca de vaguedad, tanto por la generalidad de los conceptos como por la falta de conclusiones claras, precisas y debidamente fundamentadas. No recogé esa peritación dato alguno que permita establecer la correspondencia entre los alindamientos o medidas que rezan los títulos antiguos y la realidad topográfica del terreno, base indispensable para poder concluír que las tierras amparadas por esa titulación abarcan en todo o en parte el predio singularizado en la demanda. Los expertos, después de indicar que el predio Carina está comprendido dentro de los límites que singularizan la Hacienda de El Rincón, se limitan a expresar: "Tercero: también hemos localizado por sus linderos arcifinios y los demás, indicados en el cuaderno Nº 3 del expediente, el perímetro correspondiente a la antigua hacienda de 'El Rincón', terrenos que corresponden a títulos emanados del Estado —estancias de ganado mayor— adjudicadas en épocas anteriores al año de 1873".

El informe pericial no postula un solo fundamento o indicación clara respecto de la identidad de los linderos de las fincas salidas del patrimonio nacional en épocas remotas, ni entrega al juzgador elementos de juicio que le permitan deducir, aunque sólo fuera aproximadamente, dónde se localizan las adjudicaciones coloniales, pues la evidente vaguedad de sus términos no se intentó siquiera aclarar con la presentación de un croquis o plano que relacionara el terreno que se pretende como de dominio privado con las áreas correspondientes a los primitivos títulos.

La Corte ha reiterado en numerosos fallos la doctrina de que "una cosa es la validez de un título y otra muy distinta la legitimidad de la extensión de las tierras que en un momento dado posea una persona con base en él", por lo cual "es esencial a la luz de los principios jurídicos y del derecho positivo la determinación del objeto sobre que recae el acto de enajenación y adjudicación por parte del Estado, de tierras que en virtud de ese acto pasaron al patrimonio de los particulares".

Al resolver un litigio análogo al que ahora se desata, expresa:

"Para que el fallo que debe pronunciar la Corte produzca el efecto que el legislador ha previsto, se hace indispensable establecer con precisión de qué terrenos se trata y sobre los cuales concretamente ha de declararse fundada la pretensión del interesado particular. Y como en el caso que se considera, los títulos presentados para probar que las tierras salieron del Estado antes del 28 de octubre de 1873 se remontan a las mercedes y composiciones men-

cionadas, la determinación del terreno que hoy se pretende como de dominio privado exige verificar que aquél se halla comprendido dentro del área que corresponde a los antiguos títulos. Lo esencial no era propiamente la ubicación de los terrenos comprendidos dentro de la demarcación indicada en el memorial (de aviso o de demanda), sino la ubicación de las porciones de terreno a que se refieren los títulos de mercedes y composiciones otorgadas por la Corona Española a favor de pretendidos causantes de los actuales dueños del inmueble. Sin ello no podría saberse a ciencia cierta si tal inmueble se halla comprendido dentro del área que corresponde a los antiguos títulos'' (G. J., Nº 1897).

En el evento *sub lite* se imponía con más rigor la necesidad de establecer la relación entre la propiedad particular amparada por los títulos actuales y el origen remoto que se le atribuye, si se tiene en cuenta que en los pedimentos y adjudicaciones de las estancias de ganado mayor a que aluden los peritos indiscriminadamente —según aparece de transcripciones anteriores de aquellos documentos—, no aparece una clara ubicación de esas distintas estancias, ni una delimitación cierta de las tierras indicadas en las mercedes, ya que para este efecto sólo se acude a vagos puntos de orientación, como éstos: ''desde el mogote que está lindero con la (estancia) que era de Juan Ortega y que va prosiguiendo para la falda de la sierra adelante hasta los términos de Sopó, y la banda del río grande, por los páramos arriba, y que corra por lo llano hacia la punta de Tuna'', o bien, ''en la otra banda del río de la sierra de Chía junto a los capitanes Tasuantiva y Nimenquetiva, que corre hacia los términos de Tenjo y Tabio, el valle arriba y abajo'', según se expresa en títulos de Juan Muñoz de Collantes; y también ''a donde rematan los términos de Sopó por una banda'', y los de Chía y Neusa por las otras dos partes linderos con un pantano del río, y por la banda de abajo linde con estancias de Isabel Galeano o de sus hijos, y por la parte de arriba linde con unas sierras despobladas que corren hacia los términos de Chía, y por la otra parte de arriba linde con estancias que dicen ser de Gonzalo Rodríguez de Ledesma'', como se indica en la merced otorgada a Juan de Guzmán.

Si, pues, los puntos de referencia de las lindes indicadas en los pretendidos títulos originarios no son por lo general sitios naturales inalterables o de inmediato y fácil reconocimiento, sino que en su casi totalidad están constituídos por mogotes, ancones, caminos viejos, terrenos particulares, términos municipales, pantanos, etc., se imponía con más rigor —como antes se dijo— la adecuada comprobación procesal de que se efectuó la determinación sobre el terreno del área de las mercedes otorgadas y su real ubicación. Pero es lo cierto que los sitios o lugares determinantes de los linderos mencionados en los títulos antiguos, no fueron objeto de examen y reconocimiento en la diligencia de inspección ocular, sin que esta cuestión fundamental quedara esclarecida a través del dictamen de los expertos, pues éstos no señalan en su peritación dato alguno atinente a la fijación de los puntos básicos que orientan los linderos en los documentos primitivos, o a la verificación de que los sitios y posibles términos indicados en las mercedes para singularizar las tierras por ese medio otorgadas, se corresponden con los aún existentes. Más aún: no se indican de manera concreta los títulos antiguos que se tuvieran en cuenta para la conclusión general y vaga a que llegan, ni la forma o método que aplicaran para deducir la coincidencia entre los límites de alguna o algunas de las adjudicaciones coloniales y los que figuran en la titulación particular de la sociedad demandante.

Es verdad que se hizo la mensura de las estancias de ganado mayor mercedadas a Juan Muñoz de Collantes, como aparece de las diligencias respectivas antes relacionadas, mas no es menos evidente que la peritación no recoge dato alguno relacionado con la determinación, así fuese aproximada, del área abarcada por las medidas usadas en la época en que se hicieron tales adjudicaciones.

Como el dictamen pericial se reduce a expresar que ''las tierras de El Rincón, corresponden a títulos emanados del Estado —estancias de ganado mayor— adjudicadas en épocas anteriores a 1873'', sin que para llegar a esa conclusión se hiciera por los expertos ningún estudio comparativo entre los linderos contenidos en los títulos primitivos y los que se indican en los que amparan la propiedad privada de la Intercaribean, ni verificación sobre el terreno en cuanto a los primeros, debe considerarse la peritación como carente de fundamento y valor probatorio.

—

Requeridos igualmente los peritos para que dictaminaran sobre ''si los terrenos que se alinderan en la demanda están comprendidos y formando parte de la antigua hacienda de El Rincón, contestaron lacónica y afirmativamente este punto del interrogatorio y, además, agregaron que el reconocimiento de los linderos que singularizan este último inmueble se había llevado a cabo ''de acuerdo con la escritura nú-

mero 884 de la Notaría 3ª de Bogotá... de 22 de julio de 1884, que son prácticamente los mismos que figuran en la escritura número 304 del 21 de marzo de 1874 de la Notaría 1ª del mismo Circuito", si bien el nombre de El Rincón que denomina ese inmueble sólo aparece en el segundo de los precitados instrumentos públicos.

Ahora bien: la segunda de esas escrituras contiene la hijuela de Concepción Marroquín en el juicio sucesorio de Juan Antonio Marroquín, para pagar la cual se le adjudican cincuenta y tres mil seiscientos veintisiete pesos, sesenta centavos ($ 53.627.60) en el resto del valor del lote primero de la hacienda de Yerbabuena; y la primera versa sobre la protocolización de la causa mortuoria de Ramón Grajales, en la cual se adjudica a sus hijos Santiago, María Jesús, Mercedes, María Teresa, Ursula y Gertrudis la hacienda denominada El Rincón.

Los antedichos documentos se relacionan con traslaciones del dominio entre particulares, que, como es obvio, no demuestran que los terrenos a que aluden salieron legalmente del dominio del Estado antes de la reserva fiscal del petróleo de 28 de octubre de 1873. La relación jurídica que debe demostrarse para la prosperidad de acciones de esta naturaleza es la existente de manera real entre el derecho que ahora se alega o pretende y el que se fijó en un legítimo adquirente del Estado sobre un bien concreto, como ya lo ha dicho esta Sala de la Corte.

Por tanto, la demostración pericial de que el predio Carina deslindado en la demanda constituye parte integrante de la antigua hacienda de El Rincón, inmueble éste singularizado en las escrituras públicas de anterior cita, no es cuestión fundamental para la solución del negocio porque los actos jurídicos que relacionan esas escrituras no constituyen títulos provenientes del Estado para acreditar la propiedad privada del petróleo. Y como, de otra parte, se estimó falto de crédito probatorio el dictamen de los expertos en lo atinente a la comprobación de que la hacienda antigua de El Rincón estuviera comprendida dentro de las posibles áreas indicadas en los ya referidos títulos de las estancias de ganado mayor mercedadas, por no haber aquéllos precisado en forma adecuada los objetos particularizados sobre que recayeran tales adjudicaciones, resulta, considerada la litis por este aspecto, que no puede reconocerse la propiedad privada del petróleo que se ha demandado.

—

También afirman los peritos al absolver el punto cuarto del cuestionario: "Hemos comprobado por medio de los documentos que figuran en el expediente, lo mismo que por las declaraciones de testigos y habitantes de la región, que los terrenos a que se refiere la demanda fueron explotados económicamente desde épocas anteriores a 1873".

Mas se advierte que no puede prosperar en este juicio la declaración de dominio particular del subsuelo petrolífero con apoyo en la prescripción adquisitiva, en virtud de la explotación económica de tiempo inmemorial de la tierra, por estas razones:

Se han calificado de ineficaces los medios de convicción traídos al juicio en cuanto a la localización actual de las tierras a que los títulos primitivos se refieran, por lo cual también resulta vana cualquier pretensión tendiente a que esos títulos arrojen pruebas de que existió antiquísima explotación económica en aquéllas, para alcanzar la prescripción de las tierras de conformidad con los ordenamientos del derecho indiano, puesto que sin la identificación de los predios mercedados, tampoco hay dato acerca de los lugares en donde recayera la explotación económica.

La acción, de otra parte, no se ha fundado en la posesión y explotación económica como base de la justa prescripción, pues ni en las súplicas principales o subsidiarias del libelo de demanda, ni en los hechos que lo sustentan se ha invocado este título.

El acta de la diligencia de inspección ocular no relaciona hecho alguno tendiente a establecer que los predios litigiosos hubieran sido objeto de explotación económica desde tiempos remotos, sin que en el proceso figuren testimonios acerca de hechos concretos determinantes de la misma, como parecen indicarlo los peritos.

—

Las precedentes consideraciones permiten concluír que en este proceso no se ha acreditado el propuesto necesario o elemento de la acción referente a la determinación de las tierras litigiosas, por lo cual es infundada la demanda en análisis y, consecuencialmente, debe absolverse a la Nación de los cargos contra ella formulados.

FALLO:

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando

justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla:

Deniéganse las peticiones de la demanda ordinaria incoada por la Intercaribean Company, S. A., que son materia de esta sentencia, y, en consecuencia, SE ABSUELVE a la Nación demandada de todos los cargos formulados en el libelo.

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

Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

PRUEBAS PRESENTADAS EN DILIGENCIA DE INSPECCION OCULAR

En este juicio ordinario de petróleos, la parte actora no demostró los hechos fundamentales de la acción ejercitada. Oportunidad procesal de pedir y de practicar pruebas en juicio ordinario. Pruebas allegadas durante la diligencia de inspección ocular.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. En tratándose de juicio ordinario, debe darse cumplida aplicación al artículo 746 del Código Judicial, de manera, pues, que vencido el primer lapso de postulación de las pruebas no es dable aprovechar la diligencia de inspección ocular para aducir prueba alguna que no haya sido antes pedida y decretada en tiempo hábil. Por esta razón las copias presentadas en este juicio durante la diligencia dicha, no pueden tenerse en cuenta, puesto que no se pidieron oportunamente.

2. La presentación de documentos, títulos o pruebas en una diligencia de inspección ocular practicada dentro de un juicio ordinario, presupone que se hayan pedido y decretado en tiempo hábil, o sea, en los períodos determinados por el artículo 746 del Código Judicial, ya que la diligencia dicha tiene por objeto practicar la prueba, pero no se convierte en plazo adecuado para pedirlas, decretarlas y practicarlas o presentarlas, festinando el normal desarrollo del proceso en sus distintas etapas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE NEGOCIOS GENERALES.—Bogotá, catorce de abril de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Efrén Osejo Peña).

En vista de la propuesta de contrato número 949 de la Texas Petroleum Company, respecto de un área de más de cuarenta y nueve mil hectáreas, en jurisdicción de los Municipios de Sogamoso, Firavitoba, Iza, Cuítiva, Pesca, Tota y Pueblo viejo, todos en el Departamento de Boyacá, el apoderado de Margarita Camargo viuda de Becerra demandó al Estado en juicio ordinario de única instancia, con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones:

"*Primera.* Que el inmueble o predio denominado 'El Peñón', situado en la vereda de 'El Alcaparral', jurisdicción del Municipio de Firavitoba, de propiedad de Margarita Camargo viuda de Becerra, comprendido dentro de los linderos que adelante se expresan, salió legalmente del patrimonio nacional, con anterioridad, al 28 de octubre de 1873, en virtud de un título emanado del Estado.

"Los linderos son los siguientes:

"Por el pie, con terrenos de propiedad de herederos de la señora Enriqueta Montoya de Angel, cerca de alambre al medio; por un costado, con propiedad del doctor Rafael González y de la comunidad de la hacienda de la compañía, cerca de alambre al medio; por la cabecera, con terrenos de la misma comunidad de la hacienda de la compañía, ceja de una cuchilla y quebrada de Los Frailes al medio; y por el último costado, con terrenos de Zoilo Camargo, Margarita Camargo viuda de Becerra, cerca de alambre al medio y encierra.

"*Segunda.* Que el inmueble o predio denominado 'Lajitas', ubicado en la vereda de El Alcaparral, jurisdicción del Municipio de Firavitoba, de propiedad de Margarita Camargo viuda de Becerra, comprendido dentro de los linderos que adelante se expresan, salió legalmente del patrimonio nacional, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de un título emanado del Estado.

"Los linderos son los siguientes:

"Por la cabecera, con la comunidad de la hacienda de la compañía o con estancia de Isidro Salamanca, Salvador Nossa y Miguel Monroy, cimiento de piedra al medio; por un costado, con terreno de Inés Camargo de Páez y Zoilo Camargo, cimiento de piedra y cerca de alambre al medio; y por el pie, con terrenos de Margarita Camargo viuda de Becerra, María Camargo de Castro y herederos de la señora Enriqueta Montoya de Angel, vallado al medio y encierra.

"*Tercera.* Que el inmueble o predio denominado 'El Otro Lado', ubicado en la vereda de 'Aguacaliente', Municipio de Iza, de propiedad de Margarita Camargo viuda de Becerra, comprendido dentro de los linderos que adelante se expresan, salió legalmente del patrimonio nacional, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de un título emanado del Estado.

"Los linderos son los siguentes:

" 'Por la cabecera, con terrenos de la sucesión de Marco Tulio Becerra, acequia al medio; por un costado, con terrenos de Constantino Mendoza, cimiento al medio; por el pie, con predios de la sucesión de Marco Tulio Becerra, cimiento al medio; y por el último costado, con camino de vereda, y encierra'.

"*Cuarta.* En subsidio, los inmuebles denominados 'El Peñón', 'Lajitas' y 'El Otro Lado', ubicados en jurisdicción del Municipio de Firavitoba, los primeros, y de Iza, el último, de propiedad de Margarita Camargo viuda de Becerra, dentro de los linderos ya señalados, salieron del patrimonio nacional, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de justa prescripción, por explotación económica de esas tierras.

"*Quinta.* Como consecuencia de las anteriores declaraciones principales, o de la subsidiaria, el subsuelo petrolífero de los mencionados inmuebles, o sea, el petróleo y los demás hidrocarburos, gases y substancias de que trata el artículo primero del Código de Petróleos, que en ellos se hallen, son de propiedad de la dueña de los terrenos y pueden explotarse como de propiedad privada.

"*Sexta.* Igualmente, como consecuencia de la declaración o declaraciones anteriores, el área correspondiente a los citados inmuebles, en su suelo y en su subsuelo petrolífero, se excluye de la propuesta número 949, formulada por la Texas Petroleum Company, para contratar la exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional. En el evento de que, en desarrollo de la propuesta mencionada, se hubiese celebrado contrato con la Nación y la Texas, tal contrato debe declararse terminado en lo concerniente al subsuelo petrolífero de los citados inmuebles".

En cuanto a los hechos, expuso:

"*Primero.* La señora Margarita Camargo viuda de Becerra es actual propietaria y poseedora inscrita de los predios denominados 'El Peñón', 'Lajitas' y 'El Otro Lado', por haberlos adquirido legalmente por adjudicación que de ellos se le hizo en la sucesión de su esposo, señor Marco Tulio Becerra, de conformidad con la hijuela respectiva, los cuales se encuentran debidamente legalizados por medio de la escritura única número 853 de 17 de octubre de 1940, de la Notaría Primera del Circuito de Sogamoso, instrumento público, por medio del cual se protocolizó el juicio de sucesión antes mencionado.

"*Segundo.* La tradición de los predios de que tratan los hechos anteriores, se encuentra acreditada por un tiempo que excede el período de la prescripción extraordinaria, con los correspondientes títulos de propiedad y los certificados del respectivo Registrador de Instrumentos Públicos y Privados.

"*Tercero.* Los predios de que tratan los hechos anteriores, hacían parte de un globo de mayor extensión, que salió legalmente del patrimonio nacional, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de un título emanado del Estado.

"*Cuarto.* Tanto los predios de que tratan los hechos anteriores, como el globo de mayor extensión del cual hicieron parte, se encuentran debidamente delimitados en los títulos correspondientes y son determinables sobre el terreno.

"*Quinto.* Los predios de que trata el hecho anterior, es decir, los denominados 'El Peñón', 'Lajitas' y 'El Otro Lado', lo mismo que todo el globo de mayor extensión, del cual hicieron parte, han sido objeto, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, y desde tiempo inmemorial, de una continua e intensa explotación económica, consistente en la ocupación con cultivos de toda clase, ganados, casas de habitación, cerramientos, etc.

"*Sexto.* El Ministerio de Minas y Petróleos, por medio de la Resolución número 0227 de 18 de marzo de 1959, admitió la propuesta para contratar la exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional, registrada bajo el

número 949 (Iza), formulada por la Texas Petroleum Company, sobre un globo de terreno de 49.476 hectáreas con 2.247.43 metros cuadrados de extensión, ubicado en jurisdicción de los Municipios de Sogamoso, Firavitoba, Iza, Cuítiva, Pesca, Tota y Pueblo viejo, en el Departamento de Boyacá y comprendido dentro de los siguientes linderos''.

En este hecho describe las lindes técnicas de la propuesta número 949 (Iza), formulada por la Texas Petroleum Company.

''*Séptimo.* Tanto los inmuebles denominados 'El Peñón', 'Lajitas' y 'El Otro Lado', de propiedad de Margarita Camargo viuda de Becerra, como el globo de mayor extensión del cual formaban parte, se encuentran comprendidos dentro de la propuesta número 949 de la Texas Petroleum Company, cuyo perímetro se superpone a ellos.

''*Octavo.* Estoy dentro del término señalado en el artículo 2º del Decreto 3050 de 1956, para instaurar esta demanda''.

El Procurador Primero Delegado en lo Civil contestó la demanda en el sentido de oponerse a que se hicieran las declaraciones suplicadas, ''por considerar —dice— que al actor no le asiste derecho ni razón alguna...''

Recibida la causa a prueba, se decretaron las pedidas dentro del término legal, mediante memorial de fecha 13 de marzo del año pasado; y como allí se dijera que, en la inspección ocular, se tuvieran en cuenta los ''documentos y títulos que obren en el expediente'', en la providencia de fecha 16 del mismo mes, se expresó: ''En la diligencia de inspección ocular se tendrán en cuenta las pruebas que hayan sido o sean legalmente allegadas al juicio'' (f. 2 vto., C. Nº 2º).

Durante la diligencia de inspección ocular, practicada por el Juez del Circuito de Iza, comisionado al efecto, la actora, en forma directa y personal, presentó las copias expedidas por el Archivo Nacional, por orden del Ministerio de Educación, las cuales contienen las distintas diligencias llevadas a efecto desde noviembre de 1769 hasta abril de 1773, con el fin de rematar en pública subasta la hacienda Aposentos, de Firavitoba, expropiadas a los regulares de la Compañía de Jesús, según disposición de Carlos III, que a la postre le fueron adjudicadas con todos sus enseres, utensilios, herramientas, semovientes, molino, etc., a Benito de Agar como mejor postor.

Las copias presentadas en la diligencia de inspección ocular, no pueden considerarse como allegadas legalmente al proceso, porque, en tratándose de un juicio ordinario, debe darse cumplida aplicación al artículo 746 del Código Judicial, en cuanto allí se prescribe que el término probatorio se divide en dos etapas, el primero, de diez días, para pedirlas; y el otro hasta de treinta, para practicarlas; de manera, pues, que vencido el primer lapso de postulación de las pruebas, no es dable aprovechar la diligencia de inspección ocular para aducir prueba alguna, que no haya sido antes pedida y decretada en tiempo hábil; y en consecuencia, como las copias presentadas en la diligencia dicha no se pidieron oportunamente, no pueden tenerse en cuenta, porque si se procediera en otra forma, sería tanto como violar el principio de la publicidad y contradicción de la prueba, con evidente perjuicio de la contraparte que sería sorprendida por elementos probatorios no anunciados ni conocidos por ella y sin oportunidad para presentar la contraprueba del caso.

El numeral 2º del artículo 597 del Código Judicial dice que, para estimar el mérito probatorio de una prueba debe formar parte del proceso, ''por haberse presentado en inspecciones u otras diligencias en que interviene el Juez y las partes''; y en consecuencia, no puede confundirse la presentación o asunción de un elemento probatorio, con la oportuna petición o postulación para que se practique; en otras palabras, en tratándose de un juicio ordinario, la presentación de documentos, títulos o pruebas en una diligencia de inspección ocular presupone que se haya pedido y decretado en tiempo hábil, o sea, en los períodos determinados por el artículo 746 del Código Judicial, ya que la diligencia dicha tiene por objeto practicar la prueba, pero no se convierte en un plazo adecuado para pedirlas, decretarlas y practicarlas o presentarlas, festinando el normal desarrollo del proceso en sus distintas etapas.

Además de lo expuesto, en la inspección ocular solamente se identificaron, sobre el terreno, los predios descritos en la demanda, sin que se hubiese intentado siquiera hacer lo propio respecto de la hacienda denominada ''Aposentos de Firavitoba'', rematada por Benito de Agar el 1º de octubre de 1771; y en cuanto al dictamen pericial, los expertos nombrados por el Juez comisionado en la diligencia apenas se limitaron a hacer afirmaciones sin darles una adecuada fundamentación, como lo ordena el artículo 723 del Código Judicial.

En mérito de lo expuesto, una vez que la parte actora no ha demostrado los hechos fundamen-

tales de la acción, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, absuelve a la Nación de la demanda presentada por Margarita Camargo viuda de Becerra como oposición formulada a la propuesta de contrato número 949 de la Texas Petroleum Company.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial*, remítase testimonio de este fallo al Ministerio de Minas y Petróleos y archívese el expediente, previas las cancelaciones de rigor.

Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García M., Secretario.

TERMINOS JUDICIALES. — RESTITUCION DE TERMINOS

En qué momento comienzan a correr. Oportunidad procesal de solicitar la restitución. Efecto de las equivocaciones secretariales en el cómputo de los términos.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Los términos, según el artículo 366 del Código Judicial, corren por ministerio de la ley desde el día siguiente al de la notificación; de manera que no es menester, salvo casos excepcionales definidos en la ley (art. 199, inc. 2º del C. J.) ninguna atestación o constancia del Secretario, para que los plazos, fijados por la ley o por el Juez, empiecen a correr; ni tales constancias tienen virtualidad para suspender, acortar o prorrogar los plazos señalados.

2. En el presente caso resulta del todo improcedente la articulación sobre restitución de términos, pues el apoderado debió interponer en tiempo oportuno los recursos legales, en relación con el auto que declaró que el memorial de pruebas se había presentado fuera de término y que negó en consecuencia la práctica de las solicitadas. Pero habiéndose ejecutoriado tal providencia, no es dable ahora pretender que se revise o modifique ocurriendo a una imposible restitución de términos, con fundamento en una inoperante equivocación de la Secretaría, sin que se hubiese demostrado que, por fuerza mayor o caso fortuito, no pudo interponer los recursos legales contra la memorada providencia que declaró presentado fuera de tiempo el memorial petitorio.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE NEGOCIOS GENERALES.—Bogotá, veinticuatro de abril de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña).

En el juicio ordinario promovido por Emilio Cárdenas y Graciela Jáuregui de Cárdenas contra el Estado, sobre responsabilidad civil extracontractual, el Tribunal de Pamplona, mediante auto de fecha 25 de septiembre de 1961, por haberse presentado fuera de término, negó la práctica de las pruebas demandadas por el apoderado de la parte actora, en memorial de 22 de septiembre del dicho año.

Ejecutoriada esta providencia y conferidos los traslados para alegar de conclusión, el dicho apoderado solicitó, con fundamento en el artículo 372 del Código Judicial, la restitución de términos, para lo cual expone: "El día 21 de septiembre próximo pasado, me presenté a la Secretaría de ese honorable Tribunal en compañía del señor Sergio Sanclemente y solicité al señor Secretario del honorable Tribunal me informara sobre el estado del juicio ordinario de los señores Emilio Cárdenas Q. y Graciela Jáuregui de Cárdenas contra la Nación; en efecto, el señor Secretario me informó y así lo vi yo en nota puesta por él mismo que a la letra decía: 'Constancia: Desde hoy doce de septiembre de mil novecientos sesenta y uno empieza a correr el término para solicitar la práctica de pruebas. Fdo. *Quintiliano Forero'*, todo en presencia del señor Sanclemente. En vista de este informe procedí en asocio del mismo señor Secretario a hacer la cuenta de los días que faltaban para vencerse el término y por dos veces llegamos a la conclusión de que dicho término venció el día 22 del mismo mes, es decir, al día siguiente; en este convencimiento regresé a la ciudad de Cúcuta, mi residencia, de donde había venido a Pamplona a hacer algunas diligencias entre ellas precisamente la que relato".

Con base en los cómputos hechos, el 22 remitió desde Cúcuta el memorial de pruebas, el cual, sin embargo, resultó fuera del plazo legal e "indagando —dice— sobre lo que había ocurrido,

apareció en el expediente el dato sobre la notificación por estado del auto que abrió a prueba el juicio con fecha 9 de septiembre y la constancia o informe de Secretaría de ese honorable Tribunal enmendada o corregida y en lugar de la palabra 'doce' superpuesta la palabra 'once'; esto lo pueden observar a simple vista los señores Magistrados al folio 17 vuelto del cuaderno principal. Este imprevisto constituye lo que la ley denomina 'fuerza mayor o caso fortuito', de tal manera que con base en el informe original, es decir, empezando el término para pedir pruebas el día 12, dicho término vencía el día 22 de septiembre y no el 21 del mismo mes, de ahí la razón por la cual envié a ese honorable Tribunal el memorial respectivo el día 22 con su respectiva nota de presentación puesta por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cúcuta''.

Ordenado el traslado de la petición sobre restitución de términos, el Fiscal del Tribunal se opuso, porque los hechos o circunstancias alegados, no pueden considerarse como fuerza mayor o caso fortuito.

El Tribunal del conocimiento, acogiendo el concepto del Fiscal, no accedió a la restitución de términos; y por esto, negado el recurso de reposición, se le concedió al apoderado de los demandantes el de apelación, que se procede a resolver previas las siguientes consideraciones:

1ª Los términos, según el artículo 366 del Código Judicial, corren por ministerio de la ley desde el día siguiente al de la notificación; de manera que no ha menester, salvo casos excepcionales definidos por la ley (artículo 199, inciso 2º del Código Judicial) de ninguna atestación o constancia del Secretario, para que los plazos, fijados por la ley o por el Juez, empiecen a correr; por tanto, la nota puesta por el Secretario en este proceso, con el fin de indicar que el término para pedir pruebas comenzaba el once o el doce del mes respectivo, no tenía ni tiene la virtualidad de modificar un plazo que está fijado en el auto, por una parte, y por otra, de acuerdo con la ley, corre desde el día siguiente de la notificación, mas no desde la constancia del Secretario, la cual, se repite, no está ordenada por el Código ni tiene la finalidad de suspender, acortar o prorrogar los plazos señalados.

2ª Además, resulta del todo improcedente la articulación sobre restitución de términos, porque el apoderado, si los derechos de la parte por él representada resultaban desconocidos, debió interponer en tiempo oportuno los recursos legales, en relación con el auto de fecha 25 de septiembre de 1961, por medio del cual se declaró que el memorial, sobre pruebas, se presentó fuera de término; pero si tal providencia se ejecutorió, no es dable ahora pretender que se revise o modifique ocurriendo a una imposible restitución de términos, con fundamento en una inoperante equivocación de la Secretaría, sin que se hubiese demostrado que, por fuerza mayor o caso fortuito, no pudo interponer los recursos legales contra la memorada providencia de 25 de septiembre de 1961.

3ª El artículo 372 del Código Judicial autoriza la restitución de términos cuando por fuerza mayor o caso fortuito, ''no se ha hecho uso de un término''; pero en lo tocante al punto cuestionado, el apoderado de la parte actora hizo uso del derecho de pedir pruebas, si bien ejercitó este derechó fuera del plazo legal, en virtud de una presunta equivocación de la Secretaría, a la cual tampoco fue ajeno el propio apoderado, que hizo las cuentas a partir de la atestación de la Secretaría y no en la forma ordenada por el citado artículo 366 del Código Judicial.

Por los motivos expuestos, se confirma el auto de 17 de noviembre del año pasado, por medio del cual se negó la restitución de términos.

Notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase.

Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García M., Secretario.

NOTIFICACIONES

Cómo se surte la del auto que concede apelación de la providencia que deniega el mandamiento de pago en juicio ejecutivo.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

De conformidad con el inciso 2º del artículo 985 del Código Judicial, "si denegado el mandamiento se interpone apelación, el Juez, una vez concedida, remite el proceso al superior, previa notificación al ejecutante y al demandado"; y este precepto se justifica plenamente por la necesidad de dar al demandado una oportunidad para que presente sus razones en contra del proferimiento del auto ejecutivo, que, en caso de triunfar la apelación, quedaría a cargo del superior, por lo cual el ejecutado no podría luégo interponer recurso alguno ante el inferior, comoquiera que la ejecución no habría sido decretada por él.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE NEGOCIOS GENERALES.—Bogotá, abril veintisiete de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau).

En auto de 26 de junio de 1961 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali no accedió a decretar el mandamiento de pago ejecutivo que contra el señor Carlos Silva Reinel y a favor del Departamento del Valle del Cauca, había demandado el apoderado que al efecto había constituído el señor Gobernador del mencionado Departamento.

Dicho apoderado interpuso recurso de reposición contra tal providencia y en subsidio el de apelación. Resuelto adversamente el primero, el Tribunal concedió el segundo para ante esta corporación. Tramitado en debida forma y en estado de ser decidido, observa la Sala que el dicho recurso estuvo mal concedido, o mejor, que al concederlo se pretermitió una importante formalidad que inhibe a la Sala entrar al fondo del asunto.

En efecto: de conformidad con el inciso 2º del artículo 985 del Código Judicial, "si denegado el mandamiento se interpone apelación, el Juez, una vez concedida, remite el proceso al superior, previa notificación al ejecutante y al demandado". Ahora bien: en el presente caso no se cumplió con la aludida formalidad de notificar al demandado, para lo cual habría debido hacerse previamente el nombramiento de curador *ad litem* que, por ser persona ausente el demandado, había solicitado que se hiciera el apoderado del Departamento para la notificación del auto ejecutivo por él impetrado.

Podría decirse que hay una cierta desarmonía entre el citado artículo 985 del Código Judicial, que ordena hacer una notificación al demandado antes del proferimiento del auto ejecutivo, y el 981 ibídem, que declara que el juicio comienza con la notificación del mandamiento de pago. Sea lo que fuere se impone dar estricto cumplimiento al primeramente mencionado, que es bien claro y posterior, y cuyo mandato se justifica plenamente por la necesidad de dar al demandado una oportunidad para que presente sus razones en contra del proferimiento del auto ejecutivo, que, en caso de triunfar la apelación, quedaría a cargo del superior, por lo cual el ejecutado no podría luégo interponer recurso alguno ante el inferior, comoquiera que la ejecución no habría sido decretada por él.

En mérito de lo expuesto, la Sala se abstiene de decidir la apelación y ordena devolver el negocio al Tribunal de origen para que proceda a hacer al demandado la notificación que se ha echado de menos.

Notifíquese, cúmplase e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Ramiro Araújo Grau, Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

DEVOLUCION DE EXPEDIENTES

Se resuelve el recurso formulado contra el auto que impuso una sanción por demora en la devolución de un expediente. Imposibilidad derivada de fuerza mayor o caso fortuito.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

Alega el abogado renuente que la no devolución de los autos se ha debido a la circunstancia de encontrarse ausente de la ciudad durante largo tiempo, lo cual constituye, a su juicio, una indudable circunstancia de fuerza mayor y caso fortuito. El motivo alegado no tiene validez, pues la ausencia del abogado constituye un acto voluntario suyo y por tanto no puede atribuírse a fuerza mayor ni a caso fortuito, a menos que ello se hubiera debido, lo que no se ha insinuado siquiera, a que hubiera sido secuestrado u obligado por la fuerza a salir de la ciudad, sin darle el tiempo necesario para cumplir con los deberes que le impone el ejercicio de su profesión.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE NEGOCIOS GENERALES.—Bogotá, veintiocho de abril de mil novecientos sesenta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña).

A petición del Procurador 2º Delegado en lo Civil, el honorable Magistrado ponente, en providencia de fecha 7 de noviembre del año pasado, dispuso: "Requiérase al doctor Diego Llinás Pimienta para que dentro de los dos días siguientes al en que le sea notificada la presente providencia devuelva el expediente a que hace referencia el señor Procurador en su anterior memorial, con la advertencia de que se hará merecedor a multa de cuarenta pesos ($ 40.00) al no cumplir dicho requerimiento" (folio 2, cuaderno número 1, bis).

El abogado requerido solicitó reposición de la providencia copiada, recurso que le fue negado mediante auto de fecha 30 de noviembre de 1961.

Como se venciera el término señalado sin que el apoderado de los Municipios devolviera el expediente, el Procurador insistió para que se aplicara la sanción prevista en el artículo 381 numeral 1º del Código Judicial, en caso de que la parte actora tuviera la libre administración de bienes.

El honorable Magistrado ponente, en providencia de 28 de febrero de este año, resolvió:

"1º Declárase al doctor Diego Llinás Pimienta, apoderado de los Municipios de San Juan de Nepomuceno y San Jacinto en el juicio ordinario que éstos adelantan contra la Nación, incurso en la multa de cuarenta pesos ($ 40.00) moneda corriente, a favor de la Nación demandada, con la cual fue legalmente conminado;

"2º Requiérase nuevamente al mismo apoderado doctor Llinás Pimienta, para que se sirva devolver el negocio de que se trata dentro del término de tres días siguientes a la notificación personal de esta providencia, y se le apremia de nuevo bajo multa de cincuenta pesos ($ 50.00) moneda corriente a favor de la Nación, la cual se le hará efectiva en caso de desobediencia a este segundo requerimiento.

"3º Envíese copia de este auto, una vez ejecutoriado, a la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, para los efectos fiscales consiguientes" (folio 9 ibídem).

Contra esta providencia interpuso el abogado Diego Llinás Pimienta el recurso de súplica, para lo cual aduce estos motivos: a) "...que la no devolución del expediente se ha debido a la circunstancia, superior a sus fuerzas, de encontrarse ausente de la ciudad durante largo tiempo, lo cual constituye, a su juicio, una indudable cir-

cunstancia de fuerza mayor y caso fortuito''; b) que el proponente ha debido, dentro del plazo señalado, reducir el área de la primitiva propuesta, de acuerdo con la Ley 10 de 1961.

Los dos motivos alegados son del todo impertinentes, como pasa a verse:

1º Como la ausencia del abogado Diego Llinás Pimienta de esta ciudad constituye un acto voluntario de él, no puede atribuírse a fuerza mayor ni a caso fortuito, tanto más que no ha probado, ni siquiera lo ha afirmado, que hubiese sido secuestrado u obligado por la fuerza a salir de la ciudad, sin darle el tiempo necesario para cumplir con los deberes que le impone el ejercicio de la abogacía.

2º Lo dispuesto en los artículos 6, 27 y 30 de la Ley 10 de 1961, en nada modifica la relación jurídica establecida en este proceso, en el cual se trata de decidir si el subsuelo del predio es de propiedad particular, en virtud de haber salido del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1873; y en consecuencia, la propuesta de contrato apenas justifica el actual interés de la parte actora para ejercitar la acción de dominio sobre el subsuelo, cuyos elementos intrínsecos no se modifican con la mayor o menor extensión de la propuesta, una vez que el litigio habrá de resolverse en consideración de los elementos de hecho en el momento de trabarse la litis a partir de la notificación de la demanda.

Por los motivos expuestos, se confirma el auto suplicado.

Notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García M., Secretario.

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. — DEVOLUCION DE EXPEDIENTES

Retención indebida de los autos por el apoderado de la parte demandante en el presente juicio contra la Nación. Paralización del proceso durante varios años por esta causa. Interpretación del artículo 364 del Código Judicial en orden a fijar su verdadero alcance.

ENUNCIACION DE DOCTRINAS

1. Al consagrar el legislador el instituto de la caducidad, quiso imponer al demandante la carga de no dejar pasar un año, contadero, como lo indica el artículo 364 del Código Judicial, sin hacer alguna gestión escrita; o sea, que no obstante obligar al Juez en el artículo 348 del mismo Código a impulsar oficiosamente el proceso, constriñe al demandante a gestionar su prosecución cuando permanece en suspenso por cerca de un año, so pena de que, si deja consumar tal período sin hacer la gestión, se vea sancionado con la caducidad, a petición del demandado.

2. No obstante que un negocio haya estado paralizado por más de un año sin que el demandante haya hecho gestión alguna por escrito, no puede accederse a hacer declaración de caducidad, cuando la paralización consiste en que el demandante retiene indebidamente el expediente, pues esa concreta situación irregular tiene señaladas específicas sanciones distintas, cuales son las que se contienen en los artículos 380, 381 y 382 del Código Judicial, aparte de que, como lo ha señalado la Sala en varias ocasiones, no puede entenderse que el demandante ha abandonado el negocio cuando precisamente conserva el expediente en su poder.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—SALA DE NEGOCIOS GENERALES.—Bogotá, abril treinta de mil novecientos sesenta y dos.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Civil, que ha llevado la personería de la Nación en el presente juicio promovido por Carlos Maldonado, solicita en memorial que antecede que se declare la caducidad de la instancia, a tenor del artículo 364 del Código Judicial, por cuanto "la última notificación en este negocio se verificó en el mes de julio de mil novecientos cincuenta y seis, es decir, que han transcurrido más de seis años después de quedar en firme el auto de 18 de julio de 1956", último que se profirió.

De conformidad con informe de la Secretaría el negocio fue entregado al señor apoderado de la parte demandante en traslado para alegar de conclusión, el día 25 de julio de 1956" y hasta el momento de suscribir este informe, no ha devuelto los autos".

En subsidio pide que se ordene al apoderado del actor la devolución del expediente, conminándolo en la forma prevista en el artículo 380 del Código Judicial.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Para evitarle los graves efectos de la caducidad de la instancia, el artículo 364 del Código Judicial, constriñe al demandante a no dejar pasar un año, contadero desde la notificación del último auto o desde el día de la práctica de la última diligencia, sin hacer alguna gestión por escrito. Pero como de conformidad con el artículo 348 del Código Judicial, los jueces deben adelantar los juicios por sí mismos, "con excepción de los casos expresamente señalados en la ley", parecería lógico que el instituto de la caducidad sólo pudiera regir en esos precisos casos excepcionales en que la prosecución del juicio depende de la gestión del demandante, tanto más cuanto que, como es bien sabido, tal instituto fue tomado por el legislador colombiano del derecho procesal español, donde, así como en el italiano y muchos otros, impera el principio dispositivo en punto al impulso procesal. Naturalmente, si esos casos excepcionales a que alude el artículo 348 no existieran, habría que concluír, a fin de

no dejar sin vigencia todo un instituto procesal, que al establecerlo el legislador quiso imponer al demandante la carga de no dejar pasar un año sin hacer alguna gestión, o sea, en definitiva, sin recordarle al Juez el cumplimiento de su deber de hacer progresar el proceso. De hecho existen esos casos excepcionales en que el impulso procesal pasa del Juez al demandante, y se anotan por lo menos dos. El primero es el contemplado por el artículo 380 del Código Judicial, según el cual *"a solicitud escrita de parte interesada,* el Juez ordena se requiera a quien ha demorado la devolución de autos" (se ha subrayado), de donde si falta la solicitud el Juez no puede oficiosamente hacer el requerimiento. El segundo caso surge del artículo 390 del Código Judicial (según quedó modificado por el 3º de la Ley 50 de 1933) que dice: "cuando el superior ante quien se interponga algún recurso no reside en el mismo lugar del inferior, la parte recurrente, si no está exenta por disposición especial, deberá pagar el porte que corresponda al envío y devolución del expediente, y cincuenta centavos más. Este pago se verificará en la Administración de Correos dentro de los ocho días siguientes al del recibo del expediente en dicha oficina. Pasado dicho término sin que se haya pagado el porte, el Juez, *a solicitud de parte,* requerirá al recurrente para que lo verifique dentro de los tres días siguientes..." (se ha subrayado). En consecuencia si quien interpone el recurso es el demandado y no paga oportunamente los portes, el expediente se quedará en la oficina de correos hasta tanto que el demandante pida al Juez que formule requerimiento al dicho demandado.

Habiendo, pues, casos en que el impulso procesal está condicionado a la gestión del demandante, parecería lógico concluír que sólo con relación a ellos podría entrar en juego la caducidad. Sin embargo una sana hermenéutica impone una conclusión distinta. Y es que no resultaría ajustado a la técnica el que el legislador hubiera organizado minuciosamente un instituto procesal para sólo hacerlo regir respecto a dos situaciones por demás excepcionales, y en las que —y esto es fundamental— el beneficio de su alegación vendría a producirse como consecuencia de una conducta culpable e irregular; pues sería el demandado, incumplidor de su obligación de devolver los autos o de pagar los portes, quien se beneficiaría de la caducidad, resultando castigado el demandante por haber sido indulgente respecto a esa situación anormal, creada por su contraparte.

Una tan evidente falta de lealtad procesal, por decir lo menos, no podría quedar vinculada a los fundamentos del ejercicio de un derecho tan importante como el de alegar la caducidad. *"Nemo auditur propriam turpitudinem alegans".* Por consiguiente es preciso concluír que, puesto que el legislador no pudo haber tenido en cuenta las dos situaciones anómalas contempladas por los artículos 380 y 390 del Código Judicial, al consagrar el instituto de la caducidad, quiso imponer al demandante la carga de no dejar pasar un año, contadero como ya se indicó, sin hacer alguna gestión escrita; o sea, que no obstante obligar al Juez en el artículo 348 del Código Judicial a impulsar oficiosamente el proceso, constriñe al demandante a gestionar su prosecución cuando permanece en suspenso por cerca de un año, so pena de que, si deja consumar tal período sin hacer la gestión, se vea sancionado con la caducidad, a petición del demandado.

Parecería fluír de lo dicho que, habría que acceder a la declaración de caducidad impetrada por el señor Procurador Delegado, toda vez que el negocio ha estado paralizado por varios años sin que el demandante hubiera hecho gestión alguna por escrito. Sin embargo, en el presente caso, en que el demandante ha retenido el negocio por más tiempo del que legalmente le correspondía, no puede aplicarse la caducidad, por tener señalada esa concreta situación irregular sanciones específicas distintas, cuales son las señaladas en los artículos 380, 381 y 382 del Código Judicial. Aparte de que, como ha señalado ya la Sala en varias ocasiones, no puede entenderse que el demandante ha abandonado el negocio cuando precisamente conserva el expediente en su poder (*Gaceta Judicial,* Tomo LXX, página 630).

Se impone, en consecuencia, acceder a la petición subsidiaria del señor Procurador Delegado, justificada plenamente a la luz del citado artículo 380 del Código Judicial, y teniendo en cuenta el informe de la Secretaría, mencionado arriba.

En mérito de lo expuesto se resuelve:

1º No hay lugar a declarar la caducidad de la instancia.

2º Requiérese al señor apoderado de la parte demandante a que devuelva el expediente contentivo del juicio a que se ha aludido en la presente providencia, dentro de los cinco días siguientes al en que le sea notificada, y se le conmina a pagar a favor de la Nación una multa de cuarenta pesos para el caso de que no obedezca lo acabado de indicar.

Notifíquese, cúmplase e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Ramiro Araújo Grau.

Jorge García M., Secretario.

OTRAS SENTENCIAS NO PUBLICADAS

La Sala de Negocios Generales también dictó, durante los meses de marzo y abril, las sentencias absolutorias que se relacionan a continuación, recaídas en juicios ordinarios sobre dominio privado del subsuelo petrolífero. La Sala se abstuvo de ordenar la publicación de estos fallos en la *Gaceta* en consideración a su falta de interés doctrinario.

Demandante	Demandado	Fecha	Magistrado.
1. José A. Forero C.	La Nación	1º de marzo	Doctor Araújo Grau.
2. Cecilia S. de Gutiérrez	La Nación	5 de marzo	Doctor Peláez T.
3. Mercedes Escallón de Carrasquilla	La Nación	6 de marzo	Doctor Araújo Grau.
4. Carlos Holguín H.	La Nación	8 de marzo	Doctor Osejo Peña.
5. Helena Saravia de Vásquez .	La Nación	14 de marzo	Doctor Peláez T.
6. Ricardo Sarmiento	La Nación	23 de marzo	Doctor Zambrano.
7. Sociedad Agrícola Cazucá . . .	La Nación	30 de marzo	Doctor Araújo Grau.
8. Cecilia Izquierdo de Uribe . . .	La Nación	3 de abril	Doctor Peláez T.
9. César García A.	La Nación	4 de abril	Doctor Araújo Grau.
10. Bernardo Cabrera V.	La Nación	6 de abril	Doctor Peláez T.
11. Congregación de los Hermanos de las Escuelas Cristianas . .	La Nación	6 de abril	Doctor Araújo Grau.
12. Elvira R. de Gaviria	La Nación	6 de abril	Doctor Araújo Grau.
13. Hernán Archila	La Nación	25 de abril	Doctor Zambrano.
14. Leonor Pardo de Briceño y otros	La Nación	25 de abril	Doctor Osejo Peña.
15. Magola Márquez v. de Rodero.	La Nación	27 de abril	Doctor Zambrano.
16. Manuel A. Navarrete	La Nación	28 de abril	Doctor Osejo Peña.

INDICE

SALA PLENA

Páginas

Proposición aprobada en Corte Plena con motivo del retiro del doctor Manuel María Montenegro, Magistrado del Tribunal Superior de Pasto.—Sesión del 5 de abril de 1962 315

Moción de duelo con motivo del fallecimiento del señor Marco Tulio Arango Franco.—Aprobada en sesión de Sala Plena de 26 de abril de 1962 315

Impedimentos.—Incidente de impedimento surgido dentro de un juicio sumario sobre imposición de sanciones disciplinarias.—Incompetencia de la Corte para resolverlo.—En providencia de 7 de abril de 1962, así lo resuelve la Corte respecto del manifestado por un Magistrado de Tribunal Superior, en las diligencias sumarias adelantadas contra Jorge Arturo Moncaleano, Juez Civil de Circuito.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria 316

SALA DE CASACION CIVIL

Acción de retroventa.—Condiciones de validez del pacto de retroventa.—Diferencias con la promesa de compraventa.—Oportunidad legal de ejercitar la acción respectiva.—Por sentencia de 3 de marzo de 1962 no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el ordinario promovido por Julio César Portilla contra Isabel Portilla y otra.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 318

Salvamento de voto del Magistrado doctor José J. Gómez R. en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice 322

Donaciones entre vivos.—Nulidad de la donación de una casa a un Municipio, en cuanto excedió de dos mil pesos.—Insinuación para donar. Donaciones con causa onerosa y donaciones con gravamen pecuniario.—Por sentencia de 22 de marzo de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el ordinario promovido por Stella Victoria Gruesso de Valenzuela Ramírez y otro contra el Municipio de La Plata.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 326

Acción de restitución de unas mejoras—Antitécnica formulación de cargos contra una sentencia que desestimó las peticiones del actor, relacionadas con la reivindicación de mejoras hechas en una finca.—Violación directa de la ley sustantiva.—Errores de hecho y errores de derecho en la estimación de pruebas.—Por sentencia de 27 de marzo de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario promovido por Prudencio Ayala contra Cecilia Flórez de Valdiri.—Magistrado ponente, doctor Arturo C. Posada .. 331

Lesión enorme. — Inspección ocular. — Peritos. No se demostró ningún cargo contra la sentencia acusada.—Esta hubo de negar la rescisión solicitada.—Pruebas practicadas en segunda instancia.—Por sentencia de 29 de marzo de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre rescisión por lesión enorme, promovido por Domingo Guzmán Linares contra Efraín Nieto.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 338

Responsabilidad extracontractual.—El abuso del derecho y la culpa.—Presunción de culpa en actividades peligrosas.—Necesidad social de indemnizar el daño.—La edificación de varias plantas como actividad peligrosa. Quién debe responder de los daños causados por una construcción.—Por sentencia de 5 de abril de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Supe-

Páginas

rior de Bogotá, en el ordinario sobre indemnización de perjuicios promovido por María Flórez v. de Rivadeneira y otras contra Alberto Escobar Rivera.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez 341

Estimación de la cuantía de un juicio.—Se decide un recurso de hecho referido a la procedencia o improcedencia del de casación.—En qué momento debe ubicarse la estimación del pleito.—Importancia del valor fijado por el actor en su demanda inicial.—Por providencia de 25 de abril de 1962, se declara bien denegado el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pasto, en el ordinario sobre rescisión por lesión enorme promovido por José Daniel Pancholo contra Luis Ordóñez Díaz.—Magistrado ponente, doctor José Hernández Arbeláez ... 345

Filiación natural.—Representación de los incapaces.—Oposición de intereses. Acumulación de acciones de filiación natural y petición de herencia.—Ejercicio de la acción después de la muerte del presunto padre.—Argumentos. Registro de la declaración judicial.—Por sentencia de 28 de abril de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el ordinario promovido por Tirso Patiño Santodomingo contra los herederos de Luis Felipe Santodomingo.—Magistrado ponente, doctor Enrique Coral Velasco 347

Salvamento de voto del Magistrado doctor José J. Gómez R., en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice 368

Responsabilidad extracontractual.—Por daños ocasionados por una denuncia penal.—Derecho y deber de denunciar los delitos.—Consecuencias civiles de la absolución del denunciado, frente a su denunciante.—El auto de sobreseimiento como prueba traída al juicio civil de perjuicios.—Error de hecho.—Por sentencia de 30 de abril de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario sobre indemnización de perjuicios ocasionados por la formulación de un denuncio penal, promovido por Gastón Mesa Ochoa contra María Delia Mesa Toro y otros.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Fajardo Pinzón 372

SALA DE CASACION PENAL

Homicidio agravado.—Causal 4ª de casación. No fueron probados los cargos hechos contra la sentencia condenatoria.—Requisito de la defensa técnica del procesado.—Declaración de parientes no obligados a declarar.—Pruebas practicadas a solicitud de parte no legitimada en el proceso.—Por sentencia de 1º de marzo de 1961, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el proceso adelantado contra Guillermo Castro García y otro.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 379

Impedimentos.—Se decide sobre el impedimento manifestado por un Magistrado de Tribunal para conocer de un proceso.—Adujo como causal el haber intervenido, como Juez, en la instrucción del mismo.—Condiciones para que tenga ocurrencia esta clase de impedimentos. Jurisprudencia de la Corte.—Por providencia de 1º de marzo de 1962, se declara infundado el manifestado por el citado funcionario en el proceso seguido a Ulpiano Meneses y otros por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 387

Violencia carnal.—Incompleta e infundada acusación, con invocación de la causal 2ª, contra una sentencia condenatoria por el mencionado delito.—Por providencia de 2 de marzo de 1962, se desecha el recurso de casación propuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Neiva, en el proceso adelantado contra Sandalio y Héctor Ome Vargas.—Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres 389

Homicidio.—Causal 2ª de casación respecto de juicios con jurado.—Relación entre el fallo y el veredicto.—Facultades de la Sala de Casación frente a fallos proferidos con base en veredicto popular.—No prosperan los cargos. Por providencia de 5 de marzo de 1962, se desecha el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso adelantado contra José Manuel Castro Castro.—Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria 392

Amnistía en un proceso por delitos de homicidio y robo.—Requisitos y limitaciones que condicionan el otorgamiento de la gracia.—Atrocidad.—Insensibilidad moral.—Espíritu y objetivo del decreto de amnistía.—Situación sociológica que determinó su expedición.—Aplicaciones al caso de autos.—Por providencia de 5 de marzo de 1962, se confirma la proferida por el Tribunal Superior Militar, por medio de la cual se decretó la amnistía en favor de los

Páginas

procesados Cenón de J. Gutiérrez y otros. Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez Abad 395

Homicidio.—Nulidades constitucionales.—Indebida aplicación del Decreto 012 de 1959.—Prospera la causal 4ª de casación.—Invalidación parcial de lo actuado.—Por sentencia de 9 de marzo de 1962, se invalida parcialmente la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso adelantado contra Juan de Jesús o Juan de Dios Giraldo Granada.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 404

Prevaricato y abuso de autoridad.—Ninguna de las dos infracciones penales, ni ninguna otra, fue cometida por el Gobernador denunciado. El elemento psíquico en estos delitos.—No se configuran por la simple culpa.—Requisitos de la responsabilidad penal.—Por providencia de 9 de marzo de 1962, se sobresee definitivamente en favor del doctor José Ramón Lanao Tovar, en su condición de Gobernador del Departamento del Magdalena, por los cargos que se le formularon.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 406

Prevaricato.—No cometieron delito alguno los dos Magistrados de Tribunal Superior cuya conducta fue investigada a través de estas diligencias.—Por providencia de 9 de marzo de 1962, se sobresee definitivamente en favor de los doctores Neftalí Mosquera y Mosquera y Gaspar Murillo Coutin, por los cargos que se les formularon.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 417

Homicidio agravado.—No prosperan los cargos formulados contra la sentencia que condenó a unos salteadores.—Derecho de defensa.—Nulidades procesales.—Intención de matar.—Por providencia de 9 de marzo de 1962, se desecha el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Buga, en el proceso adelantado contra Hernando Velásquez Arboleda.—Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres 422

Homicidio.—Error de hecho.—Prospera la causal 2ª de casación.—Errores manifiestos en la estimación de las pruebas.—Violación del principio in dubio pro reo.—*No se reúnen los requisitos legales para condenar.*—Por sentencia de 10 de marzo de 1962, se invalida la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso adelantado contra José Gregorio Rodríguez Rodríguez.—Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta 427

Excepción de inconstitucionalidad.—El fallo de primer grado fue proferido en este negocio, en conformidad con el Decreto 0012 de 1959, por un Juez de Instrucción Criminal.—Excepción de inconstitucionalidad respecto de normas declaradas inexequibles.—Nulidad e inexequibilidad.—Efectos de la inexequibilidad. Jurisprudencia.—Por sentencia de 14 de marzo de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso adelantado contra Rubén Serrano y otros por el delito de homicidio.—Magistrado Ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 442

Salvamento de voto del Magistrado doctor Primitivo Vergara Crespo en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este índice 447

Etica del abogado.—El profesional acusado en estos autos no incurrió en las faltas que le atribuye la querellante.—Se ordena investigación contra ésta por haber procedido precipitada y temerariamente.—Por providencia de 14 de marzo de 1962 se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Manizales, en el proceso adelantado contra el abogado doctor Neftalí López López.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 451

Derecho de defensa del procesado.—La sentencia condenatoria acusada fue proferida en un proceso viciado de nulidad.—Franca violación del derecho de defensa del procesado recurrente. Excepción de inconstitucionalidad frente a normas declaradas inexequibles.—Inexequibilidad y nulidad.—Jurisprudencia.—Por sentencia de 16 de marzo de 1962, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso adelantado contra Germán Zapata García por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 454

Salvamento de voto del Magistrado doctor Primitivo Vergara Crespo en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este índice 460

Se ordena la revisión de un juicio.—Se había impuesto al procesado, como infractor del De-

Páginas

creto 014 de 1955, la medida de seguridad consistente en la relegación a una colonia agrícola.—Prospera la causal 5ª de revisión.—Por sentencia de 16 de marzo de 1962, se ordena la revisión del juicio mediante el cual Genaro Forero Guasca fue condenado "en su carácter de infractor del numeral 21 del artículo 7º del Decreto" aludido.—Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta 464

Etica profesional del abogado.—Se revisa, en grado de consulta, la providencia del Tribunal que declaró prescrita la acción penal en un proceso relacionado con la ética profesional. Por providencia de 20 de marzo de 1962, se revoca la proferida por el Tribunal Superior de Montería en el proceso adelantado contra el doctor Jesús Rodríguez Corrales, y dispone devolver el expediente a la entidad de su procedencia, a fin de que se allegue la prueba de la calidad de abogado, titulado o admitido, del acusado.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 469

Peculado.—No prosperan los cargos formulados contra la sentencia condenatoria.—El sentenciado alegó que no manejaba él, directamente, los efectos y dineros.—Peculado en relación con empleados que no lo son de manejo.—Técnica del recurso de casación.—Por providencia de 21 de marzo de 1962, se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el proceso adelantado contra Mario Daniel Matus Hernández.—Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres 471

Impedimentos.—Decide la Corte el propuesto por un Magistrado de Tribunal.—La causal alegada, consistente en haber manifestado su opinión, no se consideró fundada.—Motivación y explicación de los impedimentos.—Condiciones para que la manifestación de la opinión llegue a constituir impedimento.—Por providencia de 28 de marzo de 1962, la Corte declara infundado el impedimento manifestado por un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, para revisar, en virtud de recurso de apelación, el auto de detención proferido contra el doctor Euclides Botero Echeverri, en el sumario adelantado contra éste y otros, por los delitos de homicidio y lesiones personales culposos, consumados en un accidente de tránsito.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 478

Páginas

Homicidio agravado.—Causal 3ª de casación. La causal 3ª de casación frente a una sentencia proferida con base en veredicto del jurado. Condiciones de inferioridad de la víctima. Cuándo es pertinente declarar desierto el recurso y cuándo debe desecharse.—Por providencia de 30 de marzo de 1962, se desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el proceso adelantado contra Gualberto Cuastumal.—Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta 481

Colisión de competencias.—Entre un Juez Superior y un Comandante de Batallón, relacionada con el procesamiento de un soldado incriminado de homicidio.—Qué ha de entenderse por "servicio militar" para efectos de determinar la competencia—Competencia castrense y estado de sitio.—Por providencia de 30 de marzo de 1962, la Corte resuelve que a la justicia castrense, y no a la ordinaria, corresponde el conocimiento del proceso adelantado contra el soldado Alfonso Jaramillo Girón por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo ... 485

Lesiones personales.—No se ciñó el recurrente, al acusar la sentencia condenatoria, a los requisitos de forma y de fondo que debe llenar la demanda de casación.—No hay base legal para estudiar la demanda.—Por providencia de 4 de abril de 1962, se declara desierto el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Manizales, en el proceso adelantado contra Rogelio López Hurtado.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 488

Nulidades constitucionales.—Al defender un mismo abogado a dos sujetos acusados de homicidio, cuyos intereses eran abiertamente encontrados, se lesionó gravemente el derecho de defensa que consagra la Constitución.—Por sentencia de 9 de abril de 1962, se invalida la proferida por el Tribunal Superior de Montería en el proceso adelantado contra Manuel de los Reyes y otros.—Magistrado ponente, doctor Simón Montero Torres 492

Competencia.—No la tiene la Corte para conocer de una infracción penal común imputada a quien actualmente desempeñaba el cargo de Gobernador Departamental.—Tal fuero especial dice relación a los delitos de responsabilidad únicamente.—Distinción entre éstos y los

Páginas

delitos comunes.—Por providencia de 11 de abril de 1962, proferida en el proceso adelantado contra el Coronel Daniel Cuervo Araoz, ex Gobernador del Departamento de Caldas, por el delito de lesiones personales, se dispone devolver el negocio al Comando del Ejército para que sea enviado al funcionario a quien corresponde conocer de él.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 496

Colisión de competencias.—Suscitada entre dos Comandantes de Batallón con relación al juzgamiento de unos soldados sindicados de homicidio.—Los soldados habían sido dados de alta en un Batallón, pero se encontraban desde hacía más de ocho meses en comisión en otro. Plazo máximo de las comisiones transitorias. Por providencia de 12 de abril de 1962, se dirime la colisión de competencias planteada en el proceso adelantado contra Kemer Polindara y otro.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 499

Estafa.— Derecho de defensa. — Reincidencia. Competencia de jurisdicción y derecho de defensa.—Aplicabilidad del Decreto 0014 de 1955. Elementos del delito de estafa.—Diferenciación con el robo, el hurto, la extorsión y el abuso de confianza.—La estática y la dinámica en el delito.—El sistema legal moral.—Prueba legal de la reincidencia.—Reincidencia y peligrosidad.—Por sentencia de 25 de abril de 1962, se invalida parcialmente la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso adelantado contra Hernando García Cubillos, o Cubillos García o Hernando Cubillos.—Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez Abad 501

Iniciación de la investigación penal.—Se niega la Corte a tramitar una denuncia.—Por providencia de 26 de abril de 1962, así lo resuelve la Sala Penal respecto de la formulada contra el doctor Octavio Roselli Quijano, Gobernador de Boyacá, y otro.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 520

Cambio de radicación de un proceso por homicidio.—A efecto de garantizar una mayor seguridad personal al sindicado y una recta administración de justicia.—Jurisprudencia de la Corte.—Por providencia de 26 de abril de 1962, se emite concepto favorable sobre el cambio de radicación del proceso adelantado contra Ernesto Leoncio Lozano Puentes.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 524

Coautoría y complicidad.—Complicidad correlativa. Daño en bienes ajenos.—No pudo establecerse cuál de los dos acusados causó la lesión mortal.—Uno de ellos fue gravemente provocado, el otro actuó dentro de una riña imprevista para él. También resultó muerta la mula de la víctima.—Qué es autoría, complicidad y complicidad correlativa.—Delito de daño en bienes ajenos.—Por sentencia de 30 de abril de 1962, se invalida parcialmente la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el proceso adelantado contra Jorge Evelio Ortiz Cortés y otro por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 526

Homicidio simplemente intencional y homicidio provocado.—No hubo quebranto del artículo 26 de la Carta en el proceso que culminó con sentencia condenatoria por homicidio simplemente voluntario.—Tampoco hubo incongruencia entre la sentencia y el veredicto. Este no reconoció, como se pretende, la circunstancia modificadora del artículo 28 del Código Penal.—Por providencia de 30 de abril de 1962, se desecha el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso adelantado contra Diofanor Cuartas Muñoz. Magistrado ponente, doctor Gustavo Rendón Gaviria 540

Faltas contra la ética del abogado.—Prescripción de la acción disciplinaria.—Acción propiamente penal si aparece que se ha podido cometer un delito.—Por providencia de 30 de abril de 1962, se confirma la proferida por el Tribunal Superior de Cali, por medio de la cual declaró prescrita la acción penal disciplinaria que se adelantó contra el abogado José Luis Echeverri.—Magistrado ponente, doctor Primitivo Vergara Crespo 547

SALA DE CASACION LABORAL

Salario mínimo y trabajo a domicilio.—La reclamante confeccionaba ropa de hombre para un taller de sastrería.—Recuento de la legislación nacional sobre salario mínimo en relación con duración de la jornada de trabajo, forma de pago del salario y trabajo a domicilio.—Jurisprudencia al respecto.—Equivoca-

Páginas

da y defectuosa impugnación a la sentencia recurrida.—Por sentencia de 5 de marzo de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral promovido por Custodia Gutiérrez Otero contra Manuel A. Munar.—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 550

Técnica de la impugnación por error de hecho. Indemnización moratoria.—Ineficacia de la acusación formulada contra la sentencia que condenó a la empresa demandada a pagarle al demandante ciertas prestaciones e indemnizaciones.—Inútilmente alegaron siempre los demandados que no estaban ligados al demandante por contrato de trabajo sino de sociedad. Por sentencia de 7 de marzo de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral promovido por Víctor Enrique Vargas Gutiérrez contra Joselyn Alba Morales y otro.—Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo 558

Contrato de Trabajo con la Administración Pública.—Dos clases de relaciones jurídicas con la Administración Pública, la que corresponde al funcionario o empleado oficial y la que se deriva de un contrato de trabajo.—Jurisprudencia de la Sala frente al artículo 4º del Decreto 2127 de 1945.—En el caso de autos, el actor, como administrador de una plaza de mercado municipal, reclamó prestaciones laborales.—Por sentencia de 7 de marzo de 1962, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Popayán en el ordinario laboral promovido por Carlos Maya U. contra el Municipio de Popayán.—Magistrado ponente, doctor Roberto De Zubiría C. 564

Reclamación de prestaciones sociales.—El sentenciador catalogó como trabajador de construcción al demandante.—Necesaria indicación, en la demanda de casación, de las normas sustantivas violadas.—Sanción derivada de la falta de pago de los honorarios periciales. Los conceptos distintos de la apreciación errónea de pruebas y de la falta de apreciación de ellas.—Por sentencia de 8 de marzo de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral promovido por Jean Serafín contra "Construcciones Tissot & Cía. Ltda.".—Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A. 568

Terminación unilateral del contrato de trabajo. Manifestación del motivo de la terminación.

Páginas

Prosperan en parte los cargos planteados. El promotor de la demanda principal alegó haber sido despedido sin justa causa, y el demandado sostuvo haber tenido fundamento legal para ello.—Por sentencia de 13 de marzo de 1962, se casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el ordinario laboral promovido por Fernando Calle Valencia contra Daniel Zuluaga A.—Magistrado ponente, doctor Roberto De Zubiría C. 575

Impugnación por pretendidos errores de hecho, contra una sentencia que condenó al patrono al pago de ciertas prestaciones sociales e indemnizaciones.—En vano alegó el demandado tener la calidad de simple intermediario y no la de patrono del trabajador.—Indemnización moratoria.—Por sentencia de 14 de marzo de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el ordinario laboral promovido por Primitivo Vera Gutiérrez contra Luis Enrique Escobar Casas. Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A. 580

Salario básico.—No prosperan los cargos formulados contra la sentencia por las dos partes en litigio.—El demandante prestó sus servicios como peluquero en un salón de propiedad de los demandados.—Criterio para la aplicación del salario básico a la liquidación de prestaciones y dominicales.—Por sentencia de 14 de marzo de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral promovido por Víctor M. Ricardo contra Virginia Gómez y otro.—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 587

Reclamación de prestaciones sociales.—No hubo errores de hecho en la sentencia, impugnada por las dos partes litigantes.—Errores del fallador en su actividad in procedendo.—*Oportunidades de allegar pruebas al proceso. Pruebas acompañadas al alegato de casación.* Por sentencia de 15 de marzo de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral promovido por Jairo Cano Gallego contra la sociedad denominada "El Mercurio, Limitada".—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 594

Contrato de trabajo y contrato de sociedad.—Posibilidad de relaciones laborales entre la sociedad y alguno de sus socios.—Examen especial en relación con la de responsabilidad limi-

Páginas

tada.—Falta de determinación de la cuantía y de la forma de pago en contratos verbales de trabajo. Errores de técnica en casación.—Por sentencia de 16 de marzo de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el ordinario laboral promovido por Lucy Gómez Rodríguez contra el "Instituto Gran Colombia, Sección Comercial, Limitada".—Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo 599

Remuneración del trabajo nocturno.—La reclamación provino de una enfermera al servicio de un hotel capitalino.—Salario sin prestación del servicio.—A trabajo igual salario igual.—Por sentencia de 22 de marzo de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral promovido por Julia Daza de Reina contra "Hotel San Diego".—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 605

Causal segunda de casación laboral.—Prueba del capital de una empresa.—Promovió la acción principal una profesora contra la dueña de un plantel educativo.—Valor probatorio de la declaración de renta como medio para demostrar el patrimonio de una empresa.—La sentencia acusada hizo más gravosa la situación de la parte apelante.—Por sentencia de 24 de marzo de 1962, se casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el ordinario laboral promovido por Ana Delia Franco Orozco contra Esther Franco de Escobar.—Magistrado ponente, doctor Roberto De Zubiría C. 611

Prestaciones sociales e indemnizaciones.—Ineficacia de los cargos formulados contra la sentencia que acogió las peticiones de un jornalero agrícola.—Violación indirecta y violación directa de la ley.—El motivo de la errónea interpretación de la norma sustantiva. Por sentencia de 24 de marzo de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral promovido por Germán Méndez contra José Ignacio Contreras.—Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A. 614

Prestaciones sociales e indemnizaciones.—Fueron reclamadas por un trabajador de minas de carbón.—Infructuosamente acusaron ambas partes la sentencia del Tribunal.—Aplicación indebida e interpretación errónea.—Violación directa y violación indirecta.—Por sentencia

Páginas

de 24 de marzo de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral promovido por Marco Chauta Barrera contra Salvadora Jiménez viuda de Rueda.—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 620

Admisibilidad del recurso de casación.—Fue interpuesto por ambas partes contra la sentencia de un Tribunal —Sala Laboral— en juicio de lanzamiento de predios rurales. — Sentencias que no admiten casación.—Jurisprudencia.—Por providencia de 26 de marzo de 1962, no se admite el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pamplona —Sala Laboral—, en los juicios acumulados, por lanzamiento en predios rústicos, promovidos por Isidoro Duplat y otros contra Carlos Julio Parra y otro.—Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo 624

Indemnización de plazo presuntivo.—No prosperan los cargos que se hicieron contra la sentencia que condenó a una empresa distribuidora de mercancías a pagar ciertas prestaciones.—Confesión ficta.—Incidentes en materia laboral.—Jurisprudencia.—Salario base para liquidar prestaciones e indemnizaciones. Por sentencia de 28 de marzo de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral promovido por Marco Aurelio Fonseca contra "Distribuidora Palmín".—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 626

Contrato presuntivo.—Indemnización moratoria. Preaviso.—Fecha de terminación del contrato de trabajo en caso de preaviso.—Condiciones de validez del preaviso.—Indemnización moratoria en caso de quiebra de la empresa patronal.—Por sentencia de 31 de marzo de 1962, se casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario laboral promovido por Emilio Patiño Torres contra la masa de acreedores de la quiebra de "Roldán Calle & Cía. Limitada".—Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo ... 63

Cesantía. — Indemnización moratoria.—Competencia de la justicia laboral.—El trabajador, al ser despedido, fue denunciado criminalmente, pero resultó absuelto.—Además de sus prestaciones pidió indemnización por perjuicios derivados del denuncio.—Retención de cesantía.

Páginas

Errores de derecho en la estimación de pruebas.—Confesión ficta.—Ambito de la competencia laboral.—Por sentencia de 31 de marzo de 1962, se casa parcialmente la proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Barranquilla en el ordinario laboral promovido por Pablo A. Rodelo contra "Flota Angulo Limitada".—Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A. 640

Reintegro del trabajador despedido.—Perjuicios moratorios.—No prosperan los cargos formulados contra la sentencia acusada, relacionada con salarios y prestaciones reclamados por un trabajador del Aseo, contra el Municipio de Bogotá.—Casos en que la ley ordena el reintegro del trabajador.—Indemnización moratoria.—Por sentencia de 3 de abril de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario laboral promovido por Tulio Aponte contra el Municipio de Bogotá.—Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo 648

Servicios del empleado público y servicios personales de carácter privado.—No tuvieron carácter privado sino público los servicios prestados al Departamento demandado por el médico demandante.—No se demostró el evidente error de hecho alegado por el recurrente.—Por sentencia de 3 de abril de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral promovido por Carlos Piedrahita Muñoz contra el Departamento de Antioquia.—Magistrado ponente, doctor Roberto De Zubiría C. 651

Pensión de jubilación.—Sustitución patronal. Extra y ultra petita.—*Prueba del capital de una empresa. Sustitución patronal y pensión de jubilación.—Desde cuándo comienza a deberse la pensión de jubilación.—Jubilación en concurrencia con cesantía.—Fallos* extra *y* ultra petita.—Por sentencia de 3 de abril de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral promovido por Teresa Vera Molina contra "Trilladoras Unidas Ltda." y otra.—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 658

Reclamación de prestaciones e indemnizaciones sociales.—No aparece el evidente error de valoración probatoria que aduce el casacionista al acusar la sentencia que declaró probada la excepción de pago y absolvió a la empresa demandada.—A falta de otra prueba, el Tribunal se atuvo al salario mínimo legal.—Técnica de la casación.—Por sentencia de 5 de abril de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral promovido por Henry Levy Mattes contra "Fábrica de Salchichón Moritz Katz & Cía. Ltda.".—Magistrado ponente, doctor Roberto De Zubiría C. 666

Liquidación de cesantía.—Inspección ocular. Prueba pericial.—Error de hecho en la sentencia absolutoria acusada.—El Tribunal ha debido acceder a decretar el reajuste de cesantía solicitado por el trabajador.—Censura de ciertas prácticas judiciales en relación con la prueba pericial y la inspección ocular.—Por sentencia de 9 de abril de 1962, se casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral promovido por José Vicente Cubillos Morales contra "Aerovías Nacionales de Colombia" (Avianca). Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 670

Sentencias que no admiten recurso de casación. Qué ha de entenderse por sentencia definitiva para efectos del recurso de casación laboral. Sentencias definitivas y sentencias sobre el proceso.—El fallo inhibitorio.—Artículo 209 del Código Judicial.—La casación del trabajo y los vicios de actividad procesal.—Por providencia de 11 de abril de 1962, se estima bien denegado por el Tribunal Superior de Bogotá, el recurso de casación interpuesto contra el fallo de segundo grado en el ordinario laboral promovido por Arturo Cárdenas Benavides contra "Ferroconcreto Limitada".—Magistrado ponente, doctor Luis Alberto Bravo 676

Contratistas independientes y presunción de contrato de trabajo.—Confesión.—Libertad contractual.—Las pruebas demuestran una evidencia contraria a la aceptada por la sentencia condenatoria—El actor prestó servicios a la empresa, mas no en virtud de un contrato de trabajo, sino en su condición de contratista independiente.—Valor probatorio de la confesión.—El trabajo y la libertad contractual. Por sentencia de 14 de abril de 1962, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario laboral promovido por Marco Antonio Rúa contra "Industrias Roca Ltda".—Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A. 681

Páginas

Confesión ficta.—Nulidades constitucionales. Técnica de la casación laboral.—Antitécnica e ineficaz formulación de cargos contra la sentencia que condenó a una sociedad de transportes al pago de ciertas prestaciones e indemnizaciones reclamadas por un chofer.—La declaración de confesión ficta fue correctamente deducida por el Juez.—No hubo violación de las garantías constitucionales.—Corrección de errores procesales.—Por sentencia de 14 de abril de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el ordinario laboral promovido por Domingo Steel contra "Transportes Colón Ltda." (Transcolón) y otro.—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 690

Contratos de trabajo con entidades oficiales. Competencia de la justicia laboral.—Versa el juicio sobre una demanda de prestaciones sociales contra la Universidad Nacional.—Alcance del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 en relación con establecimientos públicos. Técnica de la casación.—Por sentencia de 26 de abril de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral promovido por José Rafael Amézquita contra la entidad arriba nombrada.—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 695

Contrato de trabajo y contrato de obra.—Presunción de contrato de trabajo.—Prueba de confesión.—Libertad contractual.—Fue equivocada la estimación probatoria que hizo la sentencia condenatoria.—Faltó el elemento de la prestación personal del servicio.—Trabajo cumplido por medio de socios y auxiliares. Valor probatorio de la confesión.—Libertad contractual y trabajo.—Por sentencia de 27 de abril de 1962, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario laboral promovido por Enrique Arroyave contra "Industrias Roca Limitada".—Magistrado ponente, doctor Luis Fernando Paredes A. ... 700

Representación del patrono.—Documentos.—Testimonio por medio de Juez comisionado.—No prospera el cargo contra la sentencia que absolvió a una empresa del pago de las prestaciones e indemnizaciones reclamadas.—Quiénes son representantes del patrono.—Reconocimiento tácito de documentos.—Prueba testimonial recibida por medio de Juez comisionado.—Por sentencia de 27 de abril de 1962, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral promovido por Ricardo Ramírez Varón contra "La Quebradita Limitada".—Magistrado ponente, doctor José Joaquín Rodríguez 709

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Renuncia del mandato judicial.—Insistencia de un abogado para que se le admita la renuncia de un poder.—Condiciones para que se extinga el mandato judicial.—Por providencia de 8 de marzo de 1962, se confirma el auto por medio del cual se denegó la admisión de la renuncia del apoderado de la parte actora, en el ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero promovido por Pedro Barrault en su carácter de administrador de la comunidad denominada "Cocorná, Sacamujer y el Rebozo" contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo 712

Acción posesoria por perturbaciones.—Ocupación de hecho de una zona de propiedad privada para abrir una carretera departamental. Efecto devolutivo en ciertas apelaciones y consultas de sentencias.—Ejecución anticipada de un fallo y abono de gastos a cargo de quien pide la ejecución.—Inadecuada escogencia de la acción ejercitada por el demandante. Por sentencia de 8 de marzo de 1962, se revoca la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio promovido por Nicodemus Torres J. contra el Departamento de Cundinamarca.—Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña 714

Oportunidad procesal de allegar pruebas.—Términos aceleratorios y términos dilatorios. Oportunidades para fijar día y hora de practicar una inspección ocular, así como de impartir comisiones tendientes al mismo fin. Diferentes operaciones a que da lugar la actividad probatoria.—Examen de los artículos 746, 697 (3º), 225 y 226 del Código Judicial. Por providencia de 15 de marzo de 1962, proferida por la Sala en el ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero promovido por Alfredo Perea contra la Nación, no se accede a revocar el auto suplicado por medio del cual el Magistrado sustanciador comisiona al Juez Civil del Circuito de Bogotá para que practique una inspección ocular.—Magistrado ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo 718

Páginas

Responsabilidad extracontractual.—Grave siniestro al chocar una locomotora con un automotor de gasolina.—¿A quién se debe demandar, a la Nación o a los Ferrocarriles Nacionales?—Cuál es el Juez competente.—Sucesión procesal.—Jurisprudencia de la Corte sobre estos temas.—Examen de pruebas en procesos reconstruídos.—Culpabilidad del maquinista y responsabilidad de la entidad demandada.—Por sentencia de 16 de marzo de 1962, se condena a la Nación, como sucesora legal del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, a pagar los perjuicios morales y materiales ocasionados en accidente ferroviario a Alberto Espinel Rodríguez y otros. Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau 721

Culpa contractual y extracontractual.—Concurrencia de culpas.—Reclamación por la muerte de un joven y la destrucción de un camión en el siniestro de Cali.—Contrato de transporte.—Actividades peligrosas y presunción de culpa.—Criterio para determinar el lucro cesante.—La culpa de la víctima fue concurrente con la del Estado.—Perjuicios sufridos por una persona a causa de la muerte de otra.—Prueba pericial.—Por sentencia de 29 de marzo de 1962, proferida en el ordinario sobre indemnización de perjuicios morales y materiales promovido ante el Tribunal Superior de Bogotá por Arturo Roberto Morales Irreño y otra contra la Nación, se hacen algunas de las condenas solicitadas en la demanda.—Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña 731

Corrección de la demanda.—Excepción de pleito pendiente.—Se resuelve el recurso interpuesto por el Ministerio Público contra un auto recaído en juicio ordinario sobre propiedad del subsuelo petrolífero.—Por providencia de 12 de abril de 1962, no se repone el auto admisorio de la corrección de la demanda ordinaria sobre dominio del subsuelo petrolífero, formulada por Julio Vergara Méndez y otra contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña 743

Inspección ocular.—Prueba pericial.—Invalidez parcial del dictamen pericial en este juicio ordinario de petróleo.—Inspección ocular y prueba pericial.—Ampliación de la materia de la diligencia.—Oportunidad y conducencia de las pruebas.—Identificación de mercedes coloniales.—Por sentencia de 12 de abril de 1962, proferida en el ordinario promovido por Julio E. Caicedo contra la Nación, se absuelve a la demandada de los cargos de la demanda. Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña 745

Dominio del subsuelo petrolífero.—No se demostró que los terrenos litigiosos hubieran salido del patrimonio nacional en virtud de las mercedes de tierras de que hablan los títulos antiguos que se presentaron.—Grave deficiencia en la inspección ocular.—Vaguedad y falta de fundamento en la peritación.—Por sentencia de 12 de abril de 1962, proferida en el ordinario promovido por "Intercaribean Company S. A." contra la Nación, se absuelve a la demandada de los cargos formulados en el libelo.—Magistrado ponente, doctor Luis Carlos Zambrano 760

Pruebas presentadas en la diligencia de inspección ocular.—En este juicio ordinario de petróleos, la parte actora no demostró los hechos fundamentales de la acción ejercitada.—Oportunidad procesal de pedir y de practicar pruebas en juicio ordinario.—Pruebas allegadas durante la diligencia de inspección ocular. Por sentencia de 14 de abril de 1962, proferida en el ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero adelantado por Margarita Camargo viuda de Becerra contra la Nación, se absuelve a la demandada de los cargos formulados en el libelo.—Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña 771

Términos judiciales.—Restitución de términos. En qué momento comienzan a correr.—Oportunidad procesal de solicitar la restitución. Efecto de las equivocaciones secretariales en el cómputo de los términos.—Por providencia de 24 de abril de 1962, proferida en el ordinario sobre responsabilidad civil extracontractual promovido por Emilio Cárdenas y otra contra la Nación, se confirma el auto por medio del cual se negó la restitución de términos pedida.—Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña 775

Notificaciones.—Cómo se surte la del auto que concede apelación de la providencia que deniega el mandamiento de pago en juicio ejecutivo.—Por providencia de 27 de abril de 1962, la Sala se abstiene de decidir la apelación concedida contra el auto por medio del cual no se accedió a decretar el mandamiento

Páginas

de pago ejecutivo que, contra el señor Carlos Silva Reinel, solicitó el Departamento del Valle del Cauca.—Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau 777

Devolución de expedientes.—Se resuelve el recurso formulado contra el auto que impuso una sanción por demora en la devolución de un expediente.—Imposibilidad derivada de fuerza mayor o caso fortuito.—Por providencia de 28 de abril de 1962, proferida en el ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero adelantado por los Municipios de San Juan de Nepomuceno y San Jacinto contra la Nación, se confirma el auto suplicado por medio del cual se sanciona con una multa al apoderado de los actores por la no devolución del expediente, y se ordena requerirlo nuevamente para que devuelva el negocio.—Magistrado ponente, doctor Efrén Osejo Peña 778

Páginas

Caducidad de la instancia.—Devolución de expedientes.—Retención indebida de los autos por el apoderado de la parte demandante en el presente juicio contra la Nación.—Paralización del proceso durante varios años por esta causa.—Interpretación del artículo 364 del Código Judicial en orden a fijar su verdadero alcance.—Por providencia de 30 de abril de 1962, proferida en el ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero promovido por Carlos Maldonado y otros contra la Nación, no se accede a declarar la caducidad de la instancia y se ordena requerir al actor para que devuelva el expediente ameritado.—Magistrado ponente, doctor Ramiro Araújo Grau ... 780

Otras sentencias no publicadas 782

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: Dr. LUIS IGNACIO SEGURA A.
RELATOR DE LA CORTE

TOMO XCVIII BOGOTA – 1962 NUMERO 2255

EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL PRESENTE TOMO XCVIII (Nos. 2251 a 2254, ENERO, FEBRERO, MARZO Y ABRIL DE 1962) DE LA "GACETA JUDICIAL"

A

1

ABOGADOS

(Faltas contra la ética profesional).
Ley 69 de 1945.

El prestar la firma a una persona que no reúna los requisitos exigidos por la ley para ejercer la profesión de abogado, constituye un procedimiento censurable y merecedor de sanciones disciplinarias. (Casación Penal. 30 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 548, 2ª.

2

ABOGADOS

(Sanciones disciplinarias).
Ley 69 de 1945.

Ha expresado la Corte en reiteradas oportunidades, con respecto a la aplicación de sanciones disciplinarias por faltas contra la ética y la moral profesional de que trata la Ley 69 de 1945, ser requisito indispensable, que el sujeto activo de faltas de tal naturaleza tenga acreditada, en forma adecuada, la calidad de abogado en ejercicio, ya que no es posible juzgar a una persona por actos inherentes a profesión a la cual no pertenece. (Casación Penal. 20 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 470, 1ª.

3

ACLARACION DE SENTENCIAS

Artículo 482 del Código Judicial.

El artículo 482 del Código Judicial autoriza a los jueces para aclarar de oficio o a instancia de parte los conceptos o frases de una sentencia que "ofrezcan verdadero motivo de duda". La inteligencia y aplicación de este precepto comportan: a) Que se trate de una sentencia y no de un auto sin fuerza de sentencia. b) Que el motivo de duda de los conceptos o frases sea verdadero y no simplemente aparente. c) Que dicho motivo de

duda sea apreciado y calificado por el Juez y no por la parte que pide la aclaración, desde luego que es aquél y no ésta quien debe explicar y fijar el sentido de lo expuesto y resuelto en el fallo. d) Que la aclaración incida en las resultas de la sentencia y que no se trate de explicar puntos meramente académicos o especulativos, sin influjo en la decisión. e) Que el solicitante de la aclaración señale de manera concreta los conceptos o frases que considera oscuros, ambiguos o dudosos. f) Que con la aclaración no se pretenda ni se llegue a modificar, alterar o reformar lo decidido en la sentencia. g) Que la aclaración no tenga por objeto renovar la controversia sobre la legalidad o juridicidad de las cuestiones resueltas en el fallo, ni buscar explicaciones sobre el modo de cumplirlo. (Casación Civil. Enero 23 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 5, 2ª y 6, 1ª.

4

ACTO SUBVERSIVO

Generalmente se entiende por acto subversivo el que tiende a trastornar o destruír el orden público, referido al régimen constitucional y a la seguridad del Estado. Dentro de esta clase de actos están comprendidos, por ejemplo, la rebelión, la sedición y la asonada, erigidos en delitos por el derecho positivo colombiano. (Casación Laboral. Febrero 20 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 243, 1ª y 2ª.

5

ACUMULACION DE ACCIONES

(De reconocimiento de la condición hereditaria y de petición de herencia).

Artículo 1321 del Código Civil. Artículo 209 del Código Judicial.

La acción de petición de herencia supone la discusión de la calidad de heredero, que las partes controvierten en el juicio para obtener la universalidad del patrimonio o una cuota de esa universalidad. Por modo tal van enlazadas las acciones de reconocimiento de la condición hereditaria y la de petición de herencia que, si teóricamente puede entenderse su separación, susceptible de concretarse en juicios distintos y sucesivos, en el orden práctico se siguen en uno solo por autorización del artículo 209 del Código de Procedimiento Civil y por razón de economía procesal. No se ve la utilidad en dividir la continencia de la causa, si en un solo juicio, sin violación de norma legal alguna, pueden resolverse las cuestiones litigiosas. (Casación Civil. 28 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 359, 1ª.

6

AGENCIA OFICIOSA

(Requisitos para la validez de la actuación).

Artículo 270 del Código Judicial.

El artículo 270 del Código Judicial permite promover demanda a nombre de persona de quien no se tenga poder ni facultad para representarla, pero para admitir la correspondiente representación exige que la parte por quien se instaura el juicio ratifique la actuación cumplida dentro del perentorio término de dos meses; y dispone además que la actuación por agencia oficiosa debe suspenderse una vez hecha la notificación de la demanda, norma que no es sino una consecuencia de la falta de personería en el agente oficioso para representar en toda la secuela del proceso la parte en cuyo nombre ha iniciado la acción. Si bien no quiere la ley que una persona pueda verse privada de acciones que la ley misma le otorga para obtener el reconocimiento de un derecho o la efectividad de una obligación, por ausencia o impedimento para hacerlas valer judicialmente, tampoco podría admitir que el juicio se lleve hasta su terminación sin el

consentimiento expreso ni la representación de quien no ha constituído apoderado que asuma su personería. Por eso ordena la suspensión del proceso una vez notificada la demanda, con lo cual priva al juez de competencia para seguir actuando mientras perdure la suspensión, de modo que los actos procesales que se cumplen durante ella son nulos por incompetencia del funcionario que los ejecuta; que es lo que en este caso acontece con la providencia que abrió la causa a pruebas.

Y como, por otra parte, el término de dos meses para que se haga aquella ratificación es perentorio, y una vez expirado sin que se haya cumplido el mencionado requisito queda obligado el agente oficioso al pago de perjuicios, es lo procedente, cuando la mencionada condición queda incumplida, declarar desierta la actuación iniciada debido a la falta de parte con quién continuar el respectivo trámite. (Negocios Generales. Febrero 13 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 271, 2ª y 272, 1ª.

7

AGENTES VENDEDORES

(Coexistencia de contratos).

Un agente vendedor puede ser trabajador dependiente de varios comerciantes, si ejerce personalmente la función, bajo la continuada dependencia de ellos, a vista de lo estatuído en el artículo 98 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el 3º del Decreto 3129 de 1956. (Casación Laboral. Febrero 23 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 259, 2ª.

8

AGENTES VENDEDORES

(Dependencia del patrono).

Artículo 23, numeral 1º, literal b), del Código Sustantivo del Trabajo.

En relación con el agente viajero o el simple agente vendedor, la dependencia no opera de la misma manera que respecto de trabajadores con sede fija, bajo el control y vigilancia del patrono. (Casación Laboral. Febrero 28 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 258, 1ª.

9

AMNISTIA E INDULTO

(Naturaleza legal de estos beneficios).

Artículo 4º del Decreto 1823 de 1954.

En esta materia de la amnistía, para su concesión o rechazo, es menester ceñirse estrictamente a los decretos que definen cuáles son los delitos que autorizan el beneficio, su naturaleza y los límites que tienen, los mismos que están determinados y circunscritos por los términos que emplea el legislador, si se quiere mucho más amplios que los que pudieran contener definiciones puramente doctrinarias o académicas, de contenido indudablemente más restrictivo en cuanto al significado y alcance de los ilícitos políticos que beneficia la amnistía, tal como los contempla la doctrina tradicional.

Para lo anterior es conveniente recurrir a ciertas definiciones que aclaren el problema. En efecto, qué significa atrocidad y qué alcance tiene el concepto que prevé el decreto sobre extrema insensibilidad moral.

Atroz, del latín **atrox**, gramaticalmente significa en su primera acepción, según el diccionario de la Real Academia: "fiero, cruel, inhumano"; y atrocidad, del latín **atrocitas-atis,** en su primera y segunda acepción "crueldad grande y exceso, demasía".

Si se parte de las anteriores definiciones, a fin de examinar un determinado caso, es conveniente advertir que como el Decreto 1823 de 1954 en su artículo 4º faculta a una amnistía o indulto condicionados, puesto que previene que esos beneficios, "no se extenderán a los delitos cuyos caracteres de

atrocidad revelan una extrema insensibilidad moral" en quienes los ejecutan, es manifiesto que esa condición debe ser valorada en cada ocurrencia, con sujeción tanto al significado propio de los términos que emplea la ley como a las circunstancias probatorias que permitan darles tal carácter, pues siendo ello una apreciación subjetiva en lo que concierne a la atrocidad revelante de insensibilidad moral en los delincuentes, que corresponde valorarla al Juez, los elementos probatorios por ser cuestiones de hecho necesariamente deben corresponder a aquella valoración, para armonizar esos conceptos subjetivos y objetivos, a fin de que conduzcan a aproximar todo lo posible a la realidad jurídica aquel criterio, de modo que permita una decisión con rigurosa sujeción a los presupuestos invocados para el otorgamiento de la gracia.

En caso semejante, esta misma Sala de la Corte expresó que el propósito del decreto de amnistía fue sin duda extender el beneficio a muchas ocurrencias que no podrían acogerse a él si se aplica para apreciarlas un criterio restrictivo y que las circunstancias de su extensión y aplicabilidad por estar condicionadas a determinados requisitos, éstos deben analizarse detenidamente. (Casación Penal. 5 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 398, 2ª y 399, 1ª.

10

ANALOGIA

(Como principio para aplicar la ley).

Artículo 8º de la Ley 153 de 1887.

El principio de la analogía o argumento **a simili** consagrado en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, supone estas condiciones ineludibles: a) Que no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido; b) Que la especie legislada sea semejante a la especie carente de norma, y c) Que exista la misma razón para aplicar a la última el precepto estatuído respecto de la primera: **Ubi eadem legis ratio ibi eadem legis dispositio.**

Destacando el último de los presupuestos anotados, dice un crítico en la materia: El argumento **a simili** "consiste en aplicar a un caso no previsto la regla establecida para otro caso semejante, **porque la razón para decidir es una misma**... En todo caso se necesita, como se ve, que haya fundamento **para razonar de una misma manera** en ambos casos, o sea que exista un mismo motivo de decisión... El argumento **a simili** no podría invocarse, si los dos casos que tiende a hacer juzgar de una misma manera, perteneciesen cada uno a un orden de cosas diferentes". (H. de Saint Albin, Lógica Judicial, traducción de Concha, 2ª Edic., pág. 347 ss.). (Casación Civil. Enero 30 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 23, 1ª y 2ª.

11

APLICABILIDAD

(Del Código Civil y del Código de Comercio).

Artículos 1º y 182 del Código de Comercio.

En el caso de autos, son de preferente aplicación las disposiciones del Código de Comercio, pues, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º del mismo, ellas "rigen de preferencia en los asuntos mercantiles, y se aplicarán exclusivamente siempre que resuelvan con claridad las cuestiones de comercio que se promuevan", y sólo para los casos no previstos, o que no puedan decidirse por analogía con las normas de él, permite aplicar las del Código Civil. Y el artículo 182, ibídem, remite a las disposiciones del Código Civil en lo tocante "a la formación de los contratos y obligaciones, sus efectos, interpretación, modos de extinguirse y anularse o rescindirse y su prueba" salvo las particularidades del Código de Comercio. (Casación Civil. Enero 30 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 30, 2ª.

12

APODERADOS Y DEFENSORES

(Intereses contrapuestos).

Artículo 26 de la Constitución Nacional. Artículos 109 y 432 del Código de Procedimiento Penal.

En materia penal no siempre los intereses de los varios procesados que concurran pueden tomarse como solidarios y en esta suerte pretender que lo que se diga en torno a uno de ellos tenga que comprender a los demás, precisamente porque, en este campo, la responsabilidad es absolutamente individual y, por lo mismo, la defensa, como la posición del procesado durante el curso del juicio, tienen que ser, a su vez, individuales.

Esa individualidad en la defensa y en la posición del reo hacen imposible que un solo defensor pueda asistir, en un mismo juicio, a procesados de intereses contrapuestos, los cuales, al entrar en conflicto como consecuencia lógica de su particular tutela, en la hipótesis de defensor único, harían nugatorio ese derecho con respecto al conjunto de aquellos intereses para determinar, dentro de esas condiciones, la inexorable violación del artículo 26 de la Constitución Nacional.

Ahora bien: en este proceso los intereses de los acusados aparecen como absolutamente contrapuestos, en orden a que en tanto que un grupo de testigos señala al primero de ellos como autor del disparo que segó la vida humana de que dan cuenta los autos, otro grupo, con igual firmeza, sostiene que fue el segundo de aquellos dos sujetos. (Casación Penal. 9 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 494, 1ª y 2ª.

13

ASESINATO

(En estado de ira e intenso dolor).

Artículo 363, numerales 5º y 6º, del Código Penal.

No porque el agente del delito ejecute el hecho en un estado de emoción violenta, en un raptus de ira o bajo la presión psíquica del intenso dolor se anula la agravación del homicidio. Hay entre las circunstancias que enuncia el artículo 363 del Código Penal muchas que tienen un contenido objetivo, como son la 5ª y 6ª en que el motivo determinante no anula la calificación del ilícito, salvo que se esté ante casos que de modo expreso, en otras disposiciones haya consagrado la ley, lo que ocurre, por ejemplo, en el homicidio piadoso, el infanticidio honoris causa o el homicidio consentido. (Casación Penal. Enero 31 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 79, 2ª.

14

ASESINATO

(Por causa de la indefensión o inferioridad de la víctima).

Artículo 363, numeral 5º, del Código Penal.

El numeral 5º del artículo 363, es como sigue:

"5º Con cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, como la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento".

Tres principales tendencias ha seguido la interpretación de este texto del estatuto penal, las que se pueden conjugar en estos interrogantes:

a) ¿Las circunstancias que señala el ordinal transcrito necesitan para darle categoría de homicidio agravado al hecho haber sido puestas por el agente?

b) ¿Podrá considerarse que esas circunstancias puedan ser de cualquier índole, o de modo necesario es preciso que sea una de las previstas en el mismo ordinal, esto es, la insidia, la asechanza, la alevosía o el envenenamiento?

c) ¿Dichas circunstancias pueden presentarse fortuita o casualmente y sean entonces aprovechadas por el agente para consumar el delito?

Al interrogante planteado en primer término se da respuesta por los intérpretes con la contestación de que al emplear el texto la expresión "ponga a la víctima en condiciones de indefensión", se quiere significar con ello que debe haber por parte del agente algo preordenado al delito, que surja por obra del mismo o de la actividad de un tercero, de lo cual aquél se aprovecha para conseguir el menor riesgo y asegurar el golpe.

En cuanto al segundo de los interrogantes propuestos, él ha servido para que se elabore la doctrina de que la sola indefensión o inferioridad de la víctima no es suficiente para que se le dé al homicidio la categoría de asesinato, pues es menester para que ello ocurra que esas dos condiciones, diversas entre sí, ya que el Código emplea la disyuntiva "o" para separarlas a fin de conjugar dos modalidades distintas de ejecución, las cuales deben estar comprendidas entre las que de modo taxativo enumera el mismo ordinal, que no son meramente enunciativas, esto es la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento.

A juzgar por la cita que hace la demanda del distinguido penalista, doctor Luis Carlos Pérez, este autor se pronuncia por la tesis de que "las formas de insidia a que se refiere el numeral 5º, son las que el agente procura o busca, aquellas que calculadamente ha hecho propicias para sorprender a la víctima". Este mismo tratadista califica de "equivocada" la jurisprudencia de la Corte, que se sintetiza en el siguiente concepto con referencia expresa al ordinal 5º en cuestión: "lo esencial es que sorprenda a la víctima en estado de indefensión y que esa circunstancia sea aprovechada por el delincuente".

Según lo anterior, las solas circunstancias de inferioridad o indefensión no son bastantes para darle categoría de asesinato al homicidio.

Aunque la demanda invoca también el criterio de otro distinguido penalista, el doctor Jorge E. Gutiérrez Anzola, afirmando que es favorable a su tesis sobre las pretensiones del recurso, los siguientes apartes que comentan el ordinal 5º del artículo 363, fijan el criterio del mencionado autor, que no armonizan exactamente con el parecer del demandante:

"La forma empleada por esta norma indica que cualquiera que sea el medio usado para poner a la víctima en condiciones de indefensión e inferioridad, convierte en asesino al delincuente. Por vía enunciativa, el Código se refiere a las siguientes posibilidades que implican poner a la víctima en condiciones de inferioridad o indefensión: la insidia, la asechanza, la alevosía y el envenenamiento. Procede entonces el estudio de esos fenómenos pues el significado de cada uno de ellos es diverso y hay que desentrañar su verdadero sentido jurídico: En la crítica hecha al numeral de la premeditación, se dejaron establecidas en forma diáfana las razones por las cuales se debía desechar tal agravante. Ahora, en la exégesis de los numerales 5º y 6º que veremos a continuación se comprueban aquellos argumentos, dándoles una base objetiva.

"En efecto, los numerales 5º y 6º del artículo 363 contemplan los diferentes modos de ejecución del homicidio que demuestran una personalidad cobarde y peligrosa. Esas circunstancias son las que hacen verdaderamente ominosa la acción del matador. Por la elaboración física que requieren para ser usadas eficazmente necesitan ser acogidas, fenómeno de selección que implica el juicio intelectual. Esta reflexión en la escogencia de los medios indica peligrosidad del agente; y aun en el caso de que esa selección la haga un impulsivo, sin meditar claramente sobre aquella actitud, sino más bien reaccionando en forma apasionada e intempestiva, no se atenúa su peligrosidad ni se aminora su cobardía. El hecho objetivo y

material de usar los medios insidiosos de los numerales 5º y 6º, indica de por sí una excepcional peligrosidad en el agente.

"Para que las circunstancias de los numerales citados sean consideradas agravantes, no es necesario que físicamente sean preordenadas por el delincuente. La peligrosidad radica en el **aprovechamiento** ocasional o premeditado de tales circunstancias. Igualmente no importa que la circunstancia **aprovechada** por el autor, ocasional o premeditada, esté constituída por la acción positiva de éste, quien ordena todos los actos materiales o morales a fin de conseguirla, sino que puede ser condición residente en la propia víctima, circunstancia de inferioridad aprovechada intencional y malévolamente". (**Delitos contra la vida e integridad personal**, págs. 72 y 73).

Tal vez podría explicarse la discrepancia de opiniones en cuanto a las modalidades que ofrece el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal, para elevar el homicidio a la categoría de asesinato si se tiene en cuenta que también en el seno de la Comisión redactora del estatuto vigente, tales discrepancias se presentaron entre los miembros de la misma al elaborar el proyecto que vino a ser la Ley 95 de 1936.

En efecto, el doctor Carlos Lozano y Lozano, al hacer referencia con amplitud a las dificultades para estructurar una norma semejante, pues el hecho "de haberse adoptado esas circunstancias para todos los delitos, lleva la dificultad de hacerlos encajar en el delito de homicidio", y como "lo que sí debe merecer la atención de la ley es la aplicación del propósito criminoso a la escogencia cautelosa de los medios eficaces para realizar el delito con el mínimo de peligro para el agente y el máximo de indefensión para la víctima", y después de referirse a estos medios, en amplia exposición, en síntesis de sus puntos de vista, presenta la siguiente fórmula que contiene algunas de las varias circunstancias que agravan el homicidio y le dan el carácter de asesinato:

"La insidia y la asechanza, o sea los procedimientos morales y materiales, tendientes a sorprender descuidada a la víctima y colocarla en condiciones de indefensión. El envenenamiento se considera como forma insidiosa de homicidio".

Distinto fue el criterio del doctor Parmenio Cárdenas, en referencia al ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal, para el cual propuso a la discusión este texto:

"Con el concurso de algunas de las circunstancias indicadas en los numerales 6º, 7º, 8º y 10º del artículo 39", esto es, el que corresponde en la numeración del estatuto vigente al artículo 37 de la Parte General que reglamenta las circunstancias de mayor peligrosidad. Se comprende de esta suerte que el citado vocal de la Comisión lo que pretendía con su fórmula no consistía en otra cosa que a cada una de aquellas circunstancias, cuando no fueran constitutivas de mayor peligrosidad, debería dárseles capacidad suficiente para elevar el homicidio a la más alta categoría de dolo, como es la del asesinato.

Por su parte, el doctor Rafael Escallón propuso esta otra fórmula:

"Artículo. Hay circunstancias de asesinato cuando habiendo precedido una preparación ponderada del hecho, concurren además alguna o algunas de las circunstancias siguientes:

"1ª Sobre seguro o a traición o alevosía.

"2ª Con sevicia".

La anterior fórmula fue presentada por el doctor Escallón, consecuente con las ideas expuestas en sesiones anteriores "encaminadas a la demostración de la tesis de que el asesinato no debe contemplarse como un fenómeno jurídico separado de la figura del homicidio, y también con el anhelo de armonizar las distintas opiniones expuestas en la discusión, sobre todo la del doctor Lozano, que enfoca el problema de la premeditación

de modo principal en la circunstancia de colocar el agente a la víctima en condiciones de inferioridad, presenta la siguiente fórmula, como ordinal 5º del artículo 2º de este Capítulo del Homicidio:

"5º Con cualquier circunstancia preordenada del delito, que ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inseguridad, como la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento".

De las transcripciones anteriores resultan notorias las discrepancias entre los autores del proyecto del Código Penal, en orden a señalar las modalidades del ordinal 5º del artículo 363. Este texto fue aprobado por mayoría en el seno de la Comisión, contra el parecer del doctor Cárdenas. Pero como éste hacía parte del Congreso, cuando se discutió el proyecto en el Senado, se opuso a que fuera adoptado en su forma original, hasta lograr que privara su criterio y a dicho ordinal le fuera suprimido el concepto de que dichas circunstancias tuvieran el carácter de "preordenadas al delito", uno de los puntos en que se manifestó con mayor energía la discrepancia entre los miembros de la Comisión.

De donde se concluye, de conformidad con una interpretación histórica de dicho texto, la razón de la Corte cuando en reciente jurisprudencia afirma: "que la mencionada circunstancia de asesinato abarca también los casos en que el delincuente 'sorprende descuidada e indefensa a la víctima, sin que hubiese tenido tiempo ni oportunidad de la menor ordenación de los medios o forma de ejecución del delito', tal como lo sostuvo el doctor Cárdenas".

Ya desde el año de 1943 la Corte, en sentencia de 9 de febrero del citado año, **Gaceta Judicial** números 1993 a 1995, página 90, sentó la siguiente doctrina:

"No exige la ley para la existencia de asesinato, de actos insidiosos de parte del homicida a fin de engañar a la víctima y llevarla desprevenida al sacrificio, con seguridad y sin peligro para el acusado.

"Siempre se ha considerado asesinato el homicidio con carácter de gravedad por la cobardía, la perversidad, el poco riesgo que corra el delincuente a causa de la inferioridad o indefensión en que se encuentre la víctima. Y así hay muchos casos en que existe esta excepcional gravedad sin que de parte del acusado se haya acudido a la insidia para eliminar al ofendido, como cuando se sorprende dormido al enemigo y se le da muerte, o se asecha o ultima en una emboscada, o se coloca veneno en sus alimentos.

"Lo esencial en todos estos casos es que se sorprenda indefensa a la víctima y que el agresor se aproveche de esa indefensión, con cobardía o deslealtad de su parte y una notable inferioridad en el sujeto pasivo del delito. Si el legislador hubiese pensado en exigir una serie de actos pérfidos de parte del acusado, tendientes a obtener la indefensión o inseguridad de la víctima, no habría puesto como ejemplo el homicidio por medio del veneno o con alevosía, ya que ocurren muchos casos en que se asegura el golpe sin haberle fingido a la víctima amistad, sin haberla engañado con artimaña alguna capaz de obtener la indefensión".

La misma Corte ha ratificado igual jurisprudencia en las sentencias de 5 de marzo de 1947, **Gaceta Judicial**, tomo LXII, números 2050-51, página 769; 28 de enero de 1953, **Gaceta Judicial**, tomo LXXIV, páginas 180-1; 7 de febrero de 1955, tomo LXXIX, número 2150, páginas 581-2, y 16 de diciembre de 1957, **Gaceta Judicial**, tomo LXXXVI, números 2186 a 2191, páginas 687-8.

Procede la Sala a transcribir, cuando menos, las tres últimas doctrinas mencionadas:

"En efecto, los fenómenos de la indefensión o inferioridad no es posible juzgarlos independientemente de las condiciones en que el hecho se cumple. Bien puede ejecutarse éste cuando el agente, conociéndolas,

se aprovecha de ellas para la ejecución del delito con las mejores condiciones para su propia seguridad personal, o cuando circunstancialmente, esto es, en forma no preordenada, aprovecha la ocasión que le depara la certeza de que la víctima se encuentra desprevenida o indefensa, y así asesta un golpe mortal o la lesión personal, ocultando la intención, fingiendo amistad a otro, de cualquier modo que implique deslealtad o forma artera en la ejecución del delito. De aquí que pueda afirmarse que la indefensión o la inferioridad del agente pasivo constituyen casi siempre alguna forma de insidia, de alevosía o asechanza, entendiendo por cada una de estas modalidades que al obrar de esta suerte, el delincuente lo hace con la certidumbre de que su víctima no podrá oponer ningún género de resistencia al proditorio designio de vulnerarlo con el mínimo de riesgo para el agresor.

"Como lo dijo la Corte: El artículo 363 del Código Penal en su numeral 5º sólo determina algunas de las condiciones en las cuales se pueda colocar a la víctima en estado de indefensión o inferioridad; pero estas circunstancias (insidia, asechanza, alevosía, envenenamiento) no tienen el carácter de taxativas, sino de enumerativas, y el juzgador goza de la amplitud necesaria para asignarle esa cualidad a cualquiera otra condición similar que coloque a la víctima en situación de indefensión o inseguridad". (Sentencia de 28 de enero de 1953).

Dijo así la Corte en sentencia de 7 de febrero de 1955:

"Todas las formas dolosas y cobardes de cometer homicidio y lesiones personales con un mínimo de peligro para el agresor y un máximo de indefensión para la víctima, quedan comprendidas en la circunstancia calificante de la **alevosía.** Este vocablo tiene hoy en la doctrina un sentido amplísimo, equivalente a sorprender al ofendido descuidado e indefenso, para darle el golpe con conocimiento o apreciación, por parte del agente, de esas condiciones de impotencia en que se halla el sujeto pasivo del delito. La alevosía tiene, pues, un contenido objetivo y subjetivo, sin que sea de su esencia la premeditación. La dicha agravante se traduce generalmente en la ocultación moral y en la ocultación física. La primera, cuando el delincuente le simula a la víctima sentimientos amistosos que no existen o cuando le disimula un estado de alma rencoroso. La ocultación física, cuando se esconde a la vista del atacado, o se vale de las desfavorables circunstancias de desprevención en que se encuentra.

"El estado de indefensión de la víctima puede, por lo tanto, ser creado de antemano por el agresor, o puede no serlo, como en la hipótesis de que vea a aquélla descuidada y se aproveche de esa situación para acometerla pérfidamente. En ambos casos hay alevosía, aunque en el primero, el delincuente revela mayor peligrosidad y debe ser reprimido con más energía al adaptarle la sanción dentro de los límites mínimo y máximo señalados por la respectiva norma penal.

"El artículo 363, ordinal 5º, del estatuto represivo eleva a la categoría de asesinato el homicidio doloso cometido 'con cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, como la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento'.

"Como se ve, el precepto es muy general al configurar 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 muerte. Por lo cual, la insidia, la asechanza, la alevosía o el envenenamiento que allí se mencionan no son sino ejemplos de los modos perversos y desleales como se puede matar a una persona.

"...En síntesis: conforme al ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal, hay asesinato no sólo cuando el delincuente **pone** a la víc-

tima 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".

En fallo de 16 de diciembre de 1957, dijo la Corte:

"Se ha dicho que como este último ordinal se refiere a la circunstancia que 'ponga' a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, es menester que haya sido creada por el victimario; esta interpretación no tiene asidero en la misma redacción, en la letra del artículo; nótese que se exige que medie circunstancia que 'ponga' a la víctima en aquellas condiciones, pero no se dice que el victimario ponga a la víctima dentro de la circunstancia. Y ello es obvio, porque sería inaceptable que, existiendo un estado que por sí mismo coloca a la víctima en condiciones de inferioridad o indefensión, no creado por el victimario, como en el sueño natural, esperado por aquél para matar —ejemplo ya puesto por la Corte en otra ocasión—, no se considerara el hecho como asesinato sino como homicidio simplemente voluntario, agravado con la circunstancia de mayor peligrosidad de que trata el artículo 37 del Código Penal. Como se echa de ver, por la redacción y el sentido, tanto del artículo últimamente citado, como de aquel con que se le compara, o sea, el 363, no surge el que, necesariamente, la circunstancia desfavorable a la víctima —artículo 37— o la circunstancia que ponga a la víctima en estado de inferioridad o de indefensión —artículo 363—, sean creadas por el agente. Lo esencial es que exista el estado de inferioridad o de indefensión y que el agresor proceda no obstante dicho estado precisamente, con cobardía de su parte, dada la superioridad sobre la notable inferioridad o la indefensión en que se encuentra la víctima, aun por causa independiente de la acción directa del mismo agresor".

De lo anterior se concluye que dentro de la doctrina y la jurisprudencia la circunstancia 5ª del artículo 363 del Código Penal, debe tomarse como una modalidad de asesinato, en que la indefensión o inferioridad de la víctima puede presentarse como fortuita u ocasional, siempre que sea aprovechada por el agente para consumar el delito sin el menor riesgo para él, ya que las formas que puede revestir esa inferioridad o indefensión en el dicho ordinal no son taxativas y sí meramente enunciativas. Así lo proclama, a mayor abundamiento, la expresión que emplea el texto "cualquier circunstancia", que gramaticalmente significa en alguna de sus acepciones, "sea cual fuere". De esta suerte, sea cual fuere la clase de indefensión o inferioridad en que la víctima estuviere colocada en el momento de cometerse el homicidio, su simple aprovechamiento por el agente implica asesinato. (Casación Penal. Febrero 6 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 95, 2ª a 99, 1ª.

15

ASESINATO ATENUADO

Artículos 363 y 28 del Código Penal.

Si se tienen en consideración el alcance general del artículo 28 y las modalidades específicas de agravación señaladas en el artículo 363, resulta que los preceptos enunciados no son incompatibles y que bien pueden concurrir en determinados eventos. El dolo de ímpetu no anularía las secuelas jurídicas estatuídas por la ley para cuando la acción homicida recae sobre persona cuya inferioridad personal es manifiesta (un infante, un inválido, etc.), o cuando existe una especial relación prevista expresamente —caso del parricidio— o cuando recurre el agente a medios que colocan a la víctima en manifiestas condiciones de indefensión.

La Corte ha mantenido esta doctrina en distintos fallos de casación en los que se ha estudiado el complejo y difícil problema de la atenuación del homicidio asesinato. (Casación Penal. Enero 31 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 79, 2ª.

16

AUTORES Y COMPLICES

(Clasificación).

Artículos 19, 20 y 385 del Código Penal.

Entiende la doctrina que son **autores** todos los que contribuyen eficazmente en la comisión de la conducta punible, con conocimiento y voluntad de perpetrarla (delito intencional); o con un comportamiento negligente o imprudente, sin querer, eso sí, el resultado dañoso (delito culposo). Se les llama **autores materiales,** si físicamente realizan los actos que forman el **iter criminis** de la figura penal. **Autores intelectuales,** si determinan a otro u otros a que físicamente la cometan; mas si éste o éstos apenas actúan como medio material, sin conocer ni querer el fin delictivo, bien puede decirse que el **determinador** realiza la conducta punible a través de quien o quienes no son responsables de ella, tomando, entonces, aquéllos la categoría de **autores mediatos,** en vez de **autores intelectuales. Autores por cooperación,** si prestan un auxilio necesario al cumplimiento del fin delictivo. Si esta ayuda no era necesaria (art. 20), o si el delito es resultado de la conducta de varias personas que toman parte en él, pero sin que sea posible determinar su autor (art. 385), se tiene la **complicidad,** denominándose **correlativa** en la última de las hipótesis. (Casación Penal. 30 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 534, 2ª y 535, 1ª.

B

17

BIENES MOSTRENCOS

(Cómo se adquieren).

Artículo 705 del Código Civil. Artículo 418 de Código Penal.

Por simple ocupación o tenencia no puede un extraño adquirir bienes mostrencos, pues tal conducta acarrea responsabilidad pena y civil, al tenor de los artículos 705 del Código Civil y 418 del Código Penal. (Casación Penal. Febrero 20 de 1962. Tomo XCVIII Números 2251 y 2252). 142, 1ª.

18

BIENES MOSTRENCOS

(Su diferenciación con otras especies similares).

Artículos 704 y 699 del Código Civil.

Toda la argumentación del recurrente se funda en una errada apreciación de lo que son los bienes denominados "mostrencos" y en confundirlos con los llamados **res nulliu** y los **res derelicta,** lo cual es un notori error, pues como lo ha expresado la jurisprudencia de la Corte: "Para que una cos se considere como bien mostrenco, se ne cesita que sea corporal mueble que estuv sometida a dominio particular y que en actualidad se halla involuntariamente aba donada, es decir, sin dueño aparente o c nocido, según la expresión de la ley. I esta manera se diferencia el bien mostren de la **res nullius,** que no pertenece a nad y se adquiere por ocupación, y de la **res d relicta,** que el dueño abandona voluntari mente para que las haga suyas el prim ocupante (art. 699 C. C.). La especie m

trenca tiene un propietario que en ninguna forma ha expresado su voluntad de desprenderse de su dominio y que posiblemente la busca. El artículo 704 del Código Civil se refiere a cosas muebles que el propietario ha perdido involuntariamente y que por su naturaleza o por sus señales o vestigios indique haber estado en dominio anterior, en forma que no puede ser objeto de ocupación jurídica. En presencia de tales cosas reveladoras de dominio anterior y no abandonadas intencionalmente por sus dueños, la ley dispone una serie de procedimientos encaminados a devolverlas a su dueño, ordenando a quien la encuentre o descubra ponerlas a disposición del propietario, si fuere conocido, indagando en el público a quién pertenece, por medio de edictos emplazatorios en que se determinen los bienes con señales inequívocas, y sólo al final de estas inquisiciones dispone reputar tales bienes como mostrencos, para adjudicarlos en tal calidad al Municipio dentro de cuyos términos se encuentren, adjudicación que tiene el carácter de provisional, porque el dueño puede recuperar la especie mientras no haya sido enajenada por el distrito". (Cas. 30 de julio 1942, G. J. LIV, 474).

Por lo tanto, bienes "mostrencos" no son las cosas que no pertenecen a nadie y cuyo dominio puede adquirirse por ocupación, como parece entenderlo el recurrente, sino los bienes muebles o semovientes que en un momento dado se encuentran sin dueño aparente o conocido, pero que por su naturaleza y señales manifiestan haber estado en un dominio anterior, como sucede con los animales domésticos, cuyo dominio conserva su dueño, aunque se encuentren fugitivos y aun cuando hayan entrado en tierras ajenas. (Casación Penal. Febrero 20 de 1962. Tomo CVIII. Números 2251 y 2252). 141, 1ª y 2ª.

C

19

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA

Artículos 364 y 348 del Código Judicial.

Para evitarle los graves efectos de la caducidad de la instancia, el artículo 364 del Código Judicial constriñe al demandante a no dejar pasar un año, contadero desde la notificación del último auto o desde el día de la práctica de la última diligencia, sin hacer alguna gestión por escrito. Pero como de conformidad con el artículo 348 del Código Judicial, los jueces deben adelantar juicios por sí mismos, "con excepción de los casos expresamente señalados en la ley", parecería lógico que el instituto de la caducidad sólo pudiera regir en esos precisos casos excepcionales en que la prosecución del juicio depende de la gestión del demandante, tanto más cuanto que, como es bien sabido, tal instituto fue tomado por el legislador colombiano del derecho procesal español, donde, así como en el italiano y muchos otros, impera el principio dispositivo en punto al impulso procesal. Naturalmente, si esos casos excepcionales a que alude el artículo 348 no existieran, habría que concluír, a fin de no dejar sin vigencia todo un instituto procesal, que al establecerlo el legislador quiso imponer al demandante la carga de no dejar pasar un año sin hacer alguna gestión, o sea, en definitiva, sin recordarle al Juez el cumplimiento de su deber de hacer progresar el proceso. De hecho existen esos casos excepcionales en que el impulso procesal pasa del Juez al demandante, y se anotan por lo menos dos. El primero es el contemplado por el artículo 380 del Código Judicial, según el cual **"a solicitud escrita de parte interesada,** el Juez ordena se requiera a quien ha demorado la devolución de autos" (se ha subrayado), de donde si falta la solicitud el Juez no puede oficiosamente hacer el requerimiento.

El segundo caso surge del artículo 390 del Código Judicial (según quedó modificado por el 3º de la Ley 50 de 1933) que dice: "cuando el superior ante quien se interponga algún recurso no reside en el mismo lugar del inferior, la parte recurrente, si no está exenta por disposición especial, deberá pagar el porte que corresponda al envío y devolución del expediente, y cincuenta centavos más. Este pago se verificará en la Administración de Correos dentro de los ocho días siguientes al del recibo del expediente en dicha oficina. Pasado dicho término sin que se haya pagado el porte, el Juez, **a solicitud de parte,** requerirá al recurrente para que lo verifique dentro de los tres días siguientes..." (se ha subrayado). En consecuencia si quien interpone el recurso es el demandado y no paga oportunamente los portes, el expediente se quedará en la oficina de correos hasta tanto que el demandante pida al Juez que formule requerimiento al dicho demandado.

Habiendo, pues, casos en que el impulso procesal está condicionado a la gestión del demandante, parecería lógico concluír que sólo con relación a ellos podría entrar en juego la caducidad. Sin embargo una sana hermenéutica impone una conclusión distinta. Y es que no resultaría ajustado a la técnica el que el legislador hubiera organizado minuciosamente un instituto procesal para sólo hacerlo regir respecto a dos situaciones por demás excepcionales, y en las que —y esto es fundamental— el beneficio de su alegación vendría a producirse como consecuencia de una conducta culpable e irregular; pues sería el demandado, incumplidor de su obligación de devolver los autos o de pagar los portes, quien se beneficiaría de la caducidad, resultando castigado el demandante por haber sido indulgente respecto a esa situación anormal, creada por su contraparte.

Una tan evidente falta de lealtad procesal, por decir lo menos, no podría quedar vinculada a los fundamentos del ejercicio de un derecho tan importante como el de alegar la caducidad. **"Nemo auditur propriam turpitudinem alegans".** Por consiguiente es preciso concluír que, puesto que el legislador no pudo haber tenido en cuenta las dos situaciones anómalas contempladas por los artículos 380 y 390 del Código Judicial, al consagrar el instituto de la caducidad, quiso imponer al demandante la carga de no dejar pasar un año, contadero como ya se indicó, sin hacer alguna gestión escrita; o sea, que no obstante obligar al Juez en el artículo 348 del Código Judicial a impulsar oficiosamente el proceso, constriñe al demandante a gestionar su prosecución cuando permanece en suspenso por cerca de un año, so pena de que, si deja consumar tal período sin hacer la gestión, se vea sancionado con la caducidad, a petición del demandado. (Negocios Generales. 30 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 780, 2ª y 781, 1ª y 2ª.

20

CAPITAL DE LA EMPRESA

(Su prueba).

Artículo 195 del Código Sustantivo del Trabajo.

Según la demanda inicial la actora prestó servicios a las sociedades demandadas hasta el 15 de enero de 1958, afirmación aceptada por la respuesta a dicha pieza.

Prescribe el artículo 195, en su inciso primero:

"Para los efectos de este Código se entiende por capital de la empresa el valor del patrimonio gravable declarado en el año inmediatamente anterior según prueba que debe presentar el patrono. En caso de no presentarla, se presume que tiene el capital necesario para pagar la totalidad de la prestación demandada".

Habiendo expirado el contrato en 1958, la prueba que del capital ha debido presentar la parte demandada era su declaración de

patrimonio correspondiente a 1957, de acuerdo con la citada norma. (Casación Laboral. 3 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 660, 2ª.

21

CAPITAL DE UNA EMPRESA

(Su prueba).

Artículo 195 del Código Sustantivo del Trabajo.

La simple copia de la declaración de renta no constituye la prueba idónea para establecer el patrimonio gravable de las personas; se requiere, además, la certificación expedida por el funcionario respectivo, de haber sido hallada correcta tal declaración. (Casación Laboral. 24 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 612, 2ª.

22

CASACION

(Error de hecho).

Artículo 520, numeral 1º, del Código Judicial.

Es bien sabido que el error de hecho en la estimación probatoria, para tener entidad en casación, debe ser patente y no sujeto a equívoco o incertidumbre alguna. (Casación Civil. 30 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 378, 2ª.

23

CASACION

(Y la estimación de pruebas hecha por el Tribunal).

El fallo de instancia ingresa al recurso extraordinario amparado por la presunción de que las probanzas fueron bien apreciadas y el derecho correctamente discernido por el sentenciador. Y cuando en concreto el cargo está formulado por quebranto directo o por aplicación indebida de normas sustanciales, escuetamente, ello con toda claridad significa que ante la Corte permanece incólume la cuestión de hecho, en conformidad con el mérito otorgado a los medios probatorios por el Tribunal Superior. (Casación Civil. Enero 29 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 15, 1ª.

24

CASACION

(Su técnica en relación con el error de derecho al examinar las pruebas).

El error de derecho, lo tiene repetido la Corte, ocurre cuando el sentenciador le da a una prueba un valor que no tiene, o le desconoce el que le señala la ley. Por lo mismo, la norma directamente violada es la que fija el alcance o mérito del medio, objeto de la tacha. Por consecuencia de esta infracción medio, se quebrantan las normas sustantivas aplicables al caso **sub judice.** A causa de esta doble violación en el error de derecho, la demanda de casación debe citar, en acatamiento de lo ordenado en el artículo 531 del Código Judicial, las dos especies de preceptos, para que el cargo, siendo fundado, tenga eficacia. (Casación Civil. 27 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 336, 2ª.

25

CASACION

(Su técnica en relación con la violación directa de la ley).

Artículo 520, numeral 1º, del Código Judicial.

Es bien sabido que la tacha por violación directa, en sentido amplio, de la ley sustantiva, nada tiene que ver con cuestiones de

hecho o de índole probatoria, sino exclusivamente con la trasgresión de las normas citadas por el recurrente, partiendo de los hechos tales como los acepta el fallador, para sobre esta premisa, examinar si en realidad las aplicables al caso controvertido las interpretó contrariamente a sus términos o a su espíritu, o si habiéndolas entendido rectamente, hubo una aplicación indebida de ellas.

La impugnación en estudio parte, no de la base de los hechos como los encontró demostrados el Tribunal, sino de que éste se equivocó al dar por establecido el dominio y posesión de la demandada.

No se trata de examinar si las normas sobre tradición y posesión fueron directamente o errónea o indebidamente aplicadas, sino de ver si el Tribunal se equivocó en la apreciación de la prueba aducida para acreditar el derecho impetrado por las partes, que es cuestión tocante con la violación indirecta de la ley como consecuencia de errores de hecho o de derecho en la apreciación de medios probatorios, no con la violación directa propia de la ley sustantiva, que es la causal invocada por el recurrente, lo cual es suficiente para rechazar el cargo. (Casación Civil. 27 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 334, 2ª.

26

CASACION

(Su técnica en relación con la violación indirecta de la ley).

Artículos 520, numeral 1º, y 531 del Código Judicial.

Como los errores evidentes de hecho en la estimación de las pruebas constituyen una violación indirecta de la ley sustantiva, la prosperidad de los cargos al respecto requiere demostrar que son evidentes en los autos, y citar las normas sustanciales que fueron infringidas por el Tribunal a causa de tales errores. La demanda que no llene esta formalidad, ha dicho la Corte, se queda en la mitad del camino. El recurrente se limitó a exponer los siete errores de hecho que dice cometió el Tribunal, en la apreciación de distintas pruebas, pero olvidó, en obedecimiento del artículo 531 del Código Judicial, citar los textos legales de carácter sustantivo que estimara infringidos. No prosperan los cargos. (Casación Civil. 27 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 335, 2ª, y 336, 1ª.

27

CASACION

(Técnica del recurso).

Cuando el fallo traído a casación se remite a varios motivos de eficacia tal que la resolución hubiera podido proferirse con apoyo en uno cualquiera de ellos, sin necesidad del respaldo de los demás, la naturaleza misma del recurso exige, como condición de su viabilidad, que la acusación se realice en cuanto a la totalidad de tales fundamentos, pues uno solo de éstos que se deje sin atacar, aunque los demás resultasen desvirtuados, impone el mantenimiento del pronunciamiento recurrido.

Es exactamente la misma situación que resultaría si, habiendo sido impugnados todos los motivos de la decisión del Tribunal, alguno de ellos, suficiente por sí solo para sostenerla, resistiese a la acusación, pues, como lo tiene dicho la Corte, "cuando la sentencia acusada se basa en varios motivos jurídicos, independientes pero cada uno con fuerza suficiente para sustentar la decisión jurisdiccional, no es difícil descubrir que si la censura en casación es ineficaz para desvirtuar todos los soportes del fallo porque permanece en vigor alguno que le mantiene su firmeza en derecho, el recurso no es susceptible de prosperar aun en el supuesto de que fueran destruídos los motivos restantes.

de la sentencia acusada". (Cas. 6 agosto, 1958, LXXXVIII, 2199-2200, págs. 595 y ss.).

En el presente recurso, la demanda de casación se ha dirigido a acusar la sentencia del Tribunal, únicamente en cuanto no aceptó, como prueba supletoria del dominio de la parte actora sobre el bien raíz de que se trata, unos certificados del Registrador; vale decir que, de los extremos en que se funda el pronunciamiento, sólo se ataca uno de ellos, esto es, el relativo a la carencia de prueba del dominio, pero se deja intacto el otro, o sea el de la falta de identidad entre la finca que se reivindica y la poseída por el demandado.

Así las cosas, aun en la hipótesis de ser fundada la impugnación propuesta, no procedería por sólo ello la invalidación de la sentencia recurrida, pues, subsistiendo en pie como pilar de la misma, con autonomía jurídica suficiente para mantener su firmeza, el argumento del defecto de identidad del bien reivindicado, la Corte no puede oficiosamente penetrar en el examen de este soporte de la decisión.

Lo expuesto es, así, suficiente para desatar el recurso en forma adversa a su autor. (Casación Civil. Enero 24 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 10, 2ª, y 11, 1ª.

28

CASACION

(Cita de disposiciones violadas).

Se limita el impugnador a citar como violadas las disposiciones generales sobre cesantía y vacaciones, aplicables a los trabajadores comunes, y en cambio no cita las disposiciones especiales que rigen las relaciones de los trabajadores de la construcción, que fueron cabalmente las aplicadas por el sentenciador, comoquiera que estimó al trabajador incluído en esta categoría. Así, la proposición jurídica resulta incompleta, y comoquiera que la Corte no puede suplir la deficiencia de la demanda, los cargos que adolecen de este defecto no prosperan. (Casación Laboral. 8 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 570, 1ª y 2ª.

29

CASACION

(Condición para que prospere el recurso).

Para que un cargo prospere en casación se requiere, entre otras cosas, que resulten violados los preceptos legales que inciden en la decisión de derecho contenida en la sentencia recurrida. (Casación Laboral. Enero 24 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 197, 2ª.

30

CASACION

(Técnica de).

Involucrar un ataque por interpretación errónea de la ley con una cuestión probatoria, no es de recibo en casación, según lo tiene sentado la jurisprudencia, así laboral como civil. (Casación Laboral. 16 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 604, 1ª.

31

CASACION

(Técnica de).

Artículo 87, numeral 1º, del Código de Procedimiento Laboral.

El primero de los cargos que hace la demanda se enuncia por "errónea interpretación de la ley, como consecuencia de interpretación errónea de la prueba". El planteamiento es defectuoso, porque el falso entendimiento de la ley es ajeno a toda

consideración sobre la prueba, como lo ha dicho la Corte en jurisprudencia constante e invariable. (Casación Laboral. 14 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 692, 1ª.

32

CASACION

(Técnica de).

Artículo 87, numeral 1º, del Código de Procedimiento Laboral.

Para que la casación sea viable no basta que el fallo incurra en violación de normas reguladoras del juicio, esto es, en vicios de actividad o errores **in procedendo,** sino en quebranto de disposiciones de la ley sustantiva, conforme a lo previsto en el artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, y, además, que las normas acusadas incidan en la resolución de derecho contenida en la sentencia impugnada. (Casación Laboral. 14 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 692, 2ª.

33

CASACION

(Infirmación parcial del fallo).

Como lo ha reiterado la Corte, "cuando hay varios procesados absueltos y uno condenado que recurre en casación invocando como causal el ser la sentencia violatoria de la ley de procedimiento por haberse pronunciado sobre un juicio viciado de nulidad, la infirmación del fallo debe ser parcial y no total, porque la anulación del proceso no puede perjudicar a los sindicados que no recurrieron en casación y que tienen a su favor la sentencia absolutoria del Tribunal". (Casación, 24 de septiembre de 1938, LXVII, 153). (Casación Penal, 9 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 495, 2ª.

34

CASACION

(Técnica del recurso).

El hecho de que un empleado subalterno, autorizado por su jefe, fuera quien físicamente manejara los caudales, en nada modifica la situación del citado jefe respecto al delito de peculado que se le atribuye, por el cual fue condenado en el fallo materia del recurso en estudio, pues éste era quien "por razón de sus funciones" estaba obligado a mantener bajo custodia y vigilancia, es decir, a guardar los dineros y demás efectos públicos de la oficina. (Casación Penal. 21 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 476, 1ª.

35

CASACION CIVIL

(El error de hecho debe ser evidente).

Artículo 520 del Código Judicial.

Para que el error de hecho en la ponderación de un medio probatorio, pueda tener entidad en el recurso extraordinario debe ser evidente, en el sentido de que el Tribunal, al contemplar la prueba, le haya hecho decir lo que ella no expresa, esto es, atribuídole un significado distinto del que natural y obviamente resulta de su tenor literal, sin que sea preciso recurrir a esfuerzos críticos de inducción o deducción, para captar tal yerro, el que ha de brillar al ojo.

Por lo cual, si el texto de una prueba admite interpretaciones distintas, ninguna de las cuales está plenamente contradicha por otras pruebas del proceso, la preferencia que el juzgador otorgue a cualquiera de esas interpretaciones se ampara en su autonomía y es así intocable en casación. (Casación Civil Enero 30 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 21, 1ª.

36

CASACION CIVIL

(Error de hecho en la valoración de indicios).

Para que en casación valga el cargo de carencia de conexidad entre el hecho indicador y el indicado, es indispensable que no haya ningún nexo o relación entre ellos, lo que sólo ocurre cuando la inferencia indiciaria cumplida por el juzgador es manifiestamente absurda, o sus razonamientos son contrarios a las leyes del orden natural o al sentido común.

La estimación de la mayor o menor fuerza del indicio compete a los jueces de instancia. (Casación Civil. Enero 31 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 39, 1ª y 2ª.

37

CASACION CIVIL

(Error de hecho y falta de estimación de pruebas).

Artículo 520, numeral 1º, del Código Judicial.

No presumiéndose el desconocimiento del proceso por parte del juzgador, el hecho de que éste no se haya referido expresamente a determinada prueba, no implica por sí solo que la haya olvidado, cuando sus conclusiones no repugnan a la situación resultante de la misma prueba. (Casación Civil. Enero 30 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 22, 1ª.

38

CASACION CIVIL

(Inconsonancia entre las peticiones y la sentencia).

Artículo 520, numeral 2º, del Código Judicial.

Para que pueda afirmarse que una sentencia es incongruente, por defecto de proveimiento, es preciso que, de sus términos, dada la materia de que se ocupa y el engranaje entre la parte considerativa y la resolutiva del proveído, quede sin solución la cuestión que se dice pretermitida. Por lo mismo, tratándose de excepciones propuestas, para que el fallo adolezca de insuficiencia, no basta que se haya omitido una decisión especial al respecto, sino que es necesario que, por consecuencia de esta omisión, haya dejado de desatarse alguna de las cuestiones sometidas a controversia. (Casación Civil. Enero 30 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 19, 1ª.

39

CASACION CIVIL

(Su técnica en la formulación de errores de hecho).

Es inadmisible el cargo formulado por errores de hecho en la apreciación "de las pruebas en su conjunto", pues semejante manera general y abstracta de impugnar una sentencia, es contraria a la técnica del recurso de casación. (Casación Civil. Enero 31 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 40, 2ª.

40

CASACION LABORAL

(Aplicación indebida de la ley).

La violación de la ley por el concepto de aplicación indebida se presenta cuando a la situación de hecho establecida en el juicio no se aplica la norma que la regula sino una distinta, o se aplica la pertinente sin hacerla producir todos los efectos queridos por ella. (Casación Laboral. Enero 25 de 1962. Números 2251 y 2252). 202, 1ª.

41

CASACION LABORAL

(Aplicación indebida e interpretación errónea).

Si se acusa una sentencia por errores en la apreciación de ciertas pruebas, no pueden involucrarse en el concepto de violación de la ley, la aplicación indebida y la interpretación errónea, puesto que este último modo de infracción es ajeno a problemas de orden probatorio. (Casación Laboral. Febrero 19 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 238, 1ª.

42

CASACION LABORAL

(Error de derecho).

Artículo 87, numeral 1º, del Código de Procedimiento Laboral.

Como es de general conocimiento, el error de derecho consiste en atribuírle a una prueba un valor que legalmente no le corresponde o en dejar de atribuírle el valor que le asigna la ley. Este concepto implica que el Tribunal haya infringido algún precepto legal que otorga valor definido y concreto a determinados medios probatorios. En tales supuestos, esos preceptos legales se imponen a la apreciación y valoración libre y subjetiva del juzgador, pues representan limitaciones a la soberanía de que éste goza al respecto. Si lo anterior es de ocurrencia ordinaria en tratándose de la estimación probatoria en el juicio civil, resulta de mayor evidencia al hacer aplicación de estos principios en el ámbito del proceso laboral, en donde el juzgador no está sometido a tarifa legal, sinò que se le permite formar su convicción teniendo en cuenta el sistema de la libre apreciación de la prueba, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la misma y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes.

En los juicios del trabajo, representa una limitación a la amplia autonomía del juzgador, el mandato de la ley que exija determinada solemnidad **ad substantiam actus**, en cuyo caso no se podrá admitir la prueba de un hecho por otro medio. De allí que el error de derecho, como medio de impugnar una sentencia en la casación del trabajo, tenga un campo de aplicación muy limitado, como ocurre solamente "cuando se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, pues en este caso no se debe admitir su prueba por otro medio, y también cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo", según las voces del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo. (Casación Laboral. 31 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 644, 1ª y 2ª.

43

CASACION LABORAL

(Errores in procedendo).

Los errores de juicio del fallador, en su actividad **in procedendo**, no inciden en casación, pues la misión de ésta es controlar la guarda de la integridad de la ley sustancial con miras a la unificación de la jurisprudencia. (Casación Laboral. 15 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 596, 1ª.

44

CASACION LABORAL

(Errores o vicios de actividad).

La casación del trabajo, a diferencia d la civil, no acoge las causales por errores

vicios de actividad. De manera que, si por ejemplo, el Tribunal se abstiene de fallar un negocio de su competencia y así lo declara en el fallo, cuestión que toca con uno de los presupuestos procesales, la sentencia de segundo grado, en proceso civil, es acusable mediante el recurso extraordinario (art. 520, numeral 7º). La diversa estructura del recurso en los dos procesos sirve para explicar por qué en materia civil un fallo sobre cuestión meramente procesal puede abrir las puertas al mencionado recurso. (Casación Laboral. 11 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 679, 2ª, y 680, 1ª.

45

CASACION LABORAL

(Infracción directa y compensación).

Saber si hubo o no compensación, es cuestión de hecho, cuyo examen impone el de las pruebas que la acrediten, actividad extraña, según la mecánica del recurso de casación, a la modalidad de infracción directa de la ley. (Casación Laboral. Enero 25 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 202, 1ª.

46

CASACION LABORAL

(Interpretación errónea).

Artículo 87, numeral 1º, del Código de Procedimiento Laboral.

Para que se pueda hablar de interpretación errónea de un texto legal es preciso que la sentencia lo aplique dándole una inteligencia distinta a la que emana de sus términos y del genuino pensamiento que lo inspira, lo que mal puede ocurrir cuando la sentencia no le da aplicación a esa norma legal. (Casación Laboral. Enero 24 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 197, 2ª, y 198, 1ª.

47

CASACION LABORAL

(Interpretación errónea de la ley).

Artículo 87, numeral 1º, del Código de Procedimiento Laboral.

Como tiene definido la jurisprudencia constante de la Corte, la impugnación de una sentencia por el concepto de errónea interpretación de disposiciones legales, configura una violación directa de la ley. En este caso, los hechos se tienen por admitidos tales como los encontró probados el Tribunal, correspondiéndole a la Corte considerar una cuestión puramente legal, cual es la de saber si, en presencia de esos hechos, hubo o no, por parte del sentenciador, quebrantamiento de una o varias disposiciones legales. (Casación Laboral. 24 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 619, 2ª.

48

CASACION LABORAL

(Y nulidades procesales).

Artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral.

El recurso de casación laboral no contempla la oportunidad para subsanar en él deficiencias procesales. (Casación Laboral. Febrero 12 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 221, 2ª.

49

CASACION LABORAL

(Requisitos de la demanda).

Artículo 90 del Código de Procedimiento Laboral.

Es necesario recordar que toda demanda de casación para que sea viable requiere que reúna los requisitos establecidos en el

artículo 90 del Código de Procedimiento Laboral, esto es, la designación de las partes, la indicación de la sentencia impugnada, la relación sintética de los hechos en litigio, la declaración del alcance de la impugnación y la expresión de los motivos de casación.

No debe perderse de vista también que las causales o motivos de casación son inconfundibles pues cada uno tiene características y fisonomía propias. (Casación Laboral. Febrero 19 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 237, 2ª.

50

CASACION LABORAL

(Sentencias que no admiten este recurso).

Artículo 86 del Código de Procedimiento Laboral. Artículo 39 del Decreto 291 de 1957.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 22 del Decreto extraordinario 291 de 1957, los Jueces del Trabajo son competentes para conocer de los negocios a que se refiere el artículo 1º del mismo Decreto, o sea "los conflictos rurales que se susciten entre los propietarios o arrendadores de tierras y los ocupantes de ellas, arrendatarios, aparceros, colonos y similares", a excepción de las controversias que versen sobre propiedad y posesión de los predios rurales, las cuales continúan siendo de competencia de los Jueces Civiles.

El mencionado artículo 22 ordena tramitar aquellos negocios con arreglo a las normas contenidas en el Capítulo XIV del Código Procesal del Trabajo, que trata del procedimiento ordinario.

El artículo 24 establece el recurso de casación para los negocios así tramitados, y al efecto se remite al Capítulo XV del Código Procesal del Trabajo, cuyo artículo 86 en lo pertinente dice:

"**Objeto del recurso de casación. Sentencias susceptibles del recurso**. Con el fin principal de unificar la jurisprudencia nacional del trabajo, habrá lugar al recurso de casación:

"a) Contra las sentencias definitivas dictadas por los Tribunales Seccionales del Trabajo (ahora Tribunales Superiores del Distrito Judicial) en los **juicios ordinarios**..." (Subraya la Sala).

Ahora bien, el Decreto 291 de 1957, aparte de los asuntos sometidos al procedimiento laboral ordinario, consagra, como juicios especiales el "del lanzamiento en predios rústicos" y el "de la restitución en predios rústicos a petición del arrendatario", de la propia manera en que lo hacía el Código Judicial en sus artículos 1103 a 1119, y, como es obvio, señala el correspondiente trámite especial. En lo concerniente a recursos, sólo menciona, respecto de estos dos juicios, el de apelación para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial (artículo 39).

De lo dicho se deduce que las sentencias proferidas en segunda instancia por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en los juicios de lanzamiento o de restitución en predios rústicos, no son susceptibles del recurso de casación. (Casación Laboral. 26 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 624, 1ª y 2ª.

51

CASACION LABORAL

(Su técnica).

Artículo 87, numeral 1º, del Código de Procedimiento Laboral.

La base fundamental del pronunciamiento acusado es el Decreto extraordinario número 2214 de 1956, por el cual se fija el salario mínimo. Y acontece que este precepto para nada lo tiene en cuenta el impugnador, ya que no alude a él, esto es, no dice si fue violado y en qué forma pudo serlo. De modo, pues, que la acusación resulta incomple-

ta, puesto que permanece intacto el soporte principal de la providencia atacada. (Casación Laboral. 5 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 668, 2ª.

52

CASACION LABORAL

(Técnica de la acusación por error de hecho).

Artículo 87, numeral 1º, del Código de Procedimiento Laboral.

Es sabido que cuando el juzgador se basa en un conjunto de medios probatorios, no basta, por vía de error de hecho, atacar algunos de ellos, dejando de lado los otros. Si ello ocurre, el cargo resulta incompleto y por lo tanto inadecuado para demostrar la violación legal. (Casación Laboral. Enero 22 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 194, 1ª.

53

CASACION LABORAL

(Técnica de la acusación por violación directa).

Artículo 87, numeral 1º, del Código de Procedimiento Laboral.

Cuando se aduce violación directa de la ley como motivo de casación, no es permitido entrar a realizar examen probatorio de ninguna naturaleza. (Casación Laboral. Enero 24 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 197, 2ª.

54

CASACION LABORAL

(Técnica de la acusación por violación directa).

Ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia de casación que para que exista infracción directa es necesario que el fallo recurrido contenga ordenaciones contrarias a la disposición legal que se dice violada, independientemente de toda cuestión de hecho. Tal especie de infracción, como ha sido explicado muchas veces por la Corte, se da cuando a un hecho que no se discute se deja de aplicar la norma pertinente, o se aplica el precepto legal a un hecho inexistente, o cuando a un hecho debidamente comprobado no se aplica la disposición que lo regula.

Para que exista infracción directa es necesario que el fallo recurrido en casación, contenga ordenaciones contrarias a la disposición legal que se dice violada, independientemente de toda cuestión de hecho.

Acusar por violación directa de la ley y al mismo tiempo plantear una cuestión probatoria, que no tiene cabida dentro de la modalidad de infracción indicada, implica evidente error de técnica en la formulación del recurso de casación. (Casación Laboral. Enero 22 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 192, 2ª.

55

CASACION LABORAL

(Técnica de la demanda).

Artículo 87, numeral 1º, del Código de Procedimiento Laboral.

La indebida aplicación de la ley, sea directa o indirecta, como su errónea interpretación, son motivos distintos de casación, para cuyo examen se requiere su formulación con la debida separación e independencia. (Casación Laboral. 24 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 621, 2ª.

56

CASACION LABORAL

(Técnica de la demanda).

Uno de los cargos que se hace en la demanda de casación indica como infringidos

los artículos 26 y 27 del Código Sustantivo del Trabajo, normas estas de carácter general directrices de la relación laboral, pero no los concatena con las disposiciones que estatuyen concretamente los derechos individuales de tipo laboral. En estas condiciones el cargo resulta incompleto y, por lo mismo, sin fuerza para desquiciar la decisión recurrida. (Casación Laboral. Febrero 19 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 238, 1ª y 2ª.

57

CASACION LABORAL

(Técnica de la demostración del error de hecho).

Artículo 87, numeral 1º, del Código de Procedimiento Laboral.

De la simple lectura del cargo que se estudia, se comprende que su planteamiento no puede conducir a ningún resultado positivo, pues está estructurado sobre una tesis contradictoria, cual es la de afirmar que el Tribunal incurrió en error de hecho, que no concreta ni precisa, como consecuencia de haber apreciado equivocadamente las pruebas que en él se indican, y, al propio tiempo, por haberlas dejado de apreciar. Las modalidades expresadas suponen una actividad diferente dentro del proceso lógico-jurídico que debe efectuar el sentenciador al proferir su decisión, y según sea uno y otro el defecto de valoración probatoria que se le atribuya, distinto debe ser su ataque en casación, pues cada uno obedece a causas distintas y tiene diversos fundamentos. El defecto anotado imposibilita el examen del cargo, pues no corresponde a la Corte optar entre una u otra de las premisas contrarias en que se sustenta, ya que, por el antagonismo que ellas presentan, se excluyen recíprocamente. (Casación Laboral. 8 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 574, 1ª y 2ª.

58

CASACION LABORAL

(Técnica del recurso).

Es bien sabido que para la viabilidad de un cargo en casación se requiere que el precepto violado incida en la parte resolutiva de la decisión acusada. (Casación Laboral. 5 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 555, 2ª, y 556, 1ª.

59

CASACION LABORAL

(Técnica del recurso).

Es claramente contrario a la técnica del recurso de casación involucrar en un solo cargo aspectos tan distintos como son la interpretación errónea de la ley y el quebranto indirecto de la misma, a través de errores de hecho. (Casación Laboral. Febrero 19 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 232, 2ª.

60

CASACION LABORAL

(Violación directa).

Artículo 87, numeral 1º, del Código de Procedimiento Laboral.

En el presente caso se formula el cargo por violación directa de las normas que señala el recurrente, en cuanto estima que hubo aplicación indebida de las mismas al hacerles producir consecuencias jurídicas contrarias a las que en ellas se contemplan; pero el planteamiento se sustenta sobre la base de discutir y no aceptar los hechos probados que encontró el Tribunal, lo que hace inestimable la acusación. (Casación Laboral. 24 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 618, 2ª, y 619, 1ª.

61

CASACION LABORAL

(Violación directa de la ley).

Artículo 87, numeral 1º, del Código de Procedimiento Laboral.

La infracción directa de la ley, como lo viene enseñando la jurisprudencia de casación desde hace mucho tiempo, consiste en que a un hecho no discutido o claramente demostrado y admitido por el fallador, se deja de aplicar la norma pertinente o se aplica ella a un hecho inexistente, en contra de su texto expreso. De tal manera que el planteamiento de una violación de esta clase, no puede hacerse a través del examen de cuestiones probatorias, tendientes a demostrar que la sentencia acusada dejó de apreciar unas pruebas o estimó equivocadamente otras, lo cual es materia de una modalidad distinta.

Y como en el desarrollo de este cargo, en que se alega violación directa de determinados preceptos legales, el recurrente ataca los soportes probatorios de la sentencia, resulta técnicamente mal formulado, y, por tanto, ineficaz para casarlo. (Casación Laboral. 16 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 601, 2ª.

62

CASACION LABORAL

(Violación directa de la ley).

Ni el **ad quem** ni el **a quo** admitieron que la relación laboral hubiera principiado desde 1943. Luego este hecho discutido en el juicio no puede servir de fundamento al recurrente para configurar el concepto de violación directa de la ley, expuesto en los dos últimos cargos de la demanda de casación. (Casación Laboral. Febrero 19 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 238, 2ª.

63

CASACION LABORAL

(Violación directa y violación indirecta).

Artículo 87, numeral 1º, del Código de Procedimiento Laboral.

Hay violación directa de la ley cuando al hecho probado en el juicio no aplica la sentencia la norma que lo regula. Para su operancia se requiere que la cuestión de hecho resulte de manera clara en el proceso. Si hay necesidad de examinar pruebas para investigar los posibles errores en que haya incurrido la sentencia al valorarlas, sean de hecho o de derecho, se está fuera del campo de la violación directa. En tal evento, la infracción no resulta de la simple confrontación entre el hecho y la norma, sino entre ésta y los errores que al apreciar o dejar de estimar las pruebas sobre existencia o inexistencia del hecho, cometa la sentencia. Esta modalidad de infracción de la ley la ha venido calificando la doctrina de indirecta, pues el error de juicio se produce a través de las dos clases de errores mencionados, de manera que a la violación de la norma se llega como consecuencia del error. En la mecánica del recurso, el error, de hecho o de derecho, es el medio para llegar al desconocimiento del precepto. En cambio, la infracción directa elimina esa operación, pues no toma en cuenta la actividad probatoria del fallador.

Las dos formas de violación de la ley son distintas y, por consiguiente, inconfundibles. Lo cual quiere decir que si a la indirecta la califica de directa el recurrente, la acusación se formula de manera incorrecta, sin que a la Corte le sea permitido corregir la equivocación como lo ha venido sosteniendo tanto la casación civil como la del trabajo. (Casación Laboral. 24 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 623, 1ª y 2ª.

64

CASACION LABORAL

(Violación de medio).

En la casación del trabajo juegan, como violaciones de medio, normas de otros códigos, siempre que incidan en preceptos de la ley laboral. (Casación Laboral. Febrero 28 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 268, 2ª.

65

CASACION PENAL

(Recurso desierto).

Artículo 565 del Código de Procedimiento Penal.

Puesto que la nulidad que se decreta en esta sentencia favorecerá por igual a los tres recurrentes, sin excluír al que no sustentó el recurso, la Sala se abstendrá de declararlo desierto respecto de este último, ya que tal acto no tendría efecto procesal alguno. (Casación Penal. Febrero 8 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 112, 1ª.

66

CASACION PENAL

(Cuándo puede declararse desierto el recurso).

Artículo 565 del Código de Procedimiento Penal.

Esta Sala ha sostenido en numerosas oportunidades, interpretando el artículo 565 del Código de Procedimiento Penal, que autoriza declarar desierto el recurso de casación cuando él no se fundamenta debidamente dentro del término legal, que:

"Cuando el artículo 565 del Código de Procedimiento Penal dice que el recurso debe declararse desierto si no se fundare en la oportunidad legal, no sólo está indicando la ausencia de todo escrito tendiente a respaldar el propósito de impugnación, sino también el caso en que la **demanda** a que se refiere el inciso segundo del artículo 563 ibídem, no indique la manera precisa de los hechos y las razones jurídicas en que se basa el recurrente y que sirvan a la Corte para hacer un estudio concreto de la providencia recurrida en relación con las causales que se invoquen".

Por lo tanto, una demanda carente de los requisitos esenciales de técnica no puede servir para fundamentar el recurso extraordinario de casación y, en consecuencia, la Corte como Tribunal de Casación, sólo está obligada a estudiar las demandas que vengan ajustadas a las condiciones exigidas por la ley.

Es verdad que la Corte, en ciertas ocasiones y a este respecto, ha aplicado un criterio de alguna amplitud en favor del acusado, para no sacrificar la justicia a un riguroso formalismo, pero este precedente no autoriza a la Sala para llegar hasta el extremo de corregir o suplir los defectos esenciales en que incurra el recurrente en su demanda, para entrar a un estudio de fondo, pues a ello la inhiben las deficiencias anotadas, ya que lo contrario sería abrir la puerta para que el recurso de casación se convierta, de hecho, en una tercera instancia, que no autoriza la ley, y para que se desvirtuara completamente la naturaleza y finalidad de este extraordinario y excepcional medio de impugnación. (Casación Penal. 4 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 491, 1ª y 2ª.

67

CASACION PENAL

(Cuándo debe declararse desierto y cuándo desecharse el recurso).

Artículos 567 y 569 del Código de Procedimiento Penal.

Cuando se invoca por lo menos una causal de casación y existe siquiera un intento de-

mostrativo, resulta más adecuado aplicar el artículo 569 del Código de Procedimiento Penal, en lugar del 565 ibídem, porque lo que entonces ocurre en el fondo es una ausencia de justificación, ausencia en la cual pueden quedar incluídos desde el argumento temerario y aun torpe, hasta la vertebrada exposición de razones con intrínseco valor jurídico, pero ineficaces para el fin que se persigue, o sea el de destruír la presunción de legalidad que ampara al fallo recurrido. (Casación Penal. 30 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 484, 2ª.

68

CASACION PENAL

(Efecto parcial, en ciertos casos, de la infirmación del fallo acusado).

Artículo 567, numeral 4º, del Código de Procedimiento Penal.

Como lo dice la Corte en sentencia de casación de 24 de septiembre de 1938 (G. J. t. LXVII, p. 153), "cuando hay varios procesados absueltos y uno condenado que recurre en casación invocando como causal el ser la sentencia violatoria de la ley de procedimiento por haberse pronunciado sobre un juicio viciado de nulidad, la infirmación del fallo debe ser parcial y no total, porque la anulación del proceso no puede perjudicar a los sindicados que no recurrieron en casación y que tienen a su favor la sentencia absolutoria del tribunal". (Casación Penal. Febrero 22 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 153, 1ª.

69

CASACION PENAL

(En juicios que han recibido veredicto en Consejo Verbal de Guerra).

Juicios como éste, con intervención de Consejos Verbales de Guerra, reciben sentencia de los falladores de instancia de acuerdo con el veredicto, lo que en parte los asimila a los que son de competencia de los jueces superiores, con intervención del jurado.

En la cuestión planteada a los vocales del Consejo de Guerra se inquirió a los jueces de hecho por un delito de violencia carnal, habida consideración de que el material probatorio autorizaba concretar dicho cargo al acusado. Al aceptar el veredicto la comisión del delito y la responsabilidad de su autor, no procediendo una declaración de contraevidencia, la sentencia en derecho tenía que conformarse al veredicto.

Hablar de error en la denominación del ilícito y tratar de demostrarlo abriendo un debate sobre el mérito de los elementos de prueba arrimados al proceso, es procedimiento extraño en sus fundamentos a la causal cuarta de casación, pues en el fondo se está recurriendo a los motivos establecidos en la causal segunda, impropia a los juicios con jurado, salvo en lo tocante a errores sobre circunstancias que hayan influído en la sanción y que compete deducir al juez de la causa.

Aquí la sentencia descansa sobre un veredicto legalmente producido y contraría la técnica de la casación ensayar un estudio de la prueba de cargo ante la simple alegación de nulidad. (Casación Penal. Febrero 6 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 85, 2ª.

70

CASACION PENAL

(Ineptitud sustantiva de la demanda).

Artículo 7º del Código de Procedimiento Penal. Artículo 209, numeral 3º, del Código Judicial.

El reparo que el señor colaborador Fiscal hace a la demanda de casación pone de manifiesto lo que se puede llamar una ineptitud sustantiva del libelo, que lógicamente

imposibilita a la Corte para resolver favorablemente las pretensiones del actor. Es una cuestión indiscutible, que la demanda de casación, al igual que toda demanda, debe ofrecer un punto concreto de controversia y de estudio y una precisa y clara solicitud. Al presentarse en ella soluciones excluyentes y alternativas sugiere la sospecha de que no existe seguridad en la tesis que se propugna, o que la cuestión quedó mal planteada.

En el caso al estudio el demandante destruye completamente su primera tesis sobre la legítima defensa del acusado al plantear a continuación y conjuntamente, como situaciones comprobadas, las de la riña imprevista y de la ira o intenso dolor provocado por injustas agresiones, pues la primera tesis entraña una causal de justificación, que de comprobarse, conduciría a la absolución del reo, y las segundas situaciones solamente darían lugar a una atenuación de la responsabilidad y una rebaja de la pena impuesta en la sentencia acusada.

Invocando la tesis de la legítima defensa, el actor pretende que se invalide la sentencia condenatoria y se absuelva al acusado; y alegando las situaciones atenuantes previstas en los artículos 28 y 384, propugna por una invalidación parcial del fallo, para que se atenúe la pena impuesta en él.

Dados estos planteamientos, y la forma imprecisa y vaga como se formula la petición con que termina la demanda, la Sala se encuentra imposibilitada para saber en definitiva y con seguridad qué es lo que pretende el actor, pues las deducciones y pretensiones de éste son incongruentes e incompatibles.

Es principio jurídico universal, aplicable a todas las demandas, el que en ellas no se puedan proponer conjuntamente peticiones y soluciones contradictorias, y esto resulta claro porque no hay sistema jurídico alguno que pueda basarse en el desconocimiento del principio de contradicción, ya que hasta la simple razón natural pugna porque no puedan decretarse en una misma sentencia cosas contrarias e incompatibles entre sí.

Así, un reo de homicidio, por ejemplo, no puede alegar, al mismo tiempo, en su defensa la coartada y sostener por otro lado, que mató a su víctima en legítima defensa, porque son dos situaciones de hecho que se excluyen entre sí, y por lo tanto, son incompatibles y la elección de cualquiera de estos medios de defensa destruye el otro.

El artículo 7º del Código de Procedimiento Penal autoriza aplicar a los procesos penales, en cuanto lo consienta la índole de los mismos, los principios comunes a los juicios civiles, entre los cuales se encuentra el consagrado en el artículo 209 del Código Judicial, que permite ejercer a la vez y en una misma demanda varias acciones "siempre que concurran los siguientes requisitos: ...3º Que las acciones no sean contrarias e incompatibles entre sí. Sin embargo pueden proponerse subsidiaria o condicionalmente dos remedios contrarios, siempre que los derechos sean tales que no se destruyan por la elección o que por cualquier otro motivo no se consideren incompatibles".

En el presente caso los remedios no los propuso el demandante en forma subsidiaria ni condicional, según se deduce del contexto de la demanda, y dichos remedios, según se ha visto, son incompatibles y excluyentes. (Casación Penal. Febrero 21 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 144, 2ª, y 145, 1ª y 2ª.

71

CASACION PENAL

(Con referencia al veredicto del jurado).

Mal puede la Corte, tratándose de un juicio con intervención del jurado, forzar caprichosa o arbitrariamente los términos del veredicto para alcanzar conclusiones fuera de su virtual contenido. Desvirtuaría este proceder la natural función de los jueces

de conciencia y desconocería la lógica regla procesal de que el veredicto es el fundamento mismo de la sentencia. (Casación Penal. Enero 31 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 80, 2ª.

72

CASACION EN MATERIA PENAL

(Su objeto propio).

Artículo 570 del Código de Procedimiento Penal.

La casación es fundamentalmente un juicio contra la sentencia impugnada, y si el actor logra con argumentos idóneos destruír la presunción de legalidad que ampara al fallo acusado, éste debe invalidarse, porque dentro de un estado de derecho produce a la larga mejores frutos el restablecer el imperio de la ley que sancionar a quien no se le ha demostrado plenamente su responsabilidad en un determinado y concreto hecho delictuoso, por temor a una supuesta impunidad. (Casación Penal. 10 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 440, 2ª.

73

CAUSAL 1ª DE CASACION CIVIL

(Errores de valoración probatoria).

Artículo 520, numeral 1º, inciso 2º, del Código Judicial.

En principio, la valoración de pruebas es función de los jueces de grado. Para que la Corte pueda entrar en el estudio de ellas es preciso que actúe como Tribunal de instancia, lo cual supone la prosperidad de la acusación. Mientras eso no suceda, es intocable la apreciación efectuada por el fallador y permanece en pie su criterio aunque la Corte no participe de él. Depende esto de la naturaleza del recurso de casación, exento de las características de la instancia y constituído como medio extraordinario, más en defensa de la ley que como solución del conflicto de intereses que el proceso recoge; lo cual explica la autonomía del fallador de instancia en esa materia, mientras el error de hecho manifiesto o de derecho no se demuestren en casación. (Casación Civil. 28 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 365, 2ª.

74

CAUSAL 2ª DE CASACION LABORAL

(Reformatio in pejus).

Artículo 87, numeral 2º, del Código de Procedimiento Laboral.

Un simple examen de la situación procesal demuestra que es fundada la acusación. En efecto, consta en autos que del fallo de primera instancia, que limitó sus condenas a cesantía, primas de servicio y salarios moratorios y absolvió de la petición de vacaciones, únicamente apeló la parte demandada. Esta circunstancia pone de manifiesto la conformidad de la demandante ante tal decisión. De manera que al haber resuelto el juzgador de segundo grado condenar por vacaciones, se ha situado dentro del ámbito de la causal segunda de la casación laboral por cuanto, con la condena adicional por vacaciones, ha hecho más gravoso el **status** del único apelante. (Casación Laboral. 24 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 613, 1ª y 2ª.

75

CAUSALES DE CASACION PENAL

(Orden de preferencia para su estudio).

Artículo 567, numeral 4º, del Código de Procedimiento Penal.

Invocadas las causales 4ª, 1ª y 2ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, es preciso tratar en primer lugar la 4ª, no obstante la solicitud para que se examinen con prelación las otras dos, ya que así lo exige la técnica del recurso de casación. (Casación Penal. Febrero 15 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 123, 2ª.

76

CAUSALES DE CASACION PENAL

(Orden en que deben estudiarse).

Artículo 567, numeral 4º, del Código de Procedimiento Penal.

Ya se ha visto cómo el señor Procurador estudia cada una de las causales propuestas, en orden inverso al adoptado por el recurrente. Es en ello lógico el distinguido colaborador. Porque, conforme a la técnica propia de este extraordinario recurso, deben tener prelación las impugnaciones que, dada su naturaleza, no sólo afectan la validez del fallo que se trata de desquiciar, sino la del juicio mismo. Y es indudable que, dentro de las causales de casación enumeradas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, la más amplia o comprensiva es la cuarta, cuya finalidad, en caso de resultar victoriosa, es la de obtener que la Corte, con supremo poder jurisdiccional, formule una declaratoria total o parcial de nulidad y ordene devolver el proceso a quien corresponda, por conducto del Tribunal de origen, para que se reponga el procedimiento.

Siguiendo este método lógico, la Sala empezará por estudiar ahora la causal cuarta, como lo ha hecho en numerosas oportunidades anteriores. (Casación Penal. Febrero 20 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 131, 2ª, y 132, 1ª.

77

CAUSAL 1ª DE CASACION PENAL

(Técnica).

Artículo 567, numeral 1º, del Código de Procedimiento Penal.

No son aducibles a través de la causal primera de casación aquellos cargos que envuelven examen probatorio, pues el ámbito de dicha causal sólo permite debatir, exclusivamente en derecho, la aplicación de la ley penal sustantiva. (Casación Penal. 9 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 425, 2ª.

78

CAUSAL 2ª DE CASACION PENAL

(Necesaria demostración del error de hecho).

En el recurso de casación no basta enunciar los cargos que sirven a la impugnación del recurrente sino que es menester demostrarlos en forma tal que esta demostración conlleve a la conclusión de que el Tribunal **ad quem** cometió en la apreciación de las circunstancias del delito un error protuberante, de tan notorias características que conduzcan a una revisión de los presupuestos probatorios que se tuvieron en cuenta para establecer la culpabilidad del agente.

Si nada de esto contiene la demanda; si apenas ésta se limita a una disquisición teórica sobre lo que cree desfavorable al procesado, sin encajarla dentro de las constancias de autos, para sacar conclusiones que efectivamente demuestren la equivocación en que incurrió el sentenciador de segundo grado no es posible pretender que prospere el recurso, sobre todo con base en la causal segunda que implica en los procesos sin intervención del Jurado, demostrar el error de hecho en que incurriera el Tribunal al condenar al reo. (Casación Penal. Febrero 6 de

1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 94, 1ª y 2ª.

79

CAUSAL 2ª DE CASACION PENAL

(En juicios con jurado).

Artículo 567, numeral 2º, del Código de Procedimiento Penal.

En los juicios ventilados ante los Jueces Superiores con la participación del jurado, las instancias tienen que condicionar sus fallos en derecho a los términos del veredicto, pronunciamiento que expresa la convicción íntima del tribunal popular y del cual no es procesalmente lícito separarse, si contra él no procede o ha sido ineficaz la declaratoria de contraevidencia. (Casación Penal. 5 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 394, 1ª.

80

CAUSAL 2ª DE CASACION PENAL

(En negocios sin jurado).

Artículo 567, numeral 2º, del Código de Procedimiento Penal.

La causal segunda de casación, en negocios como éste, sin intervención del jurado, es cierto que la Corte la ha aceptado en otras oportunidades, extremando su alcance con amplitud tendiente más que todo a subsanar errores dimanados de un juzgamiento procesalmente precario, pero su amplitud y largueza al respecto no han llegado hasta el desconocimiento a las instancias de su natural y necesario arbitrio en la estimación del recaudo probatorio. Ha admitido ese motivo de impugnación —error de hecho— ante la evidente deformación de los elementos de juicio, indebida o equivocadamente apreciados en grado tal que se hace ostensible la inconformidad del fallo con la prueba arrimada al proceso. (Casación Penal. Febrero 27 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 186, 1ª.

81

CAUSAL 2ª DE CASACION PENAL

(Técnica del recurso).

Artículo 567, numeral 2º, del Código de Procedimiento Penal.

No cumple con las exigencias de la técnica, en cuanto a la fundamentación de la causal segunda de casación el escrito en que se formaliza el recurso, ya que él es un simple alegato de instancia, en el que el actor se empeña en hacer prevalecer su personal y variada manera de apreciar las pruebas, pero sin llegar a demostrar que efectivamente en la sentencia recurrida se incurrió en un grave y notorio error en la interpretación de los hechos, por cuanto se les ha atribuído un valor probatorio que no tienen, o se les ha negado el que sí tienen, o no se les haya tomado en cuenta, a pesar de estar acreditados en el proceso. En efecto, en la demanda no se señalan y precisan los hechos que según el recurrente se apreciaron mal; ni se explica en qué consistió el error, en que al apreciarlos incurrió el Tribunal, o mejor, cuál es el valor que, sin tenerlo, les atribuyó en la sentencia, o cuál el que teniéndolo, les fue negado. Tampoco el demandante se impone el trabajo de analizar todo el numeroso caudal probatorio de que se valió el Tribunal para adoptar las conclusiones a que llegó en el fallo acusado, en cuanto a la responsabilidad que le deduce al recurrente. (Casación Penal. Febrero 21 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 145, 2ª.

82

CAUSAL 3ª DE CASACION PENAL

(En procesos con jurado).

Artículo 567, numeral 3º, del Código de Procedimiento Penal.

La doctrina que venía sosteniendo la Corte según la cual es improcedente, en sentencias proferidas con fundamento en veredicto de jurado, alegar la falta de consonancia entre la sentencia y el auto de proceder (causal 3ª), ha sido recientemente atemperada en su rigor, como se desprende del fallo de fecha 17 de abril de 1961. (Casación Penal. 30 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 482, 2ª, 483, 1ª y 2ª, y 484, 1ª.

83

COLISION DE COMPETENCIAS

(Cuándo tiene ocurrencia).

Artículo 65 del Código de Procedimiento Penal.

Según lo dispuesto en el artículo 65 del Código de Procedimiento Penal, **la colisión de competencias** no existe sino en el caso de que haya **desacuerdo** entre dos Jueces o Tribunales, en relación a saber a cuál de ellos corresponde el conocimiento de un determinado negocio. Sería, por lo tanto, absurdo pretender que si hay **acuerdo** sobre tal cuestión, sea, sin embargo posible una **colisión de competencias.**

De acuerdo con lo anterior, y como ya lo ha expresado esta corporación en anteriores ocasiones, "la colisión de competencias no surge en el momento en que ella **es provocada,** sino en el que es aceptada. Cuando la provocación es resuelta de conformidad con el criterio del provocante, toda posibilidad de colisión de competencias desaparece". (Casación Penal. Enero 26 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 70, 2ª, y 71, 1ª.

84

COMPENSACION

(Calidades que deben tener las deudas para ser compensables).

Artículo 1715 del Código Civil.

A términos de lo establecido en el artículo 1715 del Código Civil, aplicable al proceso laboral, la compensación requiere que se trate de deudas de la misma especie, líquidas y actualmente exigibles. (Casación Laboral. Enero 25 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 202, 2ª.

85

COMPETENCIA

(Para el juzgamiento de Gobernadores).

Artículo 42 del Código de Procedimiento Penal.

El ordinal 6º del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal dispone que "la Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sala Penal, conoce privativamente de las causas que por motivos de responsabilidad por infracción de la Constitución o las leyes o por mal desempeño de sus funciones se promuevan contra los Gobernadores..." Es decir, que en materia penal este **fuero** está condicionado a que se trate de **delitos oficiales,** esto es, a los cometidos en ejercicio del cargo. (Casación Penal. 11 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 498, 1ª.

86

COMPETENCIA

(Para el juzgamiento de soldados).

Artículos 331 y 367 del Código de Justicia Penal Militar. Artículo 72 de la Ley 126 de 1959.

El Código de Justicia Penal Militar dispone en el artículo 331 que "los Comandan-

tes de Batallón conocen en primera instancia de los procesos penales militares contra los Suboficiales y personal de tropa y civiles sin categoría de Oficiales de su respectivo batallón". Y si bien es cierto que en el caso de autos los procesados fueron dados de alta en el Batallón de Infantería número 10 "Girardot", el hecho de encontrarse bajo las órdenes del Comando del Batallón de Artillería número 4 "San Mateo" desde hacía más de noventa días los vincula, en cuanto a su juzgamiento por el delito que se les imputa, a la competencia de este último.

El artículo 367 del Código de Justicia Penal Militar señala que "para efecto de determinar la autoridad que debe juzgar a los militares o civiles al servicio de las Fuerzas Armadas, no se tendrá en cuenta el hecho de que el sindicado haya cometido el delito mientras cumplía una comisión transitoria". Y en la Ley 126 de 1959 (artículo 72) se indica que el término máximo de una comisión transitoria respecto de los miembros de las Fuerzas Militares es el de noventa días.

De lo anterior se desprende que, para el momento en que se consumaron los hechos delictuosos que se atribuyen a los soldados procesados, éstos ya no podían ser considerados como pertenecientes al Batallón de Infantería número 10 "Girardot", que los dio de alta, sino al Batallón número 4 de Artillería "San Mateo", atendiendo a que el plazo máximo para que se les tomara en cumplimiento de una comisión transitoria estaba más que vencido, en cuanto a la fijación del Juez de primera instancia que debe juzgarlos. (Casación Penal. 12 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 499, 2ª, y 500, 1ª.

87

COMPETENCIA

(Para el juzgamiento de soldados).

Artículos 331 y 367 del Código de Justicia Penal Militar. Artículo 72 de la Ley 126 de 1959.

Si "para el efecto de determinar la autoridad que debe juzgar... no se tendrá en cuenta el hecho de que el sindicado haya cometido el delito mientras cumplía una comisión transitoria", **a contrario sensu** debe aceptarse que si el hecho fue consumado cuando ya no se está cumpliendo una comisión transitoria, el cambio de batallón sí habrá de tomarse en consideración para señalar la autoridad competente para conocer del juzgamiento.

Esta conclusión se acomoda al espíritu mismo que informa el precepto de procedimiento penal militar, que buca el juzgamiento de los miembros de "las Fuerzas Armadas" precisamente por el Comando del batallón a que pertenecen, estimándose que ese vínculo queda roto cuando por un término mayor de tres meses (el lapso máximo de las comisiones transitorias) el procesado o los procesados han hecho parte de un batallón distinto del que los dio de alta. (Casación Penal. 12 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 500, 1ª y 2ª.

88

COMPLICIDAD CORRELATIVA

Artículo 385 del Código Penal.

Tiene su fundamento la **complicidad correlativa** (art. 385 del C. Penal), en que se desconozca cuál de las personas que han tomado parte en un delito de homicidio o lesiones, ha agotado el momento consumativo del mismo. Si tal duda desaparece, asímismo desaparece la complicidad correlativa, y esto igualmente ocurre en el supuesto de que varias personas hayan tomado parte en el delito y no sea posible determinar el grado de contribución física de cada una, si éste fue el resultado de la actividad conjunta de todas; o cuando los copartícipes previamente han unificado su propósito de consumar la infracción punible (concurso de delincuentes). La complicidad correlativa se presen-

ta en aquellos casos de coparticipación de dos o más delincuentes en que el propósito criminal nace de manera casual, como en la riña imprevista. (Casación Penal. 30 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 535, 1ª.

89

COMPLICIDAD SECUNDARIA

Artículo 20 del Código Penal.

Como bien lo observa la Procuraduría, para atribuírle al procesado recurrente en el caso de autos la calidad de cómplice secundario, es preciso que en el proceso se halle plenamente demostrado que aquél, con conocimiento de causa, auxilió a los forajidos con anterioridad a la comisión de los delitos por éstos perpetrados en las primeras horas de la noche del 9 de junio de 1959, auxilio o cooperación no indispensables para la consumación de los hechos delictuosos. Sólo así su conducta podría jurídicamente enmarcarse dentro de la previsión del artículo 20 del Código Penal. (Casación Penal. Febrero 20 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 134, 2ª y 135, 1ª.

90

COMPRAVENTA Y PERMUTA

(Unas veces tienen carácter civil, otras, comercial).

Artículos 235 y 236 del Código de Comercio.

La compraventa y la permuta son contratos que pueden tener carácter civil o comercial. Y se diferencian en que, por el primer aspecto, las cosas compradas o permutadas se adquieren para el consumo propio de los adquirentes o de la familia, mientras que por el segundo hay en los contratantes un ánimo de lucro o de especulación.

La Corte ha dicho: "Para que la compraventa sea comercial se requieren dos condiciones: a) Que recaiga sobre cosas muebles; b) Que se haga con ánimo de especulación mercantil, o sea, para obtener ganancia o lucro". (T. 79, pág. 78).

Esto cabe aplicarlo también a la permuta al tenor de las normas comerciales y civiles ya citadas. (Casación Civil. Enero 30 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 30, 1ª y 2ª.

91

COMUNIDAD

(Su representación).

Aunque es cierto que los copropietarios de la cosa indivisa no se representan unos a otros, ni tampoco la comunidad, no es menos evidente que cada comunero posee la cosa en común, en todas y en cada una de sus partes, por lo cual la acción que uno o varios de ellos intenten en pro de ella, los beneficia a todos. (Negocios Generales. Febrero 27 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 297, 1ª.

92

CONDICION RESOLUTORIA

(En el contrato de trabajo).

Artículo 64 del Código del Trabajo.

El artículo 64 del Código del Trabajo regula dos situaciones jurídicas: su primer inciso establece la condición resolutoria por incumplimiento del contrato, con indemnización plena de perjuicios para la parte responsable del hecho, y el inciso segundo señala el medio de fijar la indemnización por lucro cesante cuando es el patrono el que desconoce el vínculo ilegalmente, diciendo que equivale al monto de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo.

De los dos supuestos de hecho que contempla la norma —ruptura ilegal del contrato e indemnización de perjuicios— el primero guarda, en relación con el segundo, un estrecho vínculo de causalidad. La ruptura ilegal del contrato es la causa, la indemnización de perjuicios el efecto, por lo cual ésta sin aquélla no se produce. (Casación Laboral. 28 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 628, 2ª.

93

CONEXIDAD

(Procedimiento aplicable).

Artículos 50 y 54 del Código de Procedimiento Penal.

Supuesto que por razón de conexidad resultaba preciso investigar y fallar el múltiple homicidio agravado y el delito de violación de domicilio conjuntamente con el de robo, elementales razones de lógica procesal indicaban que el procedimiento adecuado era el que regía para el delito más grave del concurso planteado, o sea el del Decreto 012 de 1959 y no, como se pretende, el previsto en el 014 de 1955. (Casación Penal. Febrero 20 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 132, 1ª.

94

CONEXIDAD Y ACUMULACION

Si por conexidad se tiene el vínculo de enlace entre hechos delictuosos de diversa naturaleza cuando persiguen idéntica finalidad, es claro que en el caso de autos se da este fenómeno, muy distinto de la acumulación, porque el último apenas gravita en orden a la dosimetría de la pena, cuando se trata de hechos consecutivos frente a las normas que rigen al concurso ideal de delitos. (Casación Penal. Febrero 7 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 104, 1ª.

95

CONFESION

(En materia laboral).

Artículo 606 del Código Judicial. Artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral.

Si bien el precepto del artículo 606 del Código Judicial se refiere al proceso civil, no es desatendible en el del trabajo, pues aun cuando para el juez laboral no sea obligatoria la tarifa de la ley, en la formación de su convencimiento debe atenerse a las reglas de la sana crítica, como lo dispone el artículo 61 del Código Procesal Laboral, y son ellas las que han conducido al legislador a darle el valor de plena prueba a la confesión judicial simple, mientras no sea revocada con observancia de los requisitos impuestos en el citado artículo 606. (Casación Laboral. 14 de abril de 1952. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 687, 2ª, y 688, 1ª.

96

CONFESION

(Naturaleza de esta prueba).

Artículo 1769 del Código Civil. Artículos 604, 605 y 613 del Código Judicial.

La prueba de confesión, para serlo, ha de consistir en la declaración afirmativa de un hecho personal o de que se tiene conocimiento, hecha en su propio perjuicio por quien es parte en la causa, y siempre que por el derecho no se excluya la posibilidad de emplear este medio probatorio. (Casación Civil. Enero 30 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 21, 2ª.

97

CONFESION FICTA

(Con ocasión de la inspección ocular).

Artículo 56 del Código de Procedimiento Laboral.

La norma del artículo 56 del Código de Procedimiento Laboral, sobre confesión ficta, se aplica de plano, sin la observancia de ninguna otra formalidad ni previo incidente, si el hecho en que se funda, o sea la resistencia de la parte obligada a la inspección judicial, aparece acreditado en el proceso, según la apreciación que de él haga el fallador. (Casación Laboral. 28 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 629, 1ª.

98

CONFESION FICTA

(E inspección ocular).

Artículo 56 del Código de Procedimiento Laboral.

Censura el recurrente el hecho de que la declaratoria de confeso en contra de la parte demandada se hubiera producido sin previo trámite del incidente respectivo, conforme a lo previsto en los artículos 37 y 38 del Código Procesal Laboral. A lo cual observa la Sala que, para la imposición de la sanción establecida en el artículo 56 del Código citado, para el caso de renuencia a la práctica de una inspección ocular, no es necesario agotar incidente alguno. (Casación Laboral. 14 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 692, 2ª.

99

CONFESION JUDICIAL

(Mérito probatorio en materia laboral).

Artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral. Artículo 606 del Código Judicial.

La confesión judicial es plena prueba, conforme a lo previsto en el artículo 606 del Código Judicial, y no es admisible prueba en contrario, a menos que el confesante demuestre haber incurrido en error de hecho excusable o inculpable. Si bien tal precepto se refiere al proceso civil, no es desatendible en el de trabajo, pues aun cuando para el Juez Laboral no sea obligatoria la tarifa de la ley, en la formación de su convencimiento debe atenerse a las reglas de la sana crítica, como lo dispone el artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral, y son ellas las que han conducido al legislador a darle el valor de plena prueba a la confesión judicial simple, mientras no sea revocada con observancia de los requisitos impuestos en el citado artículo 606.

Entre los medios probatorios que sanciona el derecho, la confesión produce mayor fuerza de convicción que los restantes, pues es la propia parte la que acepta la verdad del hecho afirmado por la contraria, circunstancia que no concurre en las demás pruebas, a menos que se trate de verdades axiomáticas reveladas por la evidencia interna. (Casación Laboral. Febrero 12 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 226, 2ª.

100

CONSULTAS

(Y apelaciones).

Artículos 508 y 881 del Código Judicial.

En cuanto atañe al recurso de consulta que el actor considera incompatible e improcedente en vista del artículo 881 del Código Judicial, no puede aceptarse tal tesis, por esto:

Es incuestionable que la sentencia consultada impone al Departamento dos obligaciones: la primera en cuanto tiene que abstenerse de los actos considerados como de perturbación de la posesión del predio Santa Teresa; y la otra en relación con el pago de los perjuicios ocasionados con la construcción de la carretera. En consecuencia, el recurso de consulta procede de acuerdo con lo ordenado en el artículo 508 del Código Judicial, pues allí se lee: "Las sentencias

que declaren alguna obligación a cargo del Estado, los Departamentos o los Municipios en primera instancia, deben ser consultadas con el superior".

Si el recurso de consulta debe considerarse siempre a modo de una apelación en el efecto suspensivo, según lo sugiere el actor, significaría que el memorado artículo 881 del Código Judicial no tendría aplicación cuando se trata de las entidades de derecho público enumeradas en el artículo 508 antes copiado y de ineludible cumplimiento por parte de los juzgadores de primera instancia. (Negocios Generales. 8 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 716, 2ª, y 717, 1ª.

101

CONSULTA DE PROVIDENCIAS

(Finalidad).

Artículo 184 del Código de Procedimiento Penal. Artículo 26 de la Constitución Nacional.

La consulta establecida en nuestro Código de Procedimiento Penal es una institución procesal, según la cual la ley, con el fin de que la providencia sea revisada por la jerarquía jurisdiccional inmediatamente superior, suple, por razones de orden público, en forma indirecta, la omisión voluntaria o involuntaria de las partes en el proceso. La ley quiere, en consecuencia, que ciertas providencias judiciales, al someterse obligatoriamente al análisis de la doble jurisdicción, sean revisadas en todo su contenido, para que se las ratifique si se acomodan a las normas positivas del derecho, o sean enmendadas y revocadas si en ellas se incurrió en errores, que en garantía de la justicia, deban corregirse. Por lo tanto, el superior jerárquico, al revisar, en virtud del grado de jurisdicción denominado consulta, una sentencia o providencia de una autoridad que le esté subordinada, tiene poder pleno o jurisdicción completa para corregir las decisiones que no se ajusten a la ley o en las cuales se pudo haber incurrido en un error. Lo contrario significaría que una vez adquirida por el superior la jurisdicción y competencia para revisar una providencia, no pudiera tomar ninguna determinación diferente a la de sugerir al inferior el camino que deberá seguir, dando lugar a que así nuevamente se produjera ulterior recurso para revisarla una vez más, con lo cual, no sólo se iría contra la economía procesal, sino contra elementales principios de procedimiento que señalan el objeto de los recursos y de la forma de tramitarlos con los consiguientes resultados.

Por otro aspecto, ninguna garantía o derecho del procesado se quebranta al cumplir los trámites propios de las instancias en un auto consultado, pues el proceso se desarrolla por las vías estrictamente legales y técnicas y esto de por sí mismo es una salvaguardia de las garantías constitucionales y procesales. (Casación Penal. Febrero 23 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 172, 1ª y 2ª.

102

CONTRABANDO

(Prescripción de la acción y decomiso de mercancías).

Artículo 26 del Decreto 188 de 1958.

La imprescriptibilidad de la acción de decomiso o pérdida de la mercancía de que habla el artículo 26 del Decreto 188 de 1958, que es una pena accesoria, está condicionada a que la acción principal, por el delito de contrabando, no haya prescrito. (Casación Penal. Febrero 26 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 176, 2ª, y 177, 1ª.

103

CONTRABANDO

(Prescripción de la acción y pérdida de la nave o vehículo).

Artículo 18 del Decreto 188 de 1958.

Puesto que la pérdida de la nave en que se transporta mercancía de contrabando apenas se autoriza como pena accesoria (artículo 18 del Decreto 188 de 1958), es notorio que tal sanción no puede imponerse una vez que lo principal, que es el propio delito de contrabando, ha sido objeto de la prescripción de la acción penal. (Casación Penal. Febrero 26 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 176, 2ª.

104

CONTRATO DE TRABAJO

Artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

La circunstancia de que la empresa demandada se hubiera responsabilizado de los gastos hospitalarios que exigió el accidente, no es hecho que por sí solo acredite el vínculo laboral. (Casación Laboral. Febrero 1º de 1962. Números 2251 y 2252). 207, 1ª.

105

CONTRATO DE TRABAJO

(Estructuración del mismo).

Artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

Resulta muy difícil estructurar un contrato de trabajo con la sola manifestación de entrega de una máquina (cilindradora) cuando se sabe, como en el caso de autos, que la labor del demandante se circunscribía a suplir la falta o ausencia de un trabajador de nómina, durante un día solamente, es decir, una tarea notoriamente eventual cuya ejecución fue solicitada por el reemplazado y no por la sociedad demandada. (Casación Laboral. Febrero 1º de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 207, 1ª.

106

CONTRATO DE TRABAJO

(Y actividad personal del trabajador).

Artículos 23 y 58 del Código Sustantivo del Trabajo.

Exige la ley (art. 23, inciso 1º, literal a) del CST.) que el trabajador ejecute la labor por sí mismo. Tal exigencia la convierte en obligación a cargo del trabajador el artículo 58, numeral 1º del mismo Código. Por tanto, si el patrono conviene en que el trabajo lo realice el asalariado con la ayuda de otros, éstos asumen el carácter de dependientes de aquél. Cuando tal cosa ocurra —dice Mario de la Cueva— "el trabajador sustituto o el auxiliar quedan ligados al patrono, lo que quiere decir que éste y no el trabajador será el responsable ante aquéllos, y las razones son obvias". (Derecho Mexicano del Trabajo. Tomo 1 , p. 600). (Casación Laboral. Febrero 12 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 227, 1ª.

107

CONTRATO DE TRABAJO

(Y actividad personal del trabajador).

Artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

Si falta la actividad personal del trabajador, tal circunstancia basta para situar el trabajo realizado fuera de las normas legales que gobiernan el contrato laboral. (Casación Laboral. Febrero 12 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 228, 2ª.

108

CONTRATO DE TRABAJO

(Cuando el trabajador se vale de ayudantes).

La tesis de que la labor cumplida por el trabajador con colaboración de ayudantes no es bastante para desnaturalizar el contrato de trabajo no puede aceptarse sin reservas, sino a condición de que el patrono acepte la prestación del servicio en tal forma y siempre que no falte la actividad personal de quien contrajo la obligación de realizarlo. (Casación Laboral. Febrero 12 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 227, 1ª.

109

CONTRATO DE TRABAJO

(Presunción legal).

Artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

Según el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo "se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo". Corresponde al trabajador la prueba del hecho en que la presunción se funda, o sea, la relación de trabajo personal. Acreditada ésta, queda establecido que ese trabajo personal fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario. (Casación Laboral. Febrero 28 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 257, 2ª.

110

CONTRATO DE TRABAJO

(Relación de trabajo personal).

Artículo 24 del Código del Trabajo.

Es cierto que las declaraciones allegadas acreditan que el actor prestó servicios a la sociedad demandada en la ejecución de varios contratos, pero ellas demuestran principalmente que ese trabajo no fue ejecutado siempre mediante la actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo, sino que se valió también de socios y de ayudantes a quienes él contrataba, despedía y pagaba sus salarios. De esta suerte, si la prueba testimonial no acredita que el demandante ejecutó por sí mismo los trabajos contratados por la sociedad demandada, mal puede entenderse esa relación de trabajo personal, como la constitutiva del primer elemento esencial requerido para que pueda tener existencia un contrato de trabajo, o para que pueda constituír el soporte que permita presumir la existencia del mismo, con aplicación del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que el hecho indicador, que sirve de base a la presunción allí consagrada, no resulta acreditado conforme a las exigencias legales. (Casación Laboral. 14 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 687, 1ª.

111

CONTRATO DE TRABAJO

(Subordinación o dependencia).

Artículo 23, numeral 1º, literal b), del Código Sustantivo del Trabajo.

Las órdenes de que hablan los testigos no demuestran la subordinación, arguye el recurrente, porque no se refieren al modo, tiempo o cantidad de trabajo, como lo exige el artículo 23, literal b) del Código Sustantivo del Trabajo. Sobre el particular la Sala observa: para que haya orden laboral no se requiere que concurran los tres hechos que la integran, simultáneamente. La redacción del precepto no se presta para entenderlo así. Basta que la orden tenga relación con el servicio contratado. Más todavía: el mandato puede estar destinado a que el trabajador suspenda la labor durante toda la jor-

nada o parte de ella, en las actividades de producción, por razones diversas, como sustitución de equipos, reducción de materia prima, etc., y, sin embargo, en la disposición debe verse una orden. En tal caso, la obligación de hacer, que de ordinario es la que asume el trabajador, respecto de la cual puede hablarse de modo, tiempo o cantidad, de trabajo, se convierte en la de no hacer, esto es, en la de cesación de toda actividad. Por lo demás, la dependencia del trabajador al patrono es un derecho de éste, de naturaleza subjetiva, que, como todos los de su clase, dan al titular la facultad de obrar o abstenerse, sin que el hecho de no ejercitarlo signifique su pérdida o extinción. (Casación Laboral. Febrero 28 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 258, 1ª.

112

CONTRATOS DE TRABAJO

(Con la Administración Pública).

Artículo 4º del Decreto 2127 de 1945.

La Sala estima que el asunto **sub lite** encaja dentro de las previsiones del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 y que las relaciones que ligaron a las partes están regidas por un contrato de trabajo. A esta conclusión llega en virtud de los siguientes razonamientos:

Consta en autos que el cargo desempeñado por el trabajador demandante fue el de Administrador de la Plaza Central de Mercado.

El promotor del juicio estuvo vinculado a una actividad que tiene por objeto principal el expendio de víveres, géneros o mercaderías. Y no debe perderse de vista que se entiende por mercado no sólo el sitio en donde se efectúa la contratación pública de tales artículos sino también la actividad encaminada al intercambio de los mismos. La intervención oficial en las referidas labores se reduce a procurar lugar adecuado para su desarrollo, a que ellas se realicen con aseo e higiene y al recaudo de los arrendamientos de los distintos puestos.

Como se ve, se trata de instituciones que pueden fundar y administrar los particulares. Es más, en la realidad se observa que es práctica generalizada cada día más el funcionamiento de centrales de mercado de propiedad de los particulares y controladas por éstos. En este sentido ya ha hecho carrera la expresión "supermercados". Con la circunstancia favorable de que es mucho lo que con estos establecimientos se ha ganado en cuanto a buena presentación, dotación adecuada e higiénica instalación.

No es aceptable, pues, la tesis del Tribunal de que la creación de plazas de mercado sólo corresponde a las entidades oficiales. Ya se ha visto que en la práctica ocurre lo contrario. (Casación Laboral. 7 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 567, 1ª.

113

CONTRATO DE TRABAJO

(Con entidades oficiales).

Artículo 4º del Decreto 2127 de 1945.

No contiene la sentencia acusada la afirmación de que el trabajador demandante haya sido empleado particular de la Universidad Nacional, como lo da a entender el recurrente, sino la de que fue empleado oficial vinculado a ella por contrato de trabajo. Se atuvo al respecto a lo que prescribe el mandato del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, en los casos de excepción que él consagra.

Al caso litigioso no aplicó el Tribunal los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo, como lo afirma el acusador. Su concepto es el de que, tratándose de empleado oficial ligado a la Universidad por relación contractual de trabajo, conforme a lo pres-

crito en el artículo 4º del Decreto prementado, la controversia debía definirse de acuerdo con las disposiciones legales normativas de tal relación entre particulares, contenidas en la legislación anterior al Código del Trabajo en vigencia. Si los mencionados artículos del Código no fueron aplicados, el reparo de que los quebrantó por indebida aplicación, es inconducente. (Casación Laboral. 26 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 698, 2ª.

114

CONTRATO DE TRABAJO

(Con entidades oficiales).

Artículo 4º del Decreto 2127 de 1945.

La cuestión jurídica que plantea la demanda de casación, se reduce a investigar si las relaciones jurídicas en el caso de autos quedan comprendidas dentro de uno de los casos de excepción de que trata el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945.

El ordenamiento establece como regla general, la de que las relaciones entre los empleados públicos y la Administración nacional, departamental y municipal, no constituyen contratos de trabajo y se rigen por leyes especiales. Sin embargo, por excepción, conforme al mismo precepto, estructuran un contrato de la índole expresada, en estos casos: a) Cuando se trate de la construcción o sostenimiento de obras públicas; b) Cuando el Estado organice empresas industriales, agrícolas o ganaderas con fines de lucro, y c) Cuando establezca instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma. (Casación Laboral. 26 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 697, 2ª, y 698, 1ª.

115

CONTRATO DE TRABAJO

(Con entidades oficiales).

Artículo 4º del Decreto 2127 de 1945.

Según el criterio del recurrente, si el Estado descentraliza un servicio público y crea para su atención a una persona autónoma, con personería jurídica, por ese solo hecho queda al margen del precepto contenido en el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, aunque dicha persona se encuentre en alguno de los casos de excepción allí establecidos. Para la Sala el razonamiento es inaceptable. La esencia de una institución jurídica no depende de su forma exterior, sino de su contenido; las cosas no cambian de naturaleza porque se les cambie de nombre. El establecimiento público, calificación que conviene a la Universidad Nacional, a pesar de su independencia administrativa, económica y financiera, es una institución perteneciente al Estado. Así lo admite el recurrente en uno de los pasos de su alegato, en estos términos: "Walline enseña que el establecimiento público 'es una persona administrativa descentralizada encargada de dirigir un establecimiento público o un grupo de servicios públicos conexos, a cargo del Estado, y, en consecuencia, **hace parte de la administración pública del mismo Estado'.**" (Subraya la Sala). Por consiguiente, si el establecimiento público es el propio Estado, las obras que adelante o a cuya conservación y sostenimiento provea, deben considerarse como actividades desarrolladas por aquél. La situación es la misma, si en vez de crear el Estado el establecimiento público, dirige y administra el servicio directamente. Si en este segundo evento, según el pensamiento del recurrente, la actividad laboral del empleado encaja en uno de los casos de excepción contemplados en la norma del Decreto (para el caso la construcción o sostenimiento de una obra pública), en el pri-

mero la solución es la misma, pues ni la obra deja de ser pública ni el establecimiento que la realiza sale del dominio del Estado. (Casación Laboral. 26 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 698, 1ª y 2ª.

116

CONTRATO DE TRABAJO

(Con agentes viajeros).

Artículo 57, numeral 1º, del Código Sustantivo del Trabajo.

El patrono tiene la obligación de poner a disposición del trabajador, salvo estipulación en contrario, los instrumentos adecuados para la realización de su labor (art. 57-1º del CST.). Sin duda los viáticos, para el agente viajero, son medios necesarios para el cumplimiento de sus funciones, empero la ley no prohibe que los satisfaga el asalariado, sin que por ello el servicio personal quede fuera del ámbito de la relación de trabajo dependiente. Al respecto, las partes tienen facultad para estipular que corran por cuenta del trabajador. (Casación Laboral. Febrero 28 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 257, 2ª, y 258, 1ª.

117

CONTRATO DE TRABAJO

(Entre una sociedad y uno de sus socios).

En el aparte de la sentencia que transcribe el recurrente, en relación con esta materia, se niega en forma absoluta la posibilidad de que entre los socios y la sociedad de que hacen parte pueda haber relación de empleado a empleador, de patrono a trabajador.

La jurisprudencia de casación laboral ha admitido, en cuanto a las sociedades anónimas, que entre un socio y la sociedad de que es accionista puede haber una relación de trabajo siempre que se den los elementos característicos de ésta, a saber: actividad personal, subordinación o dependencia y remuneración. Respecto de las sociedades de personas se ha llegado a aceptar un criterio análogo, pero sólo en determinadas circunstancias. (Casación Laboral. 16 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 602, 2ª.

118

CONTRATO DE TRABAJO

(Entre una sociedad de responsabilidad limitada y uno de sus socios).

Concretando el problema a las sociedades de responsabilidad limitada, se puede deducir, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte, lo siguiente: 1º Si el socio de una sociedad de responsabilidad limitada presta su actividad en beneficio de ésta, en desarrollo de las facultades de administración que le competen de acuerdo con el convenio social, tal actividad no se rige por las normas del contrato de trabajo, y 2º Si el servicio que presta un socio es ajeno a las facultades administrativas y de representación, entre él y el ente social puede existir contrato de trabajo, si por otra parte, hay subordinación del socio respecto de la sociedad. (Casación Laboral. 16 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 603, 2ª.

119

CONTRATO DE TRABAJO
Y LIBERTAD CONTRACTUAL

La libertad contractual en el derecho del trabajo se halla sometida a numerosas restricciones por consideraciones de interés general, pero la intervención estatal no va

hasta desconocerle valor a las convenciones libremente concertadas, sin vicios del consentimiento, con objeto y causa lícitos, y exentas de reparos en cuanto hace al orden público y a las buenas costumbres. (Casación Laboral. 27 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 707, 2ª.

120

CONTRATO DE TRANSPORTE

(Obligaciones del porteador).

Artículo 258 del Código del Comercio. Artículo 2070 del Código Civil.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 258 del Código de Comercio (art. 2070 del C. C.), la principal obligación del porteador o acarreador consiste en entregar las mercancías u objetos transportados en el lugar convenido y a la persona designada en la respectiva carta; de manera que con la restitución o entrega, por regla general, termina el contrato de transporte, salvo en cuanto averías u otros daños ocasionados a la carga, que el consignatario debe alegar dentro de los plazos precisos fijados por el Código de la materia. (Negocios Generales. 29 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 739, 1ª y 2ª.

121

COPARTICIPACION EN EL DELITO

Artículo 19 del Código Penal.

La coparticipación punible exige que cada concurrente obre con conocimiento del fin delictivo y preste una colaboración conducente a conseguir el resultado; pero en el caso en estudio, si bien los dos procesados obraron con la intención de matar, sólo uno de los disparos ocasionó el deceso de la víctima, y su comportamiento no fue fruto de un acuerdo previo, sino de factores meramente casuales, luego no puede decirse que son coautores del delito.

Otra es la situación cuando la víctima de un delito de homicidio, por caso, es objeto de diferentes lesiones, ninguna de las cuales es de carácter mortal, pero cuyo deceso se debe a las consecuencias de todas ellas, pues a la consumación de este delito concurren todos los atacantes del sujeto pasivo; "en cuyo evento —ha dicho la Corte— la responsabilidad de cada copartícipe necesariamente se vincula al delito común propuesto, y no al que, fuera del concurso, pudiera ser imputado a cada uno". (Casación Penal. 30 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 534, 1ª.

122

CUANTIA DE UN JUICIO

(Su determinación para fines del recurso de casación).

Artículo 1º del Decreto 3547 de 1950. Artículos 519 y 524 del Código Judicial.

Así como con arreglo al artículo 1947 del Código Civil "el justo precio se refiere al tiempo del contrato", la cuantía real del pleito se mide por la que tuviera en el momento de nacer la relación jurídico-procesal. En ninguna de las dos hipótesis pueden influír las tendencias ulteriores del mercado, bien sea que se concreten en alza o en baja de las cotizaciones.

De esa suerte la estimación de la cuantía hecha por el demandante en su libelo y no discutida por el demandado, aunque tenga por fin principal determinar competencia en los grados procesales, constituye además poderoso elemento de juicio para decidir si el valor controvertido permite o no conceder el recurso extraordinario. Esa medida, que

surge del acuerdo expreso o tácito de las partes al iniciarse la litis, por regla general marca pauta al respecto, pues sólo cuando en el ánimo del sentenciador, que no en el de los litigantes, se presenta verdadero motivo de duda, hay lugar que designe peritos para que dictaminen sobre la cuantía de la demanda. Ello, porque al prever y regular esa situación dubitativa, el artículo 524 del Código Judicial concede implícitamente, pero con claridad, poderes discrecionales al sentenciador para desatarla en definitiva, salvo arbitrariedad demostrada. (Casación Civil. 25 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 346, 1ª y 2ª.

D

123

DAÑO EN BIENES AJENOS

(Elementos del delito).

Artículo 426 del Código Penal.

El evento delictivo de daño en bienes ajenos (art. 426 del C. Penal), únicamente se da por un acto intencional del sujeto activo y no por simple culpa, como es indudable que ocurrió con la muerte de la mula que cabalgaba la víctima del homicidio, en el caso a que se concretan estos autos.

Expresa Giuseppe Maggiore (**Derecho Penal.** Edit "Temis", Bogotá, 1956, t. V), que "el delito de daños difiere de los otros delitos contra el patrimonio, en cuanto falta en él el elemento del lucro (**lucri faciendi causa**). Y difiere objetivamente del daño puramente civil, en cuanto no es acriminado cualquier daño contra el patrimonio, sino únicamente el que tiene por efecto la destrucción total de la cosa o una deterioración de ella, que le quite o disminuya su valor, sea como valor de cambio, sea como valor de uso; pero no difiere subjetivamente, pues siempre supone el dolo o la voluntad de realizar sobre cosas ajenas una actividad a la que no se tiene derecho". (Pp. 113 a 114).

También el tratadista Gustavo Rendón Gaviria (**Derecho Penal Colombiano,** edición auspiciada por la Universidad de Medellín, 1953), dice que el delito de daño, "aunque en su ejecución asuma los medios operativos de los delitos comunes contra la propiedad, tiene como elemento que lo caracteriza la intención del agente, que de manera inmediata no procede con el ánimo de lucro o beneficio sino determinado por motivos de orden diferente, como la venganza, el odio, etc." (p. 165). (Casación Penal. 30 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 538, 1ª y 2ª.

124

DECLARACIONES

(Efectos de las exigidas indebidamente a los parientes próximos del sindicado).

Artículo 25 de la Constitución Nacional.

No debe perderse de vista que en la prohibición contenida en el artículo 25 de la Carta, como dice la Corte en sentencia de 6 de diciembre de 1951 (G. J. t. LXX, p. 738), "va implícitamente envuelto el reconocimiento de una facultad para el testigo, de declarar o abstenerse de hacerlo, con la correlativa obligación para el funcionario de recibírsela cuando aquél opte por rendirla..."

Y aun en el supuesto de que tales testimonios hubieran sido recibidos sin el consentimiento de los deponentes, dicha violación del precepto de la carta tendría sus consecuencias sobre la validez de tales pruebas, las que correspondería tomar como inexistentes, mas no en la legitimidad del proceso. (Casación Penal. 1º de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 384, 1ª y 2ª.

125

DECLARACION JUDICIAL DE PATERNIDAD

(Inscripción de la sentencia).

Artículo 10 de la Ley 92 de 1938. Artículo 33 del Decreto 1003 de 1939.

La declaración de paternidad hecha por sentencia obliga al Juez a ordenar la inscripción de ella, como consecuencia del reconocimiento del estado civil (artículo 10, Ley 92 de 1938. Artículo 33, Decreto 1003 de 1939. (Casación Civil. 28 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 362, 1ª.

126

DEFRAUDACION

(Por error ajeno o caso fortuito).

Artículo 418, ordinal c), del Código Penal.

En cuanto a que en el caso de autos pueda presentarse la figura de una defraudación, en el supuesto del ordinal c) del artículo 418, basta para destruír esa hipótesis tener en cuenta que la apropiación de la cosa objeto del ilícito en este proceso no se produjo por error ajeno, pues que éste, si lo hubo, fue procurado por la acción del agente, y el caso fortuito, todavía es menos existente, toda vez que para que éste se produzca es menester una causa ajena al sujeto pasivo del ilícito, pues si ésta dimana del agente activo de la infracción no puede hablarse de una figura que, por lo mismo que es desencadenada o proviene de hechos externos a quien los sufre, es imposible admitirla en un negocio como éste. Ello porque no hubo para el agente del delito esa imprevisión de lo imprevisible que caracteriza el caso fortuito, porque todo ya estaba de antemano preparado y previsto para la ejecución del hecho. (Casación Penal. 25 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 513, 1ª y 2ª.

127

DELITOS COMUNES

(Cuáles son).

Ninguna dificultad ofrece estimar que son **delitos comunes** aquellos que no son cometidos en ejercicio de funciones públicas, esto es, las violaciones punibles que, según las palabras del doctor Samper, "se cometen contra el común de los individuos o contra el orden social, sin que la ejecución atente a los derechos del Estado o dependa del ejercicio mismo de las funciones públicas"; o, como anota Wesley de Benedetti (**Enciclopedia Jurídica Omeba,** Tomo VI, páginas 256 a 257), "los que pueden ser cometidos por cualquier persona..." y... "en que el hecho delictuoso no está específicamente determinado en la calidad o posición del agente...", como ocurre en el prevaricato, en el abuso de autoridad, etc. El tratadista Luis Carlos Pérez, en su obra **Derecho Penal Colombiano** (Tomo IV, página 260), observa que "son delitos especiales aquellos que requieren determinada calidad en el sujeto activo (cuando, por ejemplo, sólo los puede cometer un funcionario público); políticos, los que hemos definido en el número 77 (V. I); comunes, los que pueden ser cometidos por cualquiera". Asímismo, Eugenio Cuello Calón (**Derecho Penal,** Tomo I, página 262), anota que "se reputan delitos comunes aquellos que lesionan bienes jurídicos individuales, v. gr., los delitos contra la vida, contra la honestidad, contra la propiedad, etc., etc.". Por último, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 30 de septiembre de 1942 (**Gaceta Judicial,** Tomo LV, números 1996-1997, páginas 324 y siguientes), refiriéndose al fuero restringido que señala el Código de Procedimiento Penal respecto de los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, quienes, como los Gobernadores y los demás funcionarios señalados en el ordinal 6º del artículo 42 de

dicha obra, antes transcrito, son juzgados conforme a tal fuero sólo con respecto a delitos oficiales, dice lo siguiente en cuanto a la diferenciación entre **delitos comunes** y **delitos cometidos en ejercicio del cargo:** "Este..." el Código de Procedimiento Penal..., "lejos de ampliar la jurisdicción que como privativa le confiere a la Corte el artículo 148..." (151)... "de la Constitución Nacional, restringió los llamados fueros, no atribuyó a la Corte la facultad para juzgar por delitos comunes a los Magistrados de los Tribunales, y les dejó el juzgamiento de ellos únicamente en cuanto a los cargos o delitos de responsabilidad relacionados con sus funciones de Magistrados. El nuevo estatuto procedimental se atuvo, para fijar la competencia legal de la Corte, exclusivamente a la naturaleza del hecho juzgable. Y, así, el delito cometido en ejercicio de la magistratura o con abuso o pretexto de las funciones correspondientes, debe ser juzgado por la Corte, ya sea que se trate de un Magistrado en ejercicio o de quien haya dejado de serlo. En cambio, si se trata de un delito común, el juzgamiento del asunto no corresponde a la Corte, sino a los Jueces ordinarios, aun cuando el hecho haya sido ejecutado..." durante el ejercicio del cargo. (Casación Penal. 11 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 498, 1ª y 2ª.

128

DELITOS COMUNES

(Y delitos oficiales).

Nada que esté más lejos de la calificación de **delito oficial** como éste de lesiones personales de que tratan los autos, como que, de haber sido el sindicado el autor de esta infracción punible, ella resulta absolutamente ajena al ejercicio de sus funciones de Gobernador, pues se trata de la herida de arma de fuego que recibiera un menor cuando, en compañía de otros jóvenes, se divertía disparando al blanco con una escopeta de aire. (Casación Penal. 11 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 498, 2ª.

129

DELITOS CONEXOS

(Principio que rige para la investigación y fallo de los mismos).

Artículo 54 del Código de Procedimiento Penal. Artículo 30 del Decreto 0012 de 1959.

Al indicar el artículo 30 del Decreto 0012 de 1959 que sus normas procedimentales se aplicarán en los procesos que se adelanten por los delitos en el mismo estatuto previstos o los conexos con ellos, no hizo sino inspirarse en el principio general consagrado en el artículo 54 del Código de Procedimiento Penal, según el cual los delitos conexos se investigarán y fallarán en un mismo proceso, que fundamentalmente persigue la unidad de éste y la economía en el procedimiento. (Casación Penal. Febrero 20 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 132, 1ª.

130

DELITOS POLITICOS

(Cuáles son).

Artículo 1º del Decreto 1823 de 1954.

El epígrafe del Decreto 1823 de junio 13 de 1954, reza textualmente: "por el cual se concede amnistía e indulto por los delitos políticos cometidos hasta la fecha y una rebaja de pena".

El artículo 1º del mismo, dice:

"Concédese amnistía para los delitos políticos cometidos con anterioridad al 1º de enero del presente año.

"Para los efectos del presente Decreto, se entiende por delitos políticos, todos aquellos cometidos por nacionales colombianos, cuyo móvil haya sido el ataque al Gobierno, o que puedan explicarse por extralimitación en el apoyo o adhesión a éste, o por aversión o sectarismo políticos".

Como puede fácilmente comprenderse, el inciso segundo del artículo transcrito contiene tres cuerpos, fuera de la nacionalidad colombiana, a saber:

a) Que el móvil de esos delitos políticos haya sido el ataque al Gobierno;

b) Que puedan explicarse por extralimitación o apoyo al Gobierno, y

c) Que el móvil de los mismos sea la aversión o el sectarismo políticos.

El signo ortográfico de coma, y la o disyuntiva que claramente relieva el artículo, sirven de manera muy eficaz para descomponer el texto legal en los tres requisitos enunciados. (Casación Penal. 5 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 398, 1ª y 2ª.

131

DERECHO DE DEFENSA

Artículo 26 de la Constitución Nacional. Artículos 104, 107, 432 y 433 del Código de Procedimiento Penal.

La búsqueda de la verdad y la aplicación justa de la pena, como objetivos primordiales del proceso, sólo resultan legítimos si se asegura una efectiva defensa de la persona incriminada. El derecho de defensa se concreta en las diferentes facultades que la ley de procedimiento le confiere al sindicado para ejercitarla y consiste, como expresa Manzini, en una "actividad procesal dirigida a hacer valer ante el Juez los derechos subjetivos y los intereses jurídicos del imputado", esto es, la facultad de probar y alegar la inocencia o cualquiera circunstancia que modifique el grado de la responsabilidad.

Cabe distinguir, como lo hace el tratadista Alfredo Vélez Mariconde en su obra **La situación jurídica del imputado** (Edit. "Depalma", 1944, p. 43 y ss.), entre defensa material y formal, siendo la primera la que el mismo sindicado realiza "mediante manifestaciones que puede hacer en el proceso, declarando cuantas veces quiera en la instrucción y en el juicio, siempre que ellas sean pertinentes", y consistiendo la segunda en los alegatos y observaciones hechos en las instancias, respecto de los preceptos de derecho sustantivo o procesal, lo cual "exige lógicamente conocimientos jurídicos de que el imputado, en la mayoría de los casos, carece; sin ellos, él no se podría defender eficazmente, y la defensa, por ende, no respondería a los fines de su institución".

Este segundo aspecto del derecho de defensa explica la necesidad de un defensor técnico, cuya asistencia jurídica al procesado la aseguran la Constitución Nacional (art. 26), y el Código de Procedimiento Penal (arts. 104, 107, 432 y 433, entre otros).

En efecto, la Carta, en la disposición citada, dispone que a nadie se le juzgue "sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio". Esta Sala, en sentencia de 13 de noviembre de 1928 (G. J., t. XXXVI, p. 201), dice que "son fórmulas con que ésta ordena la observancia de los siguientes requisitos, aparte de otros en ellos declarados expresamente... d), que el procedimiento en todos estos casos garantice al sindicado los medios de defensa..."

Las normas del estatuto procesal mencionadas aluden, las dos primeras (arts. 104 y 107), al derecho que tiene el sindicado de nombrar "un apoderado que lo asista en todas las diligencias del sumario...", y las dos últimas (arts. 432 y 433), al derecho de defensa del procesado durante el juicio. (Casación Penal. 1º de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 383, 1ª y 2ª.

132

DERECHO DE DEFENSA

(Normas que consagran esta garantía del procesado).

El artículo 25 de la Constitución Nacional preceptúa que "nadie podrá ser obligado, en asunto criminal, correccional o de policía, a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad"; y el 26 del mismo estatuto manda que a nadie se le juzgue "sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

Pues bien: "Las expresiones **formalidades legales, plenitud de forma en cada juicio,** empleadas en la Constitución...", dice la Corte en sentencia de 13 de noviembre de 1928 (G. J., t. XXXVI, p. 203)..., "son fórmulas con que ésta ordena la observancia de los siguientes requisitos, aparte de otros en ellos declarados expresamente... d), que el procedimiento en todos estos casos garantice al sindicado los medios de defensa; ..."

Asímismo, el Código de Procedimiento Penal se ocupa de esta trascendental garantía, así:

a) Al disponer en el artículo 104 que "desde el momento en que sea aprehendido o llamado a rendir indagatoria, tiene..." el procesado... "derecho a nombrar un apoderado que le asista en todas las diligencias del sumario. El funcionario de instrucción le hará conocer este derecho. Si el procesado no quiere o no puede nombrar apoderado, el funcionario de instrucción se lo nombrará de oficio".

b) Al indicar en el 107 que "el cargo de defensor es de forzosa aceptación. En consecuencia, tanto los nombrados por el procesado, como los que designe el Juez o el funcionario de instrucción estarán obligados a aceptar **y desempeñar** el cargo...", (Subrayó la Sala).

c) Cuando en el 432 preceptúa que "al notificarse el auto de proceder, se hará saber al procesado el derecho que tiene de nombrar un defensor que lo represente en el juicio; si no lo nombrare, lo designará el Juez..."

d) Cuando dispone que si no fuere posible hallar al procesado para notificarle el auto de proceder, se le "emplazará por edicto que permanecerá fijado durante veinte días en la Secretaría del Juzgado y se publicará en carteles fijados en lugares públicos de la localidad. Si transcurrido este plazo no compareciere, se le declarará reo ausente, se le nombrará defensor de oficio y con éste se seguirá el juicio hasta su terminación", (art. 433). (Casación Penal. Febrero 22 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 150, 1ª y 2ª.

133

DERECHO DE DEFENSA

(Y Juez competente).

Artículo 26 de la Constitución Nacional. Artículo 198, ordinal 1º, del Código de Procedimiento Penal.

La jurisdicción o competencia no hace propiamente parte del derecho de defensa, pues éste se concreta en otras actividades procesales que hacen referencia de modo principal a la producción de la prueba, a alegaciones orales o escritas y otras actuaciones de igual o parecida índole. Es cierto que el juzgamiento ante tribunal competente es también una garantía constitucional, pero no corresponde a la facultad que el procesado tiene de defenderse por los medios que la ley le confiere.

Lo que debe preguntarse es si al procesado se le juzgó por el funcionario competente señalado en la ley, pues de otra suerte la nulidad alegada incidiría mejor en la pre-

vista en el ordinal 1º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal y no sería por ello necesario recurrir al artículo 26 de la Carta para considerarla como nulidad supralegal. (Casación Penal. 25 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 506, 2ª.

134

DERECHO DE DEFENSA

(Y Tribunal competente).

Artículo 26 de la Constitución Nacional.

La violación de los preceptos sobre la competencia de los Jueces no hace parte del derecho de defensa. El juzgamiento ante tribunal competente está también garantizado en la Constitución Nacional, pero, como se dejó dicho, no corresponde a la facultad que el procesado tiene de defenderse, defensa que se manifiesta principalmente en la producción de pruebas y en las alegaciones orales o escritas. (Casación Penal. 16 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 458, 2ª.

135

DERECHO DE DEFENSA
DEL PROCESADO

Artículo 26 de la Constitución Nacional. Artículos 104, 107, 432 y 433 del Código de Procedimiento Penal.

Es incuestionable que la sentencia acusada fue proferida en un proceso viciado de nulidad y, por consiguiente, debe ser invalidada, si se tiene en cuenta la franca violación del derecho de defensa del procesado recurrente, consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional, pues bien puede decirse que fue vencido en juicio pero no oído en el mismo. Ninguno de los defensores que en las instancias le fueron designados, hizo diligencia alguna relacionada con su cargo. Careció, pues, el acusado, de toda asistencia jurídica en este negocio.

La búsqueda de la verdad y la aplicación justa de la sanción, como objetivos primordiales del proceso penal, únicamente resultan legítimos si se asegura al sindicado una efectiva defensa.

Este derecho de defensa se concreta en las diferentes facultades que la ley de procedimiento le confiere al procesado para ejercitarla. Consiste, como anota Vincenzo Manzini, en una "actividad procesal dirigida a hacer valer ante el Juez los derechos subjetivos y los intereses jurídicos del imputado". Es el derecho de alegar y de probar la inocencia o cualquiera circunstancia que modifique el grado de la responsabilidad.

Es obvio que la asistencia jurídica del procesado que el Código de Procedimiento Penal regula (arts. 104, 107, 432 y 433 entre otros), no consiste en que el apoderado únicamente tome posesión de su cargo, del mismo modo que el Juez tampoco administra justicia sólo con suscribir el acta de su posesión. Si éste no cumple sus funciones o aquél las suyas, ambos están faltando a sus deberes. (Casación Penal. 16 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 457, 2ª, y 458, 1ª y 2ª.

136

DERECHO DE DEFENSA
DEL PROCESADO

(Defensa material y defensa formal).

Artículo 26 de la Constitución Nacional.

La búsqueda de la verdad y la aplicación justa de la pena, como objetivos primordiales del proceso, sólo resultan legítimos si se asegura una efectiva defensa de la persona incriminada.

El derecho de defensa se concreta en las diferentes facultades que la ley de procedimiento le confiere al sindicado para ejer-

citarla y consiste, como expresa Manzini, en una "actividad procesal dirigida a hacer valer ante el Juez los derechos subjetivos y los intereses jurídicos del imputado". Es el derecho de alegar y de probar la inocencia o cualquiera circunstancia que modifique el grado de la responsabilidad.

El tratadista Alfredo Vélez Mariconde (en su obra **La situación jurídica del imputado,** Editorial "Depalma", 1944, págs. 43 y ss.), luégo de distinguir entre defensa material y formal, dice que la primera es la que realiza el sindicado "mediante manifestaciones que puede hacer en el proceso, declarando cuantas veces quiera en la instrucción y en el juicio, siempre que ellas sean pertinentes", o guardando silencio, ya que "también puede abstenerse de declarar"; y que la formal o técnica "se ejerce mediante instancias, alegatos y observaciones que se basan en normas de derecho sustantivo o procesal...", la cual "exige lógicamente conocimientos jurídicos de que el imputado, en la mayoría de los casos, carece; sin ellos, él no se podría defender eficazmente, y la defensa, por ende, no respondería a los fines de su institución".

Anota también este mismo autor que "bajo este segundo aspecto, y queriéndose demostrar la necesidad de un defensor técnico, se ha dicho que la intervención de éste suple la psicología inferior del imputado, el que se encuentra bajo la coerción moral del Ministerio Fiscal o en todo caso y más aún si es inocente, en condiciones anormales que no le permiten defenderse; ha podido verse en ella una integración jurídica que viene a restablecer el equilibrio de las fuerzas que de ordinario se observan en contradicción, de donde la defensa técnica es un elemento lógico indispensable del proceso...; se ha pensado que la defensa es una actividad imprescindible, porque no puede suponerse en los jueces una agudeza, una rectitud y una infalibilidad perfectas, únicas calidades que podrían hacerla innecesaria; y aun ha podido anotarse una razón política: 'abandonado el prevenido al arbitrio de los jueces, a la propia inexperiencia, a su escaso saber, a su timidez, al pavor que lo obsesiona, ¿quién podría impedir que en el ánimo de los ciudadanos naciera el concepto de que si el individuo hubiera sido defendido convenientemente habría podido demostrar su inocencia? Ahora bien: por respetable que sea el veredicto del magistrado, por animado que se encuentre de probidad y visión prudente, es necesario que el público tenga la absoluta convicción de que la inocencia está ante aquél perfectamente asegurada, que a ella se le otorga la más amplia garantía, es decir, además de la publicidad, la presencia, la actividad, el ingenio de un defensor'.". (Casación Penal. Febrero 22 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 149, 2ª, y 150, 1ª.

137

DICTAMEN PERICIAL

(En juicio de petróleos).

Como el examen pericial se reduce a expresar que "las tierras de El Rincón corresponden a títulos emanados del Estado —estancias de ganado mayor— adjudicadas en épocas anteriores a 1873", sin que para llegar a esa conclusión se hiciera por los expertos ningún estudio comparativo entre los linderos contenidos en los títulos primitivos y los que se indican en los que amparan la propiedad privada de la sociedad demandante, ni verificación sobre el terreno en cuanto a los primeros, debe considerarse la peritación como carente de fundamento y valor probatorios. (Negocios Generales. 12 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 768, 2ª.

138

DICTAMEN PERICIAL

(Mérito probatorio).

Artículo 268 del Código de Procedimiento Penal.

Un dictamen pericial, como enseña el artículo 268 del Código de Procedimiento Penal "no es por sí plena prueba". Su apreciación la hace el juez, "para acogerlo o desecharlo", con fundamento en los hechos y razonando su adhesión o rechazo a la exposición de los peritos. (Casación Penal. Enero 31 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 79, 1ª.

139

DICTAMEN PERICIAL

(Respecto de hechos pretéritos).

Artículo 722 del Código Judicial.

Según el artículo 722 del Código Judicial, "hace también plena prueba el dictamen uniforme de dos peritos sobre los hechos sujetos a los sentidos", porque en este caso, no solamente cooperan como expertos, sino también como testigos, para establecer hechos que han verificado directa y personalmente, mediante los sentidos; pero para esta verificación se requiere que los hechos sean palpables y objetivos, condiciones que no llenan los hechos pasados, como el conocer o determinar si un predio ha estado poseído o explotado económicamente antes del 28 de octubre de 1873, por un lapso no menor de cuarenta años, que la legislación española señalaba para la prescripción calificada de inmemorial.

Cuando los peritos deben estimar o emitir concepto sobre hechos pasados, para darle fundamento, se requiere que estén probados en el juicio, porque no sería dable llegar a conclusiones ciertas con base en meras hipótesis más o menos probables, pero sin asidero real en el proceso; sin embargo, esto no significa que los peritos estimen el mérito probatorio de los medios de reproducción, dentro del juicio, de los hechos pasados en forma soberana e inmodificable, porque esta atribución le corresponde al juzgador, quien a la postre, decidirá tanto respecto de la aptitud del medio probatorio como del grado de certeza que produzcan los hechos aducidos como fundamento de la inferencia. (Negocios Generales. Febrero 15 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 283, 2ª, y 284, 1ª.

140

DONACIONES

(Protección jurídica de las mismas).

Artículos 1524 y 1458 del Código Civil.

No por antieconómicos los actos de empobrecimiento dejan de tener hondo significado y protección jurídica si obedecen a motivos de solidaridad humana, encaminados al amparo de los humildes, al incremento de la cultura o al bienestar general. Así, la pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente de obligación (1524, Código Civil), con autonomía plena cuando el monto no excede de dos mil pesos, y con venia judicial si sobrepasa esa medida. Intereses de orden superior exigen la intervención prudente del Juez, a fin de que no se contravenga ninguna disposición legal y, ante todo, para evitar la ruptura del plano de equilibrio, correspondencia y proporción de la liberalidad con las facultades del donante, quien como es natural debe conservar medios adecuados a su futura congrua subsistencia y permanecer a salvo de entredicho por dilapidación (1458 **ibídem**). (Casación Civil. 22 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 329, 1ª.

141

DONACIONES

(Simples y condicionadas).

Artículo 1443 del Código Civil.

Si alguien que no espera retribución, merma voluntariamente su patrimonio por tras-

paso de bienes, es de elemental contrapartida que el acto redunde en beneficio de otra persona o en provecho de la sociedad. Y si la dádiva está impulsada por la destinación del objeto a cierto fin cultural, el hecho de que quien recibe un valor se encuentre ligado por el deber de cumplir la voluntad del donante, no suprime la nota liberal del acto sino cuando en concreto puede hallarse que el contenido económico de la operación lo transforma en todo o en parte de gratuito en oneroso.

Dentro de los fines primordiales del Estado se encuentra el progreso de la cultura a través de todas las entidades de derecho público: Nación, Departamentos, Municipios. De modo que el aporte en bienes materiales y en servicios personales para fines educativos, de beneficencia o de interés público, hecho a tales entidades por los ciudadanos sin recibir directamente contraprestación alguna, reviste con nitidez el carácter de donación, aunque el lleno de la finalidad determinante del acto liberal envuelva desembolsos más o menos cuantiosos como aporte que a su turno haya de hacer la entidad que recibe para ese fin concreto. No es ciertamente su cuantía mayor o menor frente al importe total de la obra lo que haya de conceder o negar al acto individual la fisonomía enteramente gratuita de la ayuda pequeña o grande, pero meritoria siempre, que alguno haya dado para la realización del fin trascendente que se persigue, cualquiera sea el importe total de la obra estimable en dinero. (Casación Civil. 22 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 329, 1ª y 2ª.

142

DONACION

(Disfrazada por otro contrato simulado).

Unas relaciones sexuales de largos años entre personas no casadas, son terreno propicio a una donación disfrazada de otro acto jurídico. (Casación Civil. Enero 31 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 38, 2ª.

143

DONACIONES A ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO

Artículo 1443 del Código Civil.

Si se contempla la creación de un colegio municipal de enseñanza pública, habrá en ello causa onerosa por motivo determinante de la donación, pero el aporte gratuito del edificio para su funcionamiento integra liberalidad cuya cuantía se mide por el valor que a la sazón tenga el inmueble, aunque el Municipio donatario no posea libertad de darle otra destinación y aunque el sostenimiento del plantel exija gastos que pueden ser incalculables en el transcurso del tiempo. La actividad municipal no es ni con mucho ajena al desarrollo de la educación pública, y en su logro habrá de comprometer por siempre muy buena parte de sus recursos para hallarse a la altura de su propia misión. Y el auxilio voluntario y libre que para ello reciba de las gentes tendrá el tratamiento de donación enteramente gratuita, aunque al poder municipal, por destinación, le esté vedado aplicarla a otros fines. Es así como las donaciones con causa onerosa quedan sujetas a insinuación por el artículo 1461 del Código Civil. (Casación Civil. 22 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 329, 2ª.

E

144

ERRONEA INTERPRETACION DE LA LEY

(Y su aplicación indebida).

Artículo 520, numeral 1º, del Código Judicial.

La violación de la ley por el concepto de la errónea interpretación, exige que la

sentencia aplique la norma, pero dándole una inteligencia en desacuerdo con su texto o con su recto sentido. Se presenta la aplicación indebida cuando entendida rectamente la norma, y sin que medien errores de hecho o de derecho, se la aplica a hecho probado pero que ella no regula o se la aplica al hecho probado llegando a consecuencias jurídicas distintas de las queridas por el legislador. (Casación Laboral. 5 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 552, 2ª.

145

ERROR DE HECHO

(Como causal de casación).

Artículo 87, numeral 1º, del Código de Procedimiento Laboral.

Calificar de error de hecho la providencia del Tribunal denegatoria de la reposición del auto que clausuró el debate probatorio en segunda instancia, alegando que la medida causó agravio a la sociedad demandada, pues le impidió aportar al debate la prueba sobre pago del salario y cesantía reclamados en el juicio por el demandante, es incurrir en inexcusable equivocación, pues error de hecho es negar la existencia de una cosa que las pruebas del proceso acreditan, o viceversa. (Casación Laboral. 15 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 596, 1ª.

146

ERROR DE HECHO

(Motivo de casación).

Artículo 87, numeral 1º, del Código de Procedimiento Laboral.

En cuanto al error de hecho en la apreciación de las pruebas, es de observar que cuando la sentencia materia del recurso de casación se apoya en un conjunto de medios de prueba que concurrieron todos a formar la convicción del fallador, no basta para infirmarla que se ataquen algunos de tales medios, suponiendo eficaz el ataque, si los que restan son suficientes para apoyar la solución a que llegó aquél, ni tampoco que se hayan dejado de estimar algunas pruebas, si la sentencia se funda en otras que no han sido atacadas. (Casación Laboral. 7 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 562, 2ª.

147

ESTAFA

(Elementos de este delito).

Artículo 408 del Código Penal.

Podría resumirse el concepto más simple sobre la estafa diciendo que este delito no está constituído únicamente por cualquier mentira, falsedad o maquinación, pues que los artificios o engaños para obtener un provecho ilícito con perjuicio de otro, que son los elementos tipificadores de la estafa, deben tener para configurarla jurídicamente, capacidad y eficacia suficientes a inducir en error al estafado, de manera que el agente activo logre, mediante esos medios, la entrega voluntaria de la cosa objeto material del hecho. Es, pues, la voluntad del estafado la que resulta viciada y su consentimiento influído por el engaño o artificio con que se le arrebató su patrimonio. Y esta circunstancia es precisamente la que anota las diferencias específicas de la estafa con el hurto, el robo, la extorsión y el abuso de confianza. (Casación Penal. 25 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 510, 1ª.

148

ESTAFA

(Su estructuración legal).

Artículo 408 del Código Penal.

El Código Penal colombiano al definir la estafa puede catalogarse entre los estatutos

que emplean un método distinto del casuístico-analítico, en contraposición al genérico-abstracto de otras legislaciones, pues el capítulo pertinente, el VI del Título de los delitos contra la propiedad, no contiene sino cuatro artículos.

Es indudable que estructurado en forma tan sintética y abstracta un delito que, como la estafa, asume modalidades tan variadas y proteicas, podría constituír un motivo de crítica al Código, por no enunciar en unas normas más amplias por lo menos algunas de esas modalidades, como lo hacen otros estatutos, que incluyen primero una norma casuísta, señalando los medios de consumar el delito, bien sea con nombres supuestos, calidad simulada, falsos títulos e influencia mentida, para en seguida emplear una parte genérica, como lo hace el Código Penal colombiano en la que se fijan o señalan los elementos estructurales o constitutivos de artificios o engaños propios para sorprender la buena fe de la víctima, elementos todos que constituyen la estafa.

Con todo, la circunstancia misma de ser la estafa una infracción que ofrece múltiples, variadas y complejas estructuras, y cuyas modalidades de ejecución cambian hasta justificar el nombre que los romanos le daban "stellionatus" —locución derivada del nombre latino "stellius", que significa tarántula, especie de araña que se caracteriza, según decían los antiguos, por la inestabilidad de sus colores que cambian con la luz del sol— hace que sea preferible recoger todas esas modalidades en una fórmula única que comprenda todas las distintas y posibles ocurrencias. De esta suerte se evita que el casuísmo imposibilite encajar o concordar los diversos casos, con sus formas propias y específicas, en las casillas o figuras que el Código estructura, dejando así por fuera muchos fenómenos, que dentro de una fórmula genérica podrían ser considerados como hechos que armonizan o encuadran en los elementos constitutivos de la infracción, tal como la determina el Código.

La fórmula que emplea el artículo 408 es de aquellas que realizan precisamente el objetivo de recoger, en forma técnica y jurídica, las distintas modalidades de la infracción. Esa fórmula es idéntica a la empleada en el Código italiano, el cual estructura la estafa con los mismos elementos que el Código colombiano, pues señala el engaño y el artificio como los supuestos o presupuestos legales necesarios para dar tipicidad al delito y producir la inducción en error, como la resultante de aquellos medios o sistemas empleados para consumarlo. Se asemeja, también, a la admirable definición que von Liszt da de la estafa: "Es el daño patrimonial ocasionado mediante un engaño malicioso, con el objeto de procurar a otro un provecho injusto". (Casación Penal. 25 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 510, 1ª y 2ª.

149

ESTAFA

(En comparación con el hurto, el robo, la extorsión y el abuso de confianza).

Artículo 408 del Código Penal.

La estafa se distingue del hurto porque este delito está caracterizado por la sustracción o apoderamiento de la cosa mueble ajena sin el consentimiento del dueño; y esto es un elemento estructural del hurto. Del robo, porque la violencia que lo constituye implica el apoderamiento o entrega de la cosa por esa misma circunstancia y no por la propia voluntad de la víctima, que distingue a la estafa. De la extorsión, porque si bien en este ilícito también se entrega la cosa por la víctima; ello no se hace sino gracias a la coacción que surge de la amenaza moral que obliga al extorsionado a desprenderse de aquella para no sufrir los daños mediatos que se derivan de la oposición que presente a dejarse intimidar por ese medio delictuoso

Y, por último, del abuso de confianza, pues aunque en éste también la entrega de la cosa objeto del delito se hace voluntariamente por el dueño al agente delictuoso, ello surge en virtud de un título no traslaticio de dominio; por manera que mientras a la estafa la distingue el engaño o el artificio, al abuso de confianza lo caracteriza la forma misma como la víctima entrega su propiedad y otro se la apropia en provecho suyo o de un tercero, habiéndosela confiado a un título no traslaticio de dominio. (Casación Penal. 25 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 510, 1ª.

150

ESTAFA Y ABUSO DE CONFIANZA

Artículos 408 y 412 del Código Penal.

El delito de estafa radica principalmente en el hecho de hacerse entregar una cosa mediante engaños o artificios que induzcan en error a la víctima. Una de las características que distingue este ilícito del de abuso de confianza y otras defraudaciones, consiste primordialmente en que la entrega en la estafa proviene de situaciones previamente creadas por el agente que busca por sí mismo la situación propicia para realizar el delito, mientras que el abuso de confianza en sus distintas modalidades proviene generalmente de circunstancias independientes del agente, que surgen fuera de éste y se convierten por ello en favorables, determinando con esto la fácil consumación del hecho. Así, la entrega de la cosa objeto del ilícito en el abuso de confianza proviene espontáneamente de la actividad de la propia víctima, que la efectúa con el fin de darle una destinación especial en manos de quien la recibe, pero no a título traslaticio de dominio, a pesar de lo cual se la apropia en provecho suyo o de un tercero. En la estafa esa entrega no se hace voluntariamente, como en el caso anterior, sino que se produce como consecuencia de un error al que se induce, mediante artificios o engaños, sin los cuales no se habría producido tal entrega. Hay, pues, una diferencia de perpetración en ambos delitos, en lo que concierne a la actividad, planteamiento, etc., del hecho, que puede decirse que por este aspecto aquellas infracciones tienen modalidades específicas en cuanto al acto mismo de su comisión. Es el conflicto o antagonismo que determinan, que obedece a factores internos o externos de tanta efectividad que, según sea la mecánica como se manifieste el acto y la acción, cada uno de estos depende de que se les distinga como de diferentes categorías, sin que pueda confundírseles. (Casación Penal. 25 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 512, 2ª, y 513, 1ª.

151

ESTATICA Y DINAMICA EN EL DELITO

La estática y dinámica de los delitos se miden por el grado de actividad del agente en la acción o acciones que desarrolla para realizarlo. Si se cumplen desarrollos diversos, que exijan tiempo y diferentes actividades para operar sobre la víctima a fin de engañarla o tomarla de sorpresa, esa acción dinámica exterioriza un tipo determinado de infracción penal. Si, por el contrario, se cumple en un espacio corto, la acción es estática, modificando también el tipo.

"Por lo general —dice el criminólogo danés Stephan Hurwitz— puede establecerse una clara distinción en los casos en los cuales un individuo prepara un delito creando o buscando por sí mismo la situación propicia a su comisión y aquellos otros en que las circunstancias favorables llegan a él desde fuera, por azar y sin ninguna intervención por su parte para facilitarlas. De un lado tenemos, por ejemplo, el ladrón que se dirige al lugar adecuado para un robo, el timador que elige a su víctima, el homicida

o delincuente sexual que acecha a una persona; de otro lado, por ejemplo, casos en los que se aprovecha una oportunidad favorable, imprevista, para cometer un robo, para apropiarse un objeto encontrado; en los que se producen lesiones graves o incluso un homicidio durante una reyerta casual; en aquellos en que el hallazgo de una mujer o una criatura en despoblado incita a la comisión del delito sexual, etc. Esta diferenciación es de vital importancia para la orientación crimino-psicológica, para el criterio causal criminológico y para la estimación legal. Sin embargo, con mucha frecuencia hay que tener en cuenta las formas transitorias, tanto en el aspecto subjetivo como en el objetivo. El delincuente puede haber preparado, más o menos conscientemente, la situación en un amplio sentido; puede haber creado una disposición psicológica para la comisión del delito por permitir a su pensamiento fijarse en él, vagamente o con cierta precisión, lo que puede inducirle a convertir el mundo circundante creado en una posibilidad favorable de cometer el delito, aunque sin una clara resolución de su parte, o en circunstancias en que su yo consciente ha rechazado definitivamente la idea del delito, mientras impulsos inconscientes o vagamente conscientes le empujan hacia una situación tentadora. En este caso la comisión del delito puede depender de una emergencia externa y, no obstante, no ser un delito meramente accidental".

"Desde las situaciones claramente preparadas —continúa el mismo autor— hasta las típicamente accidentales, hay una escala de tipos de conducta desde preparaciones activas, pasando por impulsos pasivos hacia el objetivo, hasta la falta absoluta de preparación; pero esta escala es también capaz de indicar el grado de intensidad y de extensión con que la personalidad toma parte en la génesis del acto delictivo. Por regla general, los elementos endógenos incluídos en el concepto de personalidad se encuentran presentes con mayor frecuencia en los delitos de situación preparada y menos frecuentemente en los delitos de situación accidental, aunque, en realidad, esto no es absolutamente exacto para todos los casos. La situación accidental, por ejemplo, puede presentarse en una personalidad delictiva que encuentre su total y adecuada expresión en esa situación". (Obra citada, páginas 387 y 388). (Casación Penal. 25 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 511, 2ª, y 512, 1ª.

152

EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO

Artículos 1546 y 1609 del Código Civil.

Dentro del ámbito de los artículos 1546 y 1609 del Código Civil, solamente el contratante cumplidor de las obligaciones a su cargo, nacidas del acuerdo de voluntades, puede pedir la resolución del contrato, cuando la otra parte no ha cumplido las suyas. Por manera que, si el actor se halla en mora de cumplir alguna de las suyas, se quiebra su acción por la excepción de contrato no cumplido. (Casación Civil. Enero 30 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 30, 2ª.

153

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD

Artículo 215 de la Constitución Nacional.

El artículo 215 de la Carta, al disponer que "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales", se refiere, lógicamente, a normas legales que estén vigentes en el momento de juzgar, situación que no se da cuando tales normas por virtud de sentencia de inexequibilidad

se encuentran sin vigor en ese momento [1]. (Casación Penal. 14 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 445, 2ª.

154

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD

(Su aplicabilidad).

Artículo 215 de la Constitución Nacional.

Mientras una norma legal que sea contraria a la Constitución esté vigente, el juzgador debe dejar de aplicarla en el caso sometido a su decisión, con fundamento en la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 215 de la Carta; e igual cosa debe hacer, si la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 214 del mismo estatuto, ha declarado ese precepto inexequible. Pero ni la declaración de inexequibilidad tiene efecto retroactivo, ni puede acudirse a la excepción de inconstitucionalidad respecto de una norma que ha dejado de regir.[1] (Casación Penal. 14 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 446, 2ª.

155

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD

(Preclusión).

Artículo 215 de la Constitución Nacional.

Mientras una norma legal que sea contraria a la Constitución esté vigente (vale decir, mientras no haya sido derogada o declarada inexequible), el juzgador, en el caso sometido a su decisión, debe dejar de aplicarla con fundamento en la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 215 de la Carta; e igual cosa debe hacer si la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 214 del mismo estatuto, ha declarado ese precepto inexequible. Pero ni la declaratoria de inexequibilidad tiene efecto retroactivo, ni puede acudirse a la excepción de inconstitucionalidad respecto de una norma que ha dejado de regir [2]. (Casación Penal. 16 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 460, 1ª.

156

EXCEPCION DE PLEITO PENDIENTE

Artículo 328 del Código Judicial.

La excepción de pleito pendiente tiene un carácter temporal, por cuanto, para evitar dos juicios paralelos y con el grave riesgo de producirse sentencias contradictorias, se suspende aquel en el cual, por hallarse dentro de la oportunidad legal, se declara probada la dicha excepción dilatoria, mientras se dicta sentencia definitiva en el otro; y según el fallo obtenido y la extensión de la cosa juzgada, se podrá o no continuar el procedimiento en aquél, pues, las excepciones dilatorias, como lo dice el artículo 328 del Código Judicial, "se refieren al procedimiento para suspenderlo o mejorarlo..." (Negocios Generales. 12 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 744, 1ª y 2ª.

157

EXTRA Y ULTRA PETITA

(En Derecho Laboral).

Artículo 50 del Código de Procedimiento Laboral.
Artículo 471 del Código Judicial.

[1] Sobre esta doctrina véase el **salvamento de voto** de esta misma fecha, publicado en las páginas 447 y siguientes de este mismo tomo.

[2] Sobre esta doctrina véase el **salvamento de voto** de esta mima fecha publicado en las páginas 460 y siguientes de este mismo tomo.

En derecho procesal es principio generalmente admitido el de que la demanda limita los poderes del Juez, en forma tal que no le está permitido decidir fuera de lo pedido o más allá de lo pedido. Una excepción a este principio es lo establecido en el artículo 50 del Código Procesal Laboral, el cual autoriza la resolución **extra y ultra petita,** pero la previsión legal limita el ejercicio de la facultad al Juez del primer grado. (Casación Laboral. 3 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 664, 2ª, y 665, 1ª.

F

158

FALTAS CONTRA LA ETICA DEL ABOGADO

(Prescripción de la acción respectiva).

Artículo 115 del Código Penal. Ley 69 de 1945.

Las faltas contra la moral profesional a que se refiere la Ley 69 de 1945, prescriben en un año, dado su carácter contravencional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 115 del Código Penal. (Casación Penal. Enero 25 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 66, 1ª.

159

FILIACION NATURAL

(Naturaleza de la acción y de la sentencia respectiva).

Artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

La acción de filiación sólo está subordinada a la existencia de los hechos que la constituyen procedente, como son los enumerados en el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, únicos que autorizan la declaración judicial de paternidad natural; hechos, por otra parte, de tal naturaleza, que llevan implícita la preexistencia de la paternidad natural y que determinan que acción y sentencia en tales casos sean declarativas, pues en verdad, aquélla pide y ésta declara el reconocimiento de una relación ya existente, y, hechos, por fin, que no destruye ni desnaturaliza la muerte del padre, pues, al contrario, son fuentes de consecuencias jurídicas inevitables. (Casación Civil. 28 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 361, 2ª.

160

FILIACION NATURAL

(Establecida por confesión del presunto padre).

Artículo 4º, numeral 3º, de la Ley 45 de 1936.

Dentro de las distintas posibilidades de establecer la relación paterno-filial extramatrimonial está la del reconocimiento hecho por el padre en carta o en otro escrito cualquiera que contenga la confesión de paternidad. En razón de los principios generales sobre pruebas, las que tienen ese carácter contra el causante lo tienen contra sus herederos; no hay un sistema probatorio especial que pueda servir frente a aquél y no frente a quienes perpetúan su personalidad en el tiempo; y es, en el caso propuesto, cuando de manera más acentuada se vería lo extraño de una lógica que aceptase la paternidad del autor del reconocimiento y que le niegue su valor si ha muerto y la prueba se presenta por el hijo después de la muerte del padre. (Casación Civil. 28 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 361, 2ª.

161

FILIACION NATURAL

(Posesión notoria).

Artículo 2º (inciso 2º) de la Ley 45 de 1936.

Es notorio el interés de la ley en que el reconocimiento que por acto separado haga

cualquiera de los padres no exprese "el nombre de la persona con quien fue habido el hijo". "El funcionario ante quien se haga esta declaración omitirá en el acta o diligencia las palabras que la contengan", ordena el inciso 2º, artículo 2º, Ley 45 de 1936. Lo cual tiene virtud suficiente a demostrar que cuando con respecto al padre se acredita en juicio la posesión notoria del estado de hijo natural, ninguna secuela adversa podría desprenderse de la ausencia de mérito probatorio en el acta de nacimiento, indicativa de la filiación materna, que se ha mantenido afuera del proceso. (Casación Civil. Enero 29 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 15, 2ª.

162

FILIACION NATURAL Y PETICION DE HERENCIA

Artículo 1321 del Código Civil.

Son acumulables la acción de filiación natural cuando procede y la de petición de herencia, no sólo por razón legal, sino por economía procesal. (Casación Civil. 28 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 357, 2ª.

163

FUERO CASTRENSE

Artículo 170 de la Constitución Nacional. Artículo 194 del Código de Justicia Penal Militar.

El señor Comandante le da un alcance tan restrictivo al término "servicio militar", que llega a confundirlo con el de "orden del día", tal como se entiende esta expresión en el lenguaje castrense. Pero esta interpretación restrictiva no se compadece con los textos usados por la ley y por la Constitución, que emplean dicho término en su sentido genérico, como tiene que ser, sin que el intérprete pueda hacer al respecto distingos que estas normas no autorizan.

Por lo tanto, para el caso, no se requería que el soldado, en el momento de ejecutar el ilícito que se le imputa, se encontrara o no prestando "servicio de régimen interno", es decir, de guardia, en patrulla... ni tampoco bajo tropas formadas, y cumpliendo órdenes especiales de operaciones, como lo expresa el señor Comandante del Batallón, para quedar sometido a la justicia castrense.

De acuerdo con esta original concepción del "servicio militar", un ciudadano incorporado al Ejército Nacional, para prestar dicho servicio, no estaría cumpliéndolo sino únicamente durante el tiempo preciso en el que estuviera de guardia, en patrulla o en formación, o cumpliendo órdenes específicas y concretas relativas al régimen interno de la unidad operativa, táctica, o del puesto militar al cual pertenece. (Casación Penal. 31 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 487, 1ª.

164

FUERO CASTRENSE

(Y estado de sitio).

Artículo 170 de la Constitución Nacional. Artículo 194 del Código de Justicia Penal Militar.

Nada importa, para efectos de determinar la competencia en relación con la aplicación del fuero castrense a los militares en servicio activo, saber si en el momento en que se cometió el hecho o cuando se va a juzgar está o no en vigencia el régimen del estado de sitio, pues dicho fuero, para los militares en "servicio activo", opera o es aplicable en todo momento y en todo el territorio de la República. (Casación Penal. 31 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 487, 2ª.

G

165

GASTOS JUDICIALES

(Quién debe satisfacerlos).

Artículos 562, 563, 564 y 499, inciso 2º, del Código Judicial.

Como antecedente se halla la apelación interpuesta, en la debida oportunidad, por el apoderado del Departamento; pero como el demandante, haciendo uso de la especial gracia, consagrada en el artículo 881 del Código Judicial, solicitara la ejecución del fallo, vale decir, se concediera la apelación en el efecto devolutivo, el Tribunal, equivocadamente, consideró que los gastos debía pagarlos la parte demandada, o sea, el Departamento; y como así no lo hiciera, declaró desierto el memorado recurso en el auto preinserto.

El recurso de apelación interpuesto contra un acto interlocutorio o una sentencia, por regla general, se concede en el efecto suspensivo; sin embargo, pueden presentarse dos excepciones, reglamentaria la una, cuando la ley ordena que se conceda en el devolutivo, como sucede en los casos determinados, por ejemplo, en el artículo 1031 del Código Judicial, los cuales deben concederse con las limitaciones y cargas señaladas en el inciso 2º del artículo 499 del mismo Código; y la otra excepción cuando la apelación de suyo debe concederse en el suspensivo, mas en virtud de una gracia especialísima, se dispone u ordena la anticipada ejecución del fallo, para lo cual se transforma en devolutivo el efecto de la apelación a **petición de la parte favorecida con la sentencia,** que no debe invertir el normal pago de los gastos, los cuales, al igual de la caución, debe satisfacerlos, no el apelante demandado, sino la parte actora que impetra la anticipada ejecución de la providencia, como ocurre en los casos de excepción contemplados, por ejemplo, en los artículos 275, 525, 881, 890, 891, etc., del Código Judicial.

La anterior interpretación está en armonía con lo ordenado en el artículo 562 del Código Judicial, en cuanto "cada parte debe pagar los gastos que se causen en la práctica de diligencias que solicite"; y como ya se expresó, la anticipada ejecución del fallo se lleva a cabo a petición del actor, no del demandado, cuya situación procesal no puede agravarse con mayores gastos, en provecho y beneficio de aquél, que ejerce una atribución o facultad de carácter excepcional.

En el discutible evento de que las copias que deben expedirse conforme al artículo 499, inciso 2º del Código Judicial, no puedan reputarse, según parece lo lógico, natural y obvio, como "actuaciones judiciales" (artículo 563 ibídem), las expensas debe satisfacerlas la parte que las solicita, según lo enseña el artículo 564 del Código Judicial; y en este caso, la parte que solicitó la ejecución de la sentencia, no fue el Departamento, sino el demandante, a quien le correspondía satisfacer todos los gastos, directos e indirectos o mediatos, como las copias para hacer posible la anticipada ejecución del fallo; porque "se remite original al superior la parte conducente del proceso", mientras que aquellas servirán para dar aplicación al invocado artículo 881 del Código Judicial. (Negocios Generales. 8 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 716, 1ª y 2ª.

166

GASTOS JUDICIALES

(Reembolso de gastos abonados por la parte a quien no le corresponde).

Artículo 571 del Código Judicial.

El Juez debe fijar un término prudencial a la parte que ha omitido o está renuente en sufragar un gasto judicial que le corresponde, a efecto de que si no lo hace dentro

del plazo que se le señale, asuma las consecuencias que conlleva el apremio que establece el artículo 571 del Código Judicial, de no ser oída en juicio. Es verdad que esta norma, aplicable por analogía a los juicios del trabajo, no hace referencia expresa al término en que la parte obligada al pago de gastos del juicio, debe efectuar el reembolso de lo abonado por la otra. Sin embargo, es lo cierto que del propio contenido y finalidad de esta disposición, surge la necesidad y conveniencia de que el Juez fije un plazo para que la parte a quien corresponda cumpla con esa obligación para lo cual encuentra fundamento en lo establecido por los artículos 366 y 367 del mismo Código. En efecto si la parte que ha abonado un gasto del juicio que la otra debe pagar, para obtener su reembolso debe pedirlo de quien corresponda, ejercitando así una actividad procesal de acuerdo con la facultad que le otorga el artículo 571 ya citado y, si, a su vez, este precepto contiene un apremio para compeler al pago, en cuanto dispone que el litigante no sea oído en el juicio mientras no reembolse los gastos que ha abonado el otro, no se ve cómo pueda el Juez prescindir de fijarle un término para que cumpla prontamente su obligación. El artículo 571 del Código Judicial, en lo fundamental, consagra el derecho de reembolso a favor de la parte que ha abonado los gastos del juicio que corresponden a la otra. Sólo en forma secundaria, para que el deudor cumpla con esa obligación, dispone, por vía de apremio, que no será oído en el juicio mientras no efectúe el reembolso a la otra. Esta medida dirigida a compeler al renuente, no tiene otro efecto que el de quedar expuesto a no poder ejercitar los derechos procesales, sin que puedan trocarse en sanción que desconozca sus derechos en el juicio, pues ello entrañaría una interpretación inaceptable del contenido de esa norma, por contraria a su letra y a su espíritu. (Casación Laboral. Febrero 12 de 1962. Números 2251 y 2252). 221, 1ª y 2ª.

H

167

HEREDERO

(Prueba en juicio de esta calidad).

La calidad de herederos puede probarse en juicio no sólo con las respectivas actas del estado civil, sino también con la copia del reconocimiento hecho en el juicio de sucesión, según doctrina reiterada de la Corte. (Negocios Generales. Febrero 27 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 297, 1ª.

168

HONORARIOS DE LOS PERITOS

(Quién debe pagarlos).

Artículos 562 y 570 del Código Judicial. Artículo 51 del Código de Procedimiento Laboral.

No es rigurosamente exacto que los honorarios del perito que llega a actuar en un juicio de trabajo, tengan que ser pagados en todo caso por la parte que solicitó su intervención, dado que dentro del sistema probatorio laboral, la aducción y práctica de tal prueba depende exclusivamente de los poderes y del criterio del Juez y no de la voluntad de las partes. (Casación Laboral. Febrero 12 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 220, 2ª, y 221, 1ª.

169

HONORARIOS PERICIALES

(Sanciones por falta de pago de los mismos).

Artículo 60 de la Ley 63 de 1936.

Es de advertir que el artículo 60 de la Ley 63 de 1936, que subrogó al 568 del Código Judicial, y que el recurrente considera

como violación de medio para infringir el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, no pudo ser violado por la sentencia del Tribunal, por no ser aplicable al caso controvertido. En efecto, la prohibición contenida en el último inciso de esa norma procesal, en cuanto dispone que no podrá aprobarse ninguna diligencia de avalúos en juicio mortuorio ni tenerse como prueba la que se practique en otro juicio, sin que haya constancia en autos del pago o arreglo satisfactorio de los honorarios periciales, se refiere a una hipótesis legal que no se contempla en este proceso, ya que la diligencia de inspección ocular que se practicó por el Tribunal, se realizó sin el auxilio de peritos, y con la sola intervención de testigos actuarios. La sanción prevista por el artículo 60 de la Ley 63 de 1936, sólo se refiere a los casos en que se trate de emolumentos de los intérpretes o peritos, pues el derecho a la remuneración que por su trabajo corresponda a estos auxiliares de la justicia, es lo que protege la referida norma, al preceptuar que no se tenga como prueba la diligencia en que ellos intervengan, si no hay constancia en autos del pago o arreglo satisfactorio de sus honorarios. (Casación Laboral. 8 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 572, 2ª, y 573, 1ª.

I

170

IDENTIFICACION DE PREDIOS

El predio alinderado en la primera petición de la demanda, puede considerarse como identificado, en cuanto se lo ubicó sobre el terreno, porque para esta labor no es esencialmente necesario el recorrer, en forma física y material, cada uno de los lados del polígono si por otros medios puede evidenciarse la exactitud o realidad de aquéllos. (Negocios Generales. 12 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 756, 2ª.

171

IDENTIFICACION DE PREDIOS

(En juicios de petróleos).

La Corte ha considerado en varias sentencias que la identificación de un predio no se ha hecho a cabalidad, cuando no se ha podido determinar uno de los lados del polígono, aun cuando sí lo estén los restantes; de manera que cuando la falta de determinación no tiene por objeto uno solo de los lados del predio, sino de todos, la indeterminación tiene que reputarse absoluta. (Negocios Generales. Febrero 15 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 282, 1ª y 2ª.

172

IMPEDIMENTOS

(Competencia para conocer del incidente).

Artículos 73 y 74 del Código de Procedimiento Penal. Decreto 3665 de 1950.

Si bien las faltas disciplinarias a que se refiere el Decreto 3665 de 1950 pueden estimarse como integrantes del Derecho Penal Administrativo, y por analogía en proceso de esa naturaleza ser admisibles los motivos de impedimento previstos en el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, el mismo criterio analógico no es pertinente a efecto de atribuír a la Corte Suprema (Sala Plena) competencia para dirimir el incidente, dado que las normas en esta materia son de orden público, y de modo expreso deben surgir por mandato de la Constitución o de la ley.

Lo previsto y ordenado en el artículo 74 del citado Código es únicamente para procesos criminales, y el "Juez o Magistrado in-

mediatamente superior" de que allí se habla es la Sala Penal de la Corte.

No tratándose de proceso criminal en su acepción propia y no habiendo disposición alguna que atribuya competencia a la Corte para dirimir un incidente de impedimento en los juicios sumarios de que trata el Decreto 3665, la Sala Plena, como las demás Salas de la Corte, carece de jurisdicción para pronunciarse en el presente caso. (Sala Plena. 7 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 316, 2ª, y 317, 1ª.

173

IMPEDIMENTOS

(Deben motivarse y explicarse).

Artículo 72 del Código de Procedimiento Penal.

La providencia en que un Juez manifiesta un impedimento para conocer de un asunto, debe ser lo suficientemente motivada o explicativa, a fin de que el funcionario o los funcionarios a quienes corresponde calificar el impedimento puedan contar con adecuados y completos elementos de juicio para resolver acertadamente, y si en realidad es fundado y legal el motivo en que se pretende amparar el funcionario impedido para eximirse del conocimiento del negocio en el cual ha hecho la manifestación mencionada.

Por lo tanto, para que un impedimento pueda estimarse y ser debidamente calificado, no basta simplemente con invocar una causal legal y afirmar escuetamente que se ha cumplido el hecho en que ella se funda, sino que es necesario, que quien manifiesta el impedimento, explique, de modo claro y completo cuál es la situación real de hecho en que se encuentra que justifique satisfactoriamente la aplicación de la causal invocada. (Casación Penal. 28 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 478, 2ª, y 479, 1ª.

174

IMPEDIMENTOS

Artículo 73, ordinal 4º, del Código de Procedimiento Penal.

Dijo la Corte anteriormente: No toda opinión que jurisdiccionalmente dé un Juez dentro de un proceso puede considerársela como de bastante entidad para constituír una causal de impedimento. Es necesario que esa opinión traduzca una motivación profunda de los hechos del proceso y de los elementos de juicio que en él obran para que pueda comprometer al funcionario en posteriores etapas del juicio, cuando se produzca un cambio de jerarquía. (Casación Penal. 1º de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 387, 2ª.

175

IMPEDIMENTOS

(Causal 4ª).

Artículo 73, numeral 4º, del Código de Procedimiento Penal.

Con respecto a "la opinión sobre el asunto materia del proceso", a que se refiere el ordinal 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, ella puede darse: o con ocasión del ejercicio jurisdiccional, emitida en una providencia de fondo; o con motivo del ejercicio de la profesión de abogado, en forma de consejo o concepto dado a alguna de las partes del proceso; o también simplemente, sin miras profesionales, la opinión dada por cualquier otro motivo, de un modo particular o extrajuicio, sobre el asunto materia del proceso.

Pero, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada de esta Sala, no toda opinión puede estimarse de suficiente entidad para justificar una causal de impedimento. A este respecto ha dicho la Corte que: "Es necesario que

esa opinión traduzca una motivación profunda de los hechos del proceso y de los elementos de juicio que en él obran, para que pueda comprometer al funcionario en las posteriores etapas del juicio, cuando se produzca un cambio de jerarquía". (Casación Penal. 28 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 479, 1ª.

176

IMPEDIMENTOS

Artículo 73, ordinal 4º, del Código de Procedimiento Penal.

Las funciones de instructor en materia penal no dan lugar al caso de impedimento previsto en el ordinal 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal. Y ni siquiera "la opinión expresada en el auto de detención o en una providencia de excarcelación..." implica un concepto de fondo sobre la apreciación definitiva de los elementos del delito, y por tanto, no puede invocarse como causal de impedimento, ha dicho la Corte en numerosas ocasiones. (Casación Penal. 1º de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 387, 2ª, y 388, 1ª.

177

IMPEDIMENTOS

(Por enemistad entre el Juez y una de las partes procesales).

Artículo 73, numeral 5º, del Código de Procedimiento Penal.

Al señalar el numeral 5º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal como causal de recusación o impedimento, la "enemistad grave entre alguna de 'las partes' o su apoderado o defensor y el Juez o Magistrado", debe entenderse, como es obvio, que a la expresión **partes** que usa la ley debe dársele el alcance que la técnica procesal le asigna a dicho concepto.

Aunque nuestro Código de Procedimiento Penal reconoce la existencia de partes en el proceso penal, según se desprende, entre otros, del texto de los artículos 67, 68, 73, 112 y siguientes, 250, ordinal 4º del 431, 449 y 448, no define ni determina en forma expresa quiénes son partes en el proceso penal, pero el título que señala las personas que pueden intervenir en el proceso, expresamente hace referencia al agente del Ministerio Público, al procesado, al apoderado o defensor y, estrictamente, a la parte civil, lo que lógicamente equivale a decir que de acuerdo con nuestra ley procesal penal sólo puede darse técnicamente la denominación y calidad de "partes" a las personas nombradas, por lo tanto, toda otra persona que en forma secundaria o transitoria intervenga en el proceso o que tenga un simple interés futuro y eventual en el resultado del proceso no tiene la categoría de parte, según se desprende de los textos legales.

Por eso se entiende que es **parte** "aquel que deduce en el proceso penal, o contra quien es deducida una relación de derecho sustantivo, en cuanto esté investido de facultades necesarias para hacerlas valer, o, respectivamente, para oponerse (contradecir)".

La sola circunstancia de que la ley penal aduanera reconozca al denunciante y al aprehensor de un contrabando una participación o porcentaje del producto líquido de la subasta correspondiente de la mercancía decomisada, no es título suficiente para considerarlo como "parte procesal" en el juicio penal correspondiente.

El artículo 112 del Código de Procedimiento autoriza a "las personas naturales o jurídicas perjudicadas con el delito, o a sus herederos para ejercer la acción civil dentro del proceso penal, constituyéndose parte civil", pero el denunciante de un contrabando no puede considerarse, por este solo hecho, como perjudicado por el fraude a las rentas fiscales, que el contrabando entraña. La sola expectativa de una recompensa pecuniaria para el denunciante o aprehensor de una mer-

cancía que se declare de contrabando no le da facultad ni título para considerárselo como sujeto o parte con derecho a intervenir en el correspondiente proceso penal como sujeto activo o pasivo de la relación procesal.

Por esto expresa acertadamente el Tribunal de Aduanas que en estos casos el "denunciante no se presenta alegando daño sufrido; ni solicita reparación alguna moral o patrimonial por perjuicios sufridos por el hecho ilícito del contrabando; no exhibe derecho alguno lesionado, directa, real y determinadamente por la ejecución o pretensión de introducción del contrabando; no alega demérito en sus relaciones o desmedro en sus intereses, ni tampoco, más allá de lo aceptable, formula daño eventual o remoto que pudiera entreverse como consecuencia de la importación o exportación ilícita denunciadas".

No pudiendo considerarse, por lo dicho, al denunciante como "parte procesal" en este juicio, la enemistad grave hacia él, por parte del Magistrado no constituye una causal legal que le permita separarse legítimamente del conocimiento de este negocio, y por lo tanto, el impedimento manifestado debe declararse infundado, como lo hizo el Tribunal del cual forma parte. (Casación Penal. Enero 31 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 82, 1ª y 2ª.

178

INDEMNIZACION MORATORIA

(Se precisa el alcance y sentido del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo).

El artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no hace los distingos de que habla el fallo acusado. Cualquiera que sea la causa de terminación del contrato (despido del empleado, con justa causa o sin ella, o su retiro, de hecho o mediante renuncia) la fecha en que el patrono debe pagar las deudas a su cargo, con excepción de los casos a que el precepto se refiere, es la misma, esto es, al terminar la relación laboral. Es esa la doctrina recibida por la casación del trabajo. Basta hacer mérito de las siguientes:

"El pago de las prestaciones sociales y de los salarios no está condicionado a la forma de terminación del contrato. La fecha inicial del pago de los salarios caídos debe ser la de terminación del contrato, cuando el patrono no paga los salarios y prestaciones debidos al trabajador, ya directamente o mediante consignación judicial". (Sentencia del 15 de septiembre de 1954. Juicio de Justino Cano contra Modesto Londoño y otro). "Si de acuerdo con el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en caso de desacuerdo entre las partes sobre el monto de la deuda, el patrono cumple con su obligación consignando ante el Juez del Trabajo el valor de lo que confiese deber, tal consignación debe llevarse a cabo inmediatamente y no cuando a bien lo tenga el deudor". (Sentencia del 29 de septiembre de 1954. Juicio de Ricardo González con la Cooperativa de Trabajadores Municipales Limitada).

Según la sentencia acusada, la oferta de pago hasta que sobrevenga su rechazo por el empleado, impide la sanción por mora, pues el patrono cumple sus obligaciones con la simple oferta. A todo lo cual observa la Sala: la previsión legal de que se ha venido haciendo mérito expresa en su inciso segundo que si no hay acuerdo respecto del monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir, el patrono cumple sus obligaciones consignando la suma que confiese deber ante la autoridad que indica el precepto. Es notoria la diferencia entre la oferta de pago y la prestación real y efectiva de lo que se estime deber. Ofrecer el cumplimiento de una obligación y ejecutarla son fenómenos jurídicos distintos. La oferta o promesa de pagar una deuda genera una simple obligación; la consignación de su importe la soluciona. La ley atribuye poder liberatorio al pago y no a la oferta de pagar.

El artículo 65 opera, conforme a la sentencia, no desde la fecha cierta y precisa que la norma señala (la de expiración del contrato) sino desde una posterior indeterminada (la de notificación de la demanda al patrono deudor en el juicio que el trabajador le promueva). Entendida así la disposición, resulta desfigurada y, de consiguiente, con sentido distinto del que ofrece su texto. El que le asigna el fallador se halla fuera de los términos de la disposición legal, la cual no contempla las circunstancias de hecho de que aquél hace mérito. No establece el precepto el plazo de gracia de que habla el Tribunal. El que instituye la previsión legal depende únicamente del hecho contemplado por ella, o sea, el constituído por la expiración del contrato.

Puede el Juez, autorizado por la ley, señalar el plazo en que debe cumplirse una obligación, conforme a lo previsto en el artículo 1551, inciso 2º, del Código Civil, lo cual quiere decir que si el legislador ha señalado el plazo, aquél carece de facultad para prorrogarlo. También tiene el Juez poder para interpretar el plazo concebido en términos vagos u oscuros, sobre cuya inteligencia y aplicación discuerden las partes, al tenor del precepto citado, empero esa regla es extraña al caso de autos, porque se refiere al término convencional, y el que se examina tiene origen legal, pues lo establece el artículo 65. La fecha en que el contrato expiró, la cual fija la exigibilidad de las obligaciones pendientes a cargo del patrono por salarios o prestaciones sociales, cuyo retardo da lugar a la sanción indemnizatoria, es hecho de fácil determinación, dados los términos del artículo 45 ibídem sobre duración del vínculo. Por lo demás, no ha sido extremo discutido en el juicio lo relativo a la expiración del contrato, pues sobre el punto las partes están de acuerdo.

Si la sanción moratoria del artículo 65 beneficia al trabajador, el plazo allí señalado para la solución de las deudas a cargo del patrono debe considerarse instituído en favor de aquél, y, por tanto, es el asalariado y no el Juez quien tiene facultad para prorrogarlo. En consecuencia, si surge desacuerdo entre las partes sobre el monto de las deudas y el trabajador consiente en discutir el punto con el patrono o en concederle plazo para su pago, purgando los efectos de la mora, ningún reparo habría que hacer al respecto. Huelga decir que la prórroga del término, como el asentimiento del acreedor a la discusión propuesta por el deudor, deben aparecer acreditadas en el proceso plenamente.

Dos sistemas establece el artículo 65 para la solución de las deudas por salarios y prestaciones debidos al trabajador al expirar el contrato: el pago directo al acreedor o la consignación de su importe. El segundo evento se presenta cuando no hay acuerdo entre las partes acerca de la cuantía de las obligaciones o el acreedor se niega a recibir. Aunque desacuerdo y negativa, en la redacción de la norma, configuran hechos distintos, en el fondo la negativa no es sino consecuencia del desacuerdo, pues sin éste aquélla no tendría en su apoyo ningún fundamento aceptable. La negativa, sin desacuerdo previo, es cuestión que en la práctica no suscita dificultades, pues basta la consignación para definirla. El desacuerdo, en cambio, da lugar a una cuestión de hecho. La discusión entre las partes sobre el monto de las obligaciones es lo que puede dar por resultado la prolongación del plazo que para su solución fija la norma en estudio en su inciso 1º. No es razonable suponer que el desacuerdo se haga presente el mismo día en que el contrato termina. Las propuestas y contrapropuestas entre los interesados en busca de un arreglo requieren determinado espacio de tiempo, así sea breve, para su consideración y examen. En todo caso, si no hay debate entre trabajador y patrono y pruebas que en el juicio lo demuestren de manera fehaciente, se impone la aplicación del artículo 65 en la forma y términos previstos en su inciso 1º En la

vida real es frecuente el caso de que el patrono al terminar el contrato, haga conocer del trabajador la liquidación de las obligaciones en favor de éste y ofrezca pagar inmediatamente su importe, y que el asalariado guarde silencio o rechace la oferta, y, de consiguiente, se niegue a recibir. En tal hipótesis se hace patente el desacuerdo, y ninguna significación tendría la prueba de que el patrono ha ofrecido pagar, pues la falta de acuerdo surge del diálogo entre acreedor y deudor y no de la simple voluntad del deudor en discutir con aquél la cuantía de los créditos. En el presente juicio, el patrono, varios meses después de terminada la relación de trabajo, hace la liquidación de la cesantía (marzo de 1957) respecto de la cual guarda silencio el trabajador, y en vez de cubrirla o de consignar su importe, permaneció inactivo, efectuando la consignación el 18 de marzo de 1959 como consecuencia del pleito que le promovió el acreedor. Careciendo de toda justificación el retardo en la satisfacción de la deuda pendiente, era el caso de dar aplicación al artículo 65. (Casación Laboral. Febrero 1º de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 211, 1ª y 2ª, y 212, 1ª y 2ª.

179

INDEMNIZACION MORATORIA

(Inútil invocación de buena fe patronal).

Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Se halla fuera de lugar el reparo consistente en que la sentencia no tuvo en cuenta, para aplicar el artículo 65, la buena fe patronal. De ella se ha valido la jurisprudencia para exonerar al patrono de la sanción establecida en dicha norma, cuando aquél niega el vínculo laboral con razones valederas, debidamente acreditadas en el juicio, y, por tal motivo se abstiene de cubrir las deudas a su cargo al terminar el contrato, e igualmente deja de consignar su valor. Habiendo admitido el patrono la existencia de la relación laboral desde fecha anterior a la promoción del juicio, como resulta del acto conciliatorio, no era del caso hacer consideración alguna sobre el fenómeno relativo a su buena fe. (Casación Laboral. Enero 25 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 202, 1ª.

180

INDEMNIZACION MORATORIA

(Exoneración de la sanción).

Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

No es aceptable la afirmación de que en este proceso el fallador haya desconocido la interpretación jurisprudencial del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, conforme a la cual al patrono se le exonera de la indemnización moratoria cuando su renuencia al pago de lo que adeuda al trabajador es justificada, puesto que precisamente echó de menos la justificación de esa renuencia, ya que sin perder de vista que los demandados sostuvieron a lo largo del juicio que entre ellos y el demandante no había existido contrato de trabajo sino de sociedad de hecho, el fallador estimó que esta actitud procesal no obedeció a una convicción firme, según las pruebas allegadas. (Casación Laboral. 7 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 563, 1ª y 2ª.

181

INDEMNIZACION POR MORA

(Exoneración de la sanción).

Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

En síntesis, la tesis de la jurisprudencia es esta: si el patrono niega de buena fe la existencia del contrato y aduce al proceso pruebas atendibles que justifiquen su conducta, puede

ser exonerado de la sanción que le impone el artículo 65. Ahora bien: entre las hipótesis de la norma —inciso primero— se halla la de preexistencia del contrato de trabajo, al menos implícita, pues parte de su extinción y del hecho de no haber cubierto el patrono al trabajador en ese momento deudas por determinados conceptos. El inciso segundo supone que no hay discusión sobre la existencia del vínculo, pues regula el procedimiento que puede utilizar el patrono en caso de desacuerdo sobre el importe de la deuda o del caso en que el trabajador se niegue a recibir la suma que el empleador le ofrece. La doctrina recibida por la casación no tiene, pues, fundamento en el inciso segundo de la norma, sino en el primero. (Casación Laboral. Febrero 28 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 264, 2ª.

182

INDEMNIZACION MORATORIA

(Plazo prudencial).

Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

La fecha desde la cual se cuenta la mora para efectos del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, está claramente determinada por el mismo precepto, que establece a cargo del patrono la obligación de pagar los salarios y prestaciones debidos "a la terminación del contrato".

Ninguna prueba señala el recurrente en orden a demostrar que entre las partes se entablaron conversaciones amistosas para discutir el posible monto del auxilio de cesantía cuyo pago solicitó el trabajador. Al contrario, la respuesta que dio la empresa en la contestación de la demanda, y en la cual se funda principalmente la decisión del fallador, pone de manifiesto que "el empleado, sin decir si aceptaba o no el correspondiente valor, se ausentó de su oficina en Bogotá, sin que por varios días se volviera a saber de él". Luego ningún fundamento tiene la alegación que hace el recurrente sobre plazo prudencial para el pago, plazo que desde luego no puede resultar sino del convenio o acuerdo de las partes. (Casación Laboral. Febrero 19 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 233, 2ª, y 234, 1ª.

183

INDEMNIZACION MORATORIA

(En caso de quiebra de la empresa).

Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Dadas la naturaleza especial de la quiebra y la índole jurídica de la indemnización por mora, que supone un reprochable comportamiento personal del patrono, tal sanción no puede correr contra aquélla, una vez que el estado de quiebra se declara judicialmente, a menos que se comprobase contumacia del Síndico en cuanto al pago de los créditos laborales. Pero lo que sí entraña un entendimiento equivocado de la ley es que, admitiéndose que la mora habida antes de la quiebra se convierte en un valor patrimonial en favor de quien la sufrió, no debe sin embargo cubrirse la que se causó entre la desvinculación y la declaratoria de quiebra, si falta la constancia de que el trabajador estuvo presente ante el patrono al momento de la desvinculación, a fin de permitir a éste el pago oportuno, pues ello implica la exigencia de una condición que no cabe derivar de la norma contenida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

En sentir de esta Sala, sólo se requiere el hecho de que el contrato de trabajo haya terminado, para que surja la obligación del patrono de poner a disposición del trabajador los salarios y prestaciones que le adeuda o cree adeudarle, ya sea haciéndole la entrega material de los valores correspondientes o consignándolos ante la autoridad respectiva si el interesado se niega o no se presenta a recibirlos. La hipótesis de que el trabajador abandone intempestivamente su puesto

creando una situación dudosa al patrono, está fuera de lugar, porque éste, en tal caso, tiene expedita la vía para dar por terminado el contrato por incumplimiento del trabajador de la obligación de asistir al lugar en donde debe prestar sus servicios. (Artículo 60, numeral 4º, y 62, numeral 8º). (Casación Laboral. 31 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 638, 2ª.

184

INEXEQUIBILIDAD DE LAS LEYES

(Efectos de la declaración).

Artículo 214 de la Constitución Nacional.

Ha sido doctrina permanente de la Corte que sus decisiones sobre inexequibilidad de los preceptos legales sólo tienen efectos hacia el futuro. No se trata en tales casos de una declaratoria de nulidad del acto acusado, sino de una resolución sobre la inexequibilidad de las leyes tachadas de inconstitucionalidad y que efectivamente sean contrarias a la Carta. (Casación Penal. 16 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 459, 2ª, y 460, 1ª.

185

INEXEQUIBILIDAD DE LAS LEYES

(Sólo tiene efecto hacia el futuro).

Artículo 214 de la Constitución Nacional.

Las decisiones de la Corte Suprema de Justicia sobre inexequibilidad de las leyes sólo tienen efecto hacia el futuro.

En acuerdo fechado el 17 de julio de 1915 dijo esta corporación que "las sentencias sobre inexequibilidad de las leyes sólo pueden obrar para el futuro. Si tuvieran efecto retroactivo alcanzaran a anular las leyes desde su origen, ningún derecho habría firme, y la inseguridad social y la zozobra serían permanentes y mayores cada día". (G. J., t. XXIII, p. 432).

Posteriormente, en diferentes fallos, la Corte ha sostenido el mismo principio de no retroactividad de los efectos de las sentencias que declaran inexequibles los preceptos legales, a saber:

"El fallo que declara la inexequibilidad de una ley, equivale ordinariamente a una derogación del texto declarado inconstitucional, no a una declaración de nulidad absoluta de Derecho Civil común, que reponga las cosas al estado anterior...". (G. J., t. XXXIV, p. 150).

"La decisión de inexequibilidad se proyecta sobre el futuro y no sobre el pasado; en principio, ella no produce los efectos de una declaración de nulidad absoluta, sino los de una derogatoria de la norma acusada. Por tanto, las consecuencias del fallo de que se trata no trascienden a las actuaciones cumplidas con anterioridad a él, ni borran en lo pasado los efectos que la ley declarada inexequible ha producido regularmente, mientras estuvo en vigor". (G. J., t. LXXX, p. 266).

En fallo de 28 de octubre de 1922, que resolvió sobre las peticiones de "nulidad" (así se dice en la demanda) del artículo 1º de la Ley 10 de 1921, "porque viola el artículo 31 de la Constitución", y de suspensión de los efectos de una sentencia del Consejo de Estado fundamentada en el precepto acusado de inconstitucional, se dijo lo siguiente (G. J. t. XXIX, Nº 1524, pp. 285 y 286):

"La Corte Suprema considera, de acuerdo en esto con el señor Procurador General de la Nación, cuyos conceptos comparte, que no tiene facultad para hacer las declaraciones pedidas.

"No la primera, porque el artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910 —citado por el actor en apoyo de su demanda— confiere a la Corte la facultad de decidir sobre la exequibilidad de las leyes acusadas como in-

constitucionales, pero no para declararlas nulas. La nulidad es cosa distinta de la inexequibilidad. La primera invalida el acto desde su origen, la segunda no, apenas impide que continúe cumpliéndose. Tal es la jurisprudencia sentada por la Corte Plena en el Acuerdo número 3 de 17 de julio de 1915 (Gaceta Judicial, Nros. 1199 y 1200).

"Es claro, por tanto, que si la Corte decidiera sobre la nulidad pedida, daría a este vocablo una significación idéntica al de inexequibilidad, siendo así que hay entre los dos la diferencia que indica la doctrina antes expuesta; y violaría, por ende, la regla de procedimiento conforme a la cual la sentencia definitiva debe recaer sobre lo pedido, y nada más que sobre esto. (Código Judicial, art. 835).

"En cuanto a la segunda declaración impetrada por el demandante, es palpable que la Corte carece también de facultad para hacerlo. Ninguna disposición la autoriza para ello, y antes bien existe la del artículo 93 de la Ley 130 de 1913, que prohibe a la justicia ordinaria revisar las sentencias ejecutoriadas de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo".

Ha sido, pues, doctrina constante de la Corte que sus decisiones sobre inexequibilidad de los prepectos legales sólo tienen efectos hacia el futuro. No se trata, en tales casos, de una declaratoria de nulidad del acto acusado, sino de una resolución sobre la inexequibilidad de las leyes tachadas de inconstitucionalidad y que efectivamente resultan contrarias a la Carta. (Casación Penal. 14 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 445, 2ª, y 446, 1ª y 2ª.

186

INFRACCION PENAL

(Su determinación específica).

La ley penal no formulada con criterio casuísta tiende a restringir la norma de manera que en un solo artículo comprenda todas las situaciones jurídicas que puedan surgir de su aplicabilidad. Señalados los elementos constitutivos del delito, toda conducta humana que se encuentre dentro de esas modalidades, que encaje dentro de esos límites, necesariamente debe presentar las características de la infracción penal que esos elementos catalogan. (Casación Penal. 25 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 509, 2ª, y 510, 1ª.

187

INSPECCION OCULAR

(Ampliación).

Artículo 728 del Código Judicial.

El artículo 728 del Código Judicial expresa que "durante la diligencia, el Juez puede hacer cualquier investigación tendiente al esclarecimiento de los hechos y ampliar, de oficio o a petición de parte, **los puntos sobre los que deben dar dictamen los peritos**...", por tanto, de acuerdo con la última frase, la ampliación debe tener por objeto los puntos o cuestiones antes determinados en el auto que decretó la inspección, mas no el estudio o concepto sobre puntos nuevos, no previstos en la citada providencia. (Negocios Generales. 12 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 755, 1ª.

188

INSPECCION OCULAR

(Determinación de la fecha para practicarla).

Artículo 725 del Código Judicial.

Con criterio meramente exegético, el señor Procurador deduce del artículo 725 del Código Judicial, e infiere del 726, que el señalamiento de fecha y hora para llevar a cabo una inspección ocular, y la comisión al órga-

no jurisdiccional inferior para que la realice son actos complementarios o de integración del admisorio de pruebas.

A otra conclusión se llega, sin embargo, si se tiene en cuenta la distinción que debe hacerse entre el acto procesal propiamente dicho y la providencia que lo contiene y la naturaleza de las diferentes operaciones a que da lugar la actividad probatoria. Se anotan en ésta, dentro del juicio ordinario, tres distintas categorías con cuatro diferentes especies de actos: 1) Recibimiento genérico a pruebas; 2) Proposición de pruebas y recibimiento específico de pruebas; 3) Práctica de pruebas. A esta última pertenecen todas aquellas operaciones encaminadas a que las pruebas se produzcan, siendo incuestionable que el acto mediante el cual se comete al Juez inferior la ejecución de ellas está dirigido a ese fin, por lo cual no puede ser clasificado entre los relativos al recibimiento específico de pruebas, o sea, a la admisión de éstas, sino entre los propios para allegarlas. El recibimiento de la prueba es un acto de ordenación, o más concretamente, de dirección procesal, puesto que mediante él se dispone la utilización de ciertos medios dirigidos a alcanzar los fines que se propone la demanda, mientras que la comisión es acto típicamente instructorio, ya que constituye un principio de realización de la actividad encaminada a que la prueba solicitada y admitida se practique e ingrese efectivamente a los autos. Y lo mismo acontece con el señalamiento de fecha y hora para que se verifique la diligencia. Si el artículo 725 prescribe que tal señalamiento se haga en el auto que decreta la prueba, es con el objeto de que las partes tengan oportuno conocimiento de aquellas circunstancias; pero ello no obsta para que por razones de conveniencia o por haberse omitido en la mencionada providencia, el señalamiento se haga posteriormente, siempre que las partes tengan conocimiento oportuno de la fecha y hora fijadas, al punto de que tal práctica constituye una inveterada costumbre judicial. Los actos de comisionar y señalar fecha y hora para la diligencia no son, pues, actos de integración del recibimiento específico de pruebas, sino que pertenecen a una categoría jurídica distinta: son operaciones relativas a la ejecución de la prueba; y si bien puede aceptarse, en virtud de lo dispuesto en el artículo 725, que los señalamientos —no la comisión— complementan el **auto** llamado de admisión, esto es, una providencia que puede contener una pluralidad de actos de disímil naturaleza, unos de dirección y otros instructorios, a completarla puede proveer el Juez en cualquier tiempo dentro del plazo para practicar pruebas, puesto que la ley no ha sometido a condiciones el ejercicio de la respectiva facultad. (Negocios Generales. 15 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 720, 1ª y 2ª.

189

INSPECCION OCULAR

(Mérito probatorio).

Artículo 730 del Código Judicial.

El acta de inspección ocular hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el Juez, no así en lo tocante a las manifestaciones que las partes hagan durante la misma diligencia, las cuales no pasan de ser simples afirmaciones, sujetas al principio general dominante en derecho probatorio, según el cual, quien las hace está en la obligación de demostrarlas. (Casación Laboral. Febrero 28 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 269, 1ª.

190

INSPECCION OCULAR

(Mérito probatorio de las constancias dejadas por las partes).

Artículo 724 del Código Judicial.

Las constancias dejadas por los apoderados en el acta de inspección ocular no pueden considerarse sino como opiniones o conceptos suyos, mas no como hechos que el Juez hubiese percibido y consignado en el acta, de acuerdo con el fin de esta prueba, preestablecido en el artículo 724 del Código Judicial. (Negocios Generales. Febrero 15 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 280, 2ª.

191

INSPECCION OCULAR

(Prácticas indebidas).

Artículos 727 y 730 del Código Judicial.

En cuanto a la actividad del Juez en la práctica de la inspección, el procedimiento de deferir al perito o a los testigos actuarios el examen y reconocimiento de los hechos materia de la prueba, es digno de rechazo. Es apenas elemental que si en la inspección se deben examinar hechos o cosas, el Juez cumpla esa función de manera directa y personal, pues es misión de su incumbencia exclusiva, no susceptible de delegación. Debe, por tanto, dejar testimonio en el acta de lo que vio y observó. Así lo manda el artículo 727 del Código Judicial, aplicable al proceso laboral. Se trata, pues, de una obligación que la ley impone al juzgador, de rigurosa observancia, pues de los medios probatorios es el que más se presta para la realización plena de la inmediación. De manera que, para que haya inspección judicial, se requiere que el Juez examine y reconozca lo que es materia de la prueba y así lo exprese al documentar la actuación. Lo dicho no se opone a que si lo que examina son, por ejemplo, libros de contabilidad, y en el juicio se debaten cuestiones complejas que exijan conocimientos especializados en ciencia contable, deje su estudio al experto, pero, si así procede, debe ver los libros previamente, relacionarlos en el acta respectiva, haciendo las observaciones que sean del caso, y dejar constancia de que, en cuanto a su registro, se han cumplido las formalidades de ley. En tal evento, por las circunstancias especiales del litigio, tendrá valor predominante la prueba pericial. Es obvio que en lo que sea del dominio de la inspección, si el Juez no observa en su práctica el procedimiento que la rige, quedará desprovista de todo valor probatorio, ya que el pleno que la ley le otorga (art. 730 del C. J.) descansa en el supuesto de que haya examinado personalmente las cosas y hechos que en el juicio son objeto de comprobación, y que de unas y otros dé cuenta el acta correspondiente. (Casación Laboral. 9 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 674, 2ª.

192

INSPECCION OCULAR

(Y prueba pericial).

Artículos 724 y 725 del Código Judicial.

La inspección ocular, en forma primordial, está encomendada a la actividad del Juez, quien debe examinar, personalmente, las cosas o hechos litigiosos, con la asistencia de peritos o de testigos, según lo exigiere la naturaleza de los hechos o de las cosas que deben ser sometidos a examen.

Este medio probatorio se ordena "a solicitud oportuna de las partes o de oficio para mejor proveer" (inciso 2º, artículo 724 del Código Judicial); y el auto que decreta "una inspección ocular debe expresar con claridad los puntos materia de la diligencia y el sitio, la fecha... etc.", según palabras textuales del artículo 725 del Código citado; por tanto, decretada una inspección ocular a petición de parte, la diligencia tendrá por objeto examinar los puntos claramente predeterminados en el auto que decretó la prueba, sin que sea de recibo cambiarlos o sustituírlos por la voluntad unilateral de una de las partes; porque la determinación de "los puntos materia de la

diligencia", la exige la ley con el objeto de evitar que una de las partes sea sorprendida por cuestiones que, aun cuando conducentes y necesarias, no fueron previstas u ordenadas en el auto que decretó la inspección ocular.

Si en la diligencia de inspección ocular no pueden someterse a examen puntos no previstos en el auto que la decretó, menos aún será admisible que, prescindiendo de este medio probatorio, se someta a los peritos, en forma exclusiva, como un medio probatorio independiente, la decisión o el concepto sobre cuestiones no pedidas en la debida oportunidad ni determinadas en la providencia que decretó la diligencia. (Negocios Generales. 12 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 755, 1ª.

193

INSPECCION OCULAR Y PRUEBA PERICIAL

(En segunda instancia).

Artículos 724 y 597 del Código Judicial.

Por cuanto el artículo 724 del Código Judicial dispone que "la inspección ocular tiene por objeto el examen y reconocimiento que, para juzgar con más acierto, hace el Juez, acompañado de peritos o testigos, de cosas o hechos litigiosos relacionados con el debate", y que "este medio probatorio se ordena a solicitud oportuna de las partes, o de oficio para mejor proveer"; y puesto que no se discute ni es discutible que la inspección ocular es de recibo en segunda instancia, se sigue con claridad que si en el segundo grado del litigio se ha pedido, decretado y practicado esa prueba con acompañamiento de peritos y citación de la parte contraria, quien además hizo uso del derecho de objetar, el mérito legal del medio es valorable por el sentenciador, desde luego que ha ingresado al proceso en conformidad con el artículo 597 ibídem. (Casación Civil. 29 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 340, 1ª.

194

INVESTIGACION PENAL

(Requisitos para que pueda iniciarse).

Como lo expresó esta Sala en otra oportunidad: "Uno de los presupuestos esenciales que exige la ley de procedimiento penal para adelantar una investigación, es la existencia de un hecho que entrañe directa o indirectamente una violación de la ley penal. En ausencia de este requisito la acción penal no puede adelantarse por ningún funcionario de la rama jurisdiccional en materia penal". (Casación Penal. 26 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 523, 1ª.

195

IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY DESFAVORABLE

Artículo 26 de la Constitución Nacional.

La Sala acogerá la solicitud del señor Agente del Ministerio Público, y por lo tanto, invalidará la sentencia recurrida y dispondrá que se rehaga el procedimiento, a partir del auto del 14 de agosto de 1959 en que se dispuso darle al juicio el trámite especial establecido por el artículo 3º y siguientes del Decreto 0012 de 4 de junio de 1959, por cuanto las razones expuestas por el impugnador para sustentar el recurso tienen fundamento en las constancias procesales y apoyo en reiterada jurisprudencia de esta Sala, según la cual, al darle aplicación, con efecto retroactivo, al procedimiento excepcional y restrictivo de los medios de defensa, establecido por el Decreto 0012 de 4 de junio de 1959, como ha ocurrido en el caso en estudio, se quebranta el artículo 26 de la Constitución que impide que se le dé aplicación a la ley penal, sustantiva o adjetiva, desfavorable al acusado, en relación con la que regía cuando se consumaron los hechos que se le imputan.

(Casación Penal. Febrero 10 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 114, 2ª, y 115, 1ª.

196

IRRETROACTIVIDAD DE LEYES DESFAVORABLES

Artículo 26 de la Constitución Nacional. Decreto 0012 de 1959.

La aplicación del Decreto 0012 del 4 de junio de 1959 a procesos con respecto a hechos consumados en fecha anterior a su vigencia, como lo ha sentado la Corte en diversidad de fallos cuya reproducción es absolutamente innecesaria, entraña flagrante violación del artículo 26 de la Constitución Nacional. (Casación Penal. Febrero 15 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 124, 1ª.

197

IRRETROACTIVIDAD DE LEYES DESFAVORABLES

Artículo 26 de la Constitución Nacional. Decreto 0012 de 1959.

La aplicación del Decreto 0012 del 4 de junio de 1959 a procesos con respecto a hechos consumados con anterioridad a la fecha de su vigencia, como lo ha sentado la Corte en fallos cuya reproducción es innecesaria, entraña flagrante violación del artículo 26 de la Constitución Nacional. (Casación Penal. Febrero 19 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 126, 1ª.

J

198

JUBILACION Y CESANTIA

(Incompatibilidad).

Artículo 266 del Código Sustantivo del Trabajo.

Si cuando el trabajador recibe la cesantía no tiene aún derecho a la pensión jubilatoria mal puede hablarse de exclusión entre los dos derechos, ya que cuando está disfrutando del uno, el otro no ha nacido aún a la vida jurídica ni es exigible por el trabajador (Casación Laboral. Febrero 28 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 250, 1ª.

199

JUBILACION Y CESANTIA

(Relativa incompatibilidad).

Artículo 266 del Código Sustantivo del Trabajo.

Observa la Sala que la acusación está bien enunciada pero su sustentación adolece de una notoria falla consistente en que se aplica la tesis radical de la incompatibilidad de la cesantía y la jubilación. Alrededor de este punto se sitúa toda la demostración del cargo Y como es sabido, ya la jurisprudencia laboral ha atemperado el rigor del principio enunciado por el casacionista, fijando el alcance del artículo 266 del Código Sustantivo del Trabajo en estos términos:

a) Si se trata de anticipos, préstamos o liquidaciones parciales, la cesantía se reintegra al patrono en cuotas que no excedan de 20% del valor de cada mesada.

b) En cambio, si lo que se ha recibido es la cesantía definitiva, es decir, la que se causa al terminar el contrato de trabajo, la devolución, para poder disfrutar de la pensión jubilatoria, debe hacerse imputando la totalidad de las mesadas al reembolso de lo que el trabajador recibió por la cesantía. Una vez se complete la restitución del valor recibido por tal concepto, el interesado comenzará a recibir la jubilación. (Fallos de 18 de diciembre de 1954, 18 de junio de 1957 y 28 de abril de 1958).

La Sala comparte la doctrina expuesta por que la encuentra conforme con el fin básico

de justicia social previsto en el artículo 1º del Código Sustantivo del Trabajo, y en esta forma rectifica el criterio que siguió el Tribunal al aplicar el artículo 266 al caso de autos. (Casación Laboral. Febrero 28 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 251, 1ª.

200

JURISDICCION DEL TRABAJO

Artículo 2º del Código de Procedimiento Laboral. Artículo 4º del Decreto 2127 de 1945.

Fue instituída la jurisdicción del trabajo para decidir los conflictos jurídicos originados, directa o indirectamente, del contrato de trabajo, conforme a lo prescrito en el artículo 2º del estatuto de procedimiento laboral. Habiendo sido de tal naturaleza la relación jurídica que vinculó a las partes de este proceso por aplicación de lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, bajo el imperio de esa jurisdicción quedó el asunto litigioso. (Casación Laboral. 26 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 398, 2ª, y 699, 1ª.

201

JUSTO TITULO

(Qué se entiende por tal).

En amplia acepción por **justo título** se entiende la causa que conforme a derecho permite integrar la adquisición del dominio, de manera originaria o derivada. Así es justo título la ocupación o la accesión, como la venta o la prescripción, que, cuando tiene categoría extraordinaria, constituye el dominio sin necesidad de otro título. (765, 2531 C. C.). Por ello también, para que sea justo, se exige que si el título es traslaticio de dominio se realice y ejecute por la tradición del objeto. (764, ord. 3º, C. C.)[1]. (Casación Civil. Febrero 27 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 52, 2ª.

202

JUSTO TITULO POSESORIO

(Para quien compra de buena fe una cosa ajena).

Artículo 1871 del Código Civil.

En materia de justo título fundamentalmente se exige que en realidad exista. Por ello no lo es el falsificado; el conferido por mandatario o representante legal de otra persona sin serlo; el que adolece de nulidad; y el simplemente putativo. Pero la venta real, aunque lo sea de cosa ajena, es justo título posesorio. No porque la cosa sea ajena, sino porque la venta, como título, respalda en derecho para la usucapión el **animus domini** del comprador de buena fe.

En conformidad con el artículo 1871 del Código Civil "la venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso de tiempo". Esto significa que si la venta de cosa ajena es válida, válido ha de ser también y justo el título posesorio para que la usucapión consume su efecto adquisitivo, momento en que el dominio del usucapiente se hace incontrovertible aun frente a quien hasta entonces era propietario y por lo mismo no le era oponible antes el título sin el respaldo del transcurso del tiempo regular de prescripción ordinaria para el que compró de buena fe. (Casación Civil. Febrero 27 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 52, 2ª, y 53, 1ª.

[1] Hubo un salvamento de voto respecto a los conceptos consignados en este párrafo.

L

203

LIBERTAD CONTRACTUAL

(En el Derecho del Trabajo).

Es doctrina sentada por la jurisprudencia la de que sobre los contratos escritos, prevalece la realidad, si los hechos del proceso demuestran que el trabajo fue subordinado y no independiente. En el caso de autos, las pruebas confirman lo estipulado en las convenciones escritas. No era, pues, del caso desatender la voluntad contractual, dejándola sin efecto, para sustituírla por otra, sin ningún respaldo probatorio. La libertad contractual, en el Derecho del Trabajo, se halla sometida a numerosas restricciones por consideraciones de interés general, pero la intervención estatal no va hasta desconocerle valor a las convenciones libremente concertadas, sin vicios del consentimiento, con objeto y causas lícitos y exentas de reparos en cuanto hace al orden público y a las buenas costumbres. (Casación Laboral. Febrero 12 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 227, 2ª.

M

204

MANDATO JUDICIAL

(Condiciones para que se extinga).

Artículo 265 del Código Judicial. Artículo 2193 del Código Civil.

La facultad de renunciar, como la de revocar el mandato, es de la esencia de esa convención; pero en el caso particular del mandato judicial la simple renuncia no lo extingue, sino que para que esto ocurra es menester, según el artículo 265 del Código de Procedimiento, que se cumpla una de las dos siguientes condiciones: que quede un sustituto en reemplazo del renunciante, o que, en defecto de ese sustituto, se haga saber a la parte que queda sin representación en el juicio, por notificación personal, la renuncia del apoderado para que tenga la oportunidad de reemplazarlo; lo que, por lo demás, se halla en armonía con lo preceptuado en el artículo 2193 del Código Civil, conforme al cual la renuncia del mandatario no pone fin a sus obligaciones sino después de transcurrido el tiempo razonable para que el mandante provea lo que estime más conveniente a sus intereses. La ley respeta, así, la autonomía de la voluntad del mandatario para ejercer o no la representación que se le ha confiado, pero asímismo cuida de que los intereses del mandante no queden, sin su conocimiento, desprovistos de la asistencia de un procurador.

He ahí por qué no es dable admitir la renuncia del poder sin que se haya cumplido uno de los requisitos enunciados, razones que justifican la providencia que se revisa. Al aceptar la representación, el apoderado asume obligaciones y responsabilidades que no terminan sino con la extinción del mandato, y la admisión de la renuncia produciría esa extinción, con grave perjuicio para el mandante si se le deja sin su conocimiento desprovisto de representación en la causa. Pero así como la renuncia no es aceptable en las circunstancias anotadas que fueron las que en el proveído del Magistrado sustanciador se tuvieron en cuenta, sí es procedente, una vez presentada la renuncia, cumplir lo ordenado en el artículo 265 **in fine**, esto es, notificarla personalmente al mandante a fin de que dentro del plazo que prudencialmente se le señale proceda a designar un nuevo apoderado, transcurrido el cual habrá cesado la responsabilidad del mandatario dimitente por los perjuicios que pueda ocasionarle al mandante la ausencia de representante judicial. (Negocios Generales. 8 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 712, 2ª, y 713, 1ª.

205

MANDATO SIN REPRESENTACION

Artículos 331, 332, 356, 396, 408 y siguientes del Código de Comercio. Artículos 2142, 2146, 2147 y 2177 del Código Civil.

El mandato comercial, en los términos de los artículos 331, 332, 396, 408 y siguientes del Código de Comercio recibe la denominación de comisión para vender. Y si bien tanto el mandato comercial como el civil generalmente llevan consigo la representación del mandante o comitente, el Código Civil en el artículo 2177 y el Comercial en el 356 consagran el mandato sin representación, en cuyo ejercicio el mandatario realiza los actos del encargo en nombre propio, de modo que él queda obligado con los terceros con quienes contrata, pero responsabilizado con el comitente de los resultados de ellos. Al tenor del primero de los citados textos, el mandatario puede en el ejercicio de su cargo contratar a su propio nombre o al del mandante; pero si contrata a su propio nombre no obliga respecto de terceros al mandante. Y el segundo dice: "El comisionista puede obrar en nombre propio o a nombre de sus comitentes. En caso de duda se presume que ha contratado a su propio nombre".

La Corte en repetidos fallos ha expresado que el mandato en el Derecho colombiano no es esencialmente representativo como lo expresan los textos copiados, y que, por consecuencia de ellos, puede el mandatario o comisionista contratar a nombre propio sin comprometer la responsabilidad del comitente y sin descontar el derecho del mandatario para reclamar con acción personal los beneficios del negocio o negocios efectuados en tal forma por el mandatario. Y más explícitamente sobre el mandato comercial ha dicho: "...en la comisión para la venta el comisionista se presenta obrando en nombre propio y aparece la figura jurídica del mandato sin representación, que regulan los artículos 331 y 332 del numeral 1º del Código de Comercio en armonía con las disposiciones de los artículos 2142, 2146 y 2147 del Código Civil (T. 83, pág. 748). "En el mandato sin representación puede afirmarse que 'el mandatario no es más que el órgano de la voluntad del mandante'; de ahí que el comisionista deba sujetarse estrictamente a las órdenes del comitente; que en ningún caso puede obrar contra las instrucciones claras y terminantes, y que en caso de falta de instrucciones debe suspender la ejecución de la comisión". (G. J., t. 68, pág. 151). (Casación Civil. Enero 30 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 32, 1ª y 2ª.

206

MEDIDAS DE SEGURIDAD

(Cuándo deben aplicarse en vez de las penas comunes).

Artículo 29 del Código Penal.

Independientemente de "las opiniones que se tengan acerca del libre albedrío, de la libertad moral y de la responsabilidad, es evidente —dice el profesor Vibert en su Manual de Medicina Legal y Toxicología— que existen circunstancias en que la voluntad experimenta el influjo de causas **patológicas** y en que los actos están determinados por motivos que son, a su vez, expresión palmaria de un desorden **morboso** en las funciones cerebrales. Los hechos desarrollados en tales condiciones, reprochables o criminales, no pueden acarrear para su autor las consecuencias que resultan de la aplicación ordinaria de las leyes, es decir, una represión con carácter de **pena** o de **castigo**, y la sociedad debe arbitrar otros medios de defensa contra esta clase de seres peligrosos y nocivos".

Esos estados de anormalidad psíquica, que pueden comprenderse genéricamente bajo el nombre de **demencia**, por la que debe entenderse, según concepto de A. Chauveau y

Faustino Hélie (citados por Vibert), "todas las enfermedades de la inteligencia, el idiotismo y la demencia propiamente dicha, la manía delirante, la manía sin delirio y asímismo parcial. Todas las variedades de enfermedades de la mente o frenopatías, cualesquiera que sean las denominaciones con que la ciencia las estudia, cualesquiera que sean las clasificaciones en que hayan sido incluídas, encierran la eficacia" son motivo de descargo para el acusado, en algunas legislaciones, o de tratamiento especial, como ocurre en la ley penal colombiana, de acuerdo con el artículo 29.

"De incumbencia del médico —agrega Vibert— es investigar y descubrir en cada caso particular, la existencia de los trastornos de la mente. Si bien es verdad que la competencia profesional, en tales cuestiones, ha sido no sólo discutida, sino rotundamente negada en tiempos anteriores, no acontece lo propio en la actualidad. En efecto, únicamente pueden negar nuestra exclusiva competencia gentes que tienen una falsa e incompleta noción de las psicopatías, de la enajenación mental y que juzgan como locos o enajenados a los maníacos, dementes, idiotas, etc. Aunque así fuera, en estos casos es patente el desorden o la incompletez de las facultades intelectuales; pero aún quedarían por estudiar las simulaciones, y el médico es el único que puede descubrirlas con certeza. Pero, en la práctica, no se dan únicamente, ni con frecuencia, casos tan sencillos y diáfanos: en ingentes ocasiones trátase de actos cometidos sin responsabilidad, de un modo totalmente inconsciente, por individuos que, al ser examinados, y aun en otras épocas, se los diputó por sanos de razón, verbigracia: un epiléptico, un alcoholizado, un paralítico general, etc. ¿Será un magistrado o un jurado cualquiera capaz de diagnosticar la epilepsia en sus formas menos evidentes, más larvadas, la parálisis general en sus comienzos, lo propio que para analizar y discernir las relaciones del hecho criminoso con la enfermedad que padece el acusado? Si cuestión semejante se plantease contra toda razón, por un momento, los estudios en que vamos a entrar bastarían para resolverla..."

Frente al sistema penal colombiano, fundado en un principio de responsabilidad legal, no moral, quienes cometen el delito en estado de grave anomalía psíquica, que es en el fondo un trastorno psicopático que inhibe al sujeto para obrar con conciencia y conocimiento, y sí bajo el impulso morboso que su propia afección determina, no son, ni podrían serlo, sometidos a penas comunes, de contenido intimidativo y represivo, pues lo que su peligrosidad demanda es el aislamiento en hospitales mentales, en los que a más de la segregación pretende el Estado la recuperación de su salud mental.

Reconocido en el caso **sub judice** el estado de grave anomalía psíquica en que obró al delinquir, con una prueba que para la Sala es idónea y digna de acatamiento por ser fundada y estar producida por médicos competentes que en su misión se ciñeron a los dictados de la práctica médico-legal más exigentes, entraña un grave error del sentenciado la decisión de imponer al homicida una **pena** común de presidio. Es decir, conforme a la causal segunda de casación, "por errada interpretación o apreciación de los hechos", negó al dictamen médico sobre las condiciones psicopáticas del agente, el valor probatorio que evidentemente tiene, para efectos de fijar la verdadera naturaleza de la responsabilidad atribuíble al acusado. (Casación Penal. Febrero 23 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 167, 2ª, y 168, 1ª y 2ª.

207

MORA DEL COMPRADOR

(En la compraventa o permuta de naturaleza comercial).

Artículo 244 del Código de Comercio.

En tratándose de una compraventa o permuta de índole comercial, el comprador no se encuentra en mora de recibir los efectos comprados, ya se trate de especies o de cosas de género, mientras no haya rehusado, sin justa causa, la recepción de ellos. (Artículo 244 del Código de Comercio). (Casación Civil. Enero 30 de 1962. Números 2251 y 2252). 30, 2ª.

N

208

NOTIFICACIONES

(En juicio ejecutivo).

Artículo 985, inciso 2º, del Código Judicial.

De conformidad con el inciso 2º del artículo 985 del Código Judicial, "si denegado el mandamiento se interpone apelación, el Juez, una vez concedida, remite el proceso al superior, previa notificación al ejecutante y al demandado"; y este precepto se justifica plenamente por la necesidad de dar al demandado una oportunidad para que presente sus razones en contra del proferimiento del auto ejecutivo, que, en caso de triunfar la apelación, quedaría a cargo del superior, por lo cual el ejecutado no podría luégo interponer recurso alguno ante el inferior, comoquiera que la ejecución no habría sido decretada por él. (Negocios Generales. 27 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 777, 2ª.

209

NULIDADES CONSTITUCIONALES

Artículo 26 de la Constitución Nacional.

La aplicación retroactiva del procedimiento establecido en el Decreto 012 de 1959 implica violación del artículo 26 de la Carta. (Casación Penal. 9 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 404, 2ª.

210

NULIDADES CONSTITUCIONALES

(En el proceso penal).

Artículo 26 de la Constitución Nacional.

La razón alegada por el demandante, con fundamento en las constancias procesales, claramente establece que la sentencia acusada es violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad constitucional, por cuanto se le dio aplicación, al procedimiento excepcional y restrictivo de los medios de defensa, y por lo tanto, desfavorable a los acusados, establecido en el Decreto 0012 de 4 de junio de 1959 al juzgamiento de hechos consumados con anterioridad a su vigencia, lo que entraña, de acuerdo con reiterada jurisprudencia, sostenida por esta Sala a partir del fallo de casación del 14 de marzo de 1961, una violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, norma esta que impide se le dé efecto retroactivo a la ley penal, sustantiva o adjetiva, restrictiva o desfavorable al acusado, en relación con la que regía cuando se consumó el hecho que se le imputa, como ocurre, según es notorio, y se demostró en dicho fallo, con el procedimiento especialísimo y excepcional del decreto citado, en relación con el trámite ordinario vigente cuando se consumaron los hechos que originaron este proceso. (Casación Penal. Febrero 8 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 111, 2ª, y 112, 1ª.

211

NULIDADES CONSTITUCIONALES

(En el proceso penal).

Artículo 26 de la Constitución Nacional.

No es posible sostener, con fundamento en los reparos que se formulan a la actuación procesal, todos los cuales se contraen a la

etapa del sumario, que se hubiera violado el artículo 26 de la Constitución Nacional, cuyo imperio, justamente, sólo puede operar en el juzgamiento y no en la formación del sumario, el cual, conforme a la definición del artículo 271 del Código de Procedimiento Penal, es la "reunión de diligencias propias para comprobar el cuerpo del delito, descubrir los autores o partícipes, conocer su personalidad y averiguar la naturaleza y cuantía de los perjuicios ocasionados por la infracción". (Casación Penal. 9 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 423, 2ª.

212

NULIDADES CONSTITUCIONALES

(En el proceso laboral).

Artículo 26 de la Constitución Nacional.

El reparo de que por haberse incurrido en un vicio de actividad, según la opinión del recurrente, la sentencia violó el artículo 26 de la Constitución, carece de todo fundamento. Las reglas del debido proceso que el canon establece, comprenden: la audiencia previa del demandado, la citación ante Juez competente y la observancia de las formas propias del juicio, todo de conformidad con lo que sobre tales puntos haya prescrito el legislador. En el caso de autos la litis fue propuesta ante Juez competente y fue vista y decidida, previa citación en legal forma del demandado, de acuerdo con el procedimiento del juicio ordinario, que era el pertinente. La inconformidad del acusador no se refiere a ninguno de los aspectos mencionados, que son los previstos como garantías sociales en el ordenamiento constitucional, sino en la consumación de lo que a su juicio constituye una irregularidad y por inobservancia de normas reguladoras de un incidente. En la hipótesis de que hubiera tenido ocurrencia en el proceso un defecto de tal naturaleza, de allí no es permitido deducir violación del mandato constitucional en cita, pues lo que éste contempla no es una irregularidad cualquiera sino presupuestos fundamentales de la función jurisdiccional. Los errores en el trámite se corrigen acudiendo a los medios de impugnación que la ley franquea, dentro del proceso mismo, aun los que hieren la constitución regular de la relación procesal, como son los relacionados en el artículo 448 del Código Judicial. Por lo demás, aun respecto de ellos aunque estén presentes en el juicio, no son denunciables en casación, a menos que incidan en la competencia, extremo que no se contempla en el presente asunto. (Casación Laboral. 14 de abril de 1962. Tomo XCVIII Números 2253 y 2254). 693, 2ª, y 694, 1ª y 2ª

213

NULIDADES PROCESALES

(Irretroactividad de la ley desfavorable).

Artículo 26 de la Constitución Nacional.

Si los hechos imputados a un procesado tuvieron ocurrencia antes de la expedición del Decreto 0012 de 1959, el juzgamiento que siga sus trámites no se ciñe a las normas pertinentes, que lo son las del Código de Procedimiento Penal, y viola las garantías previstas en el artículo 26 de la Carta. (Casación Penal. Febrero 22 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 152, 2ª, y 153, 1ª.

214

NULIDADES EN EL PROCESO PENAL

Artículo 26 de la Constitución Nacional. Artículo del Código Penal. Artículo 5º del Código de Procedimiento Penal. Artículo 44 de la Ley 153 de 188

Si se confrontan las disposiciones del Código de Justicia Penal Militar (Decreto 02 de 1958) en su Título VI, Capítulo II, con Decreto 0284 de 1958, a cuyas normas se s

etó el juzgamiento del procesado, se pone laramente de manifiesto que a éste se le plicó una legislación más restringida que la ue le correspondía. Desde este punto de vis-a tiene razón el recurrente al afirmar que estamos frente a una nulidad constitucional or haber aplicado en este caso el Juez de ª y 2ª instancia una tramitación procesal nás drástica, más desfavorable para el reo uzgando hechos fuera de su competencia, y n consecuencia se han violado las 'formas ropias de cada juicio' y no se ha aplicado a ley más favorable al reo".

Tanto la Constitución Nacional en su artículo 26, como el artículo 3º del Código Penal, 5º del Código de Procedimiento Penal, y el artículo 44 de la Ley 153 de 1887, consagran en forma categórica el principio de la retroactividad de la ley permisiva o favorable en materia penal, canon que se extiende anto a las leyes formales como a las materiales porque ni el texto constitucional ni los extos legales distinguen entre las leyes sustantivas y las adjetivas o procesales.

Según esto será siempre violatorio tanto le la ley como de la Constitución, el imponer n un proceso un régimen excepcional en materia de procedimiento cuando le corresponde ara su juzgamiento instituciones más favorables en lo tocante al derecho inalienable de a defensa. (Casación Penal. Febrero 7 de 962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 04, 1ª y 2ª.

O

215

OBLIGACIONES DEL PATRONO

(Y denuncia de delitos cometidos por el trabajador).

Artículo 56 del Código Sustantivo del Trabajo.

Aceptando que dentro de la obligación patronal impuesta por el artículo 56 del Código Sustantivo del Trabajo, de dar protección y seguridad a sus trabajadores, se comprende la de proteger como bien supremo su libertad y dignidad profesional y social, es lo cierto que no puede llegarse, en su interpretación y aplicación, al extremo, inadmisible, de que el patrono está inhibido para denunciar ante la autoridad cualquier hecho delictivo que directa o indirectamente pueda atribuír al trabajador. Tal criterio va contra mandato expreso de la Constitución y de la ley, que impone a todo ciudadano el deber de denunciar ante las autoridades los delitos de que se tenga conocimiento, sin que el hecho de la denuncia le obligue a demostrar la verdad de sus afirmaciones, pues que ello es precisamente el objeto de la investigación que se adelante. Basta tener la creencia de que un ilícito penal se ha cometido, para que la denuncia pueda presentarse, según ha dicho en varias decisiones, la Sala Penal de la Corte.

Cosa distinta es, que junto a la existencia del deber legal de denunciar los delitos de que se tenga conocimiento, se halle consagrado, a la vez como delito, el hacer falsas imputaciones ante las autoridades. (Casación Laboral. 31 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 647, 1ª.

P

216

PACTOS COLECTIVOS

(Pretendidas nulidades).

Artículos 469 y 481 del Código Sustantivo del Trabajo.

Otro argumento del cargo para sostener la nulidad del pacto colectivo, es el de que éste no fue depositado en la oficina de trabajo que ordena la ley ni fue ella la que expidió la copia traída al juicio. A lo cual observa la Sala: dispone el artículo 469 en relación con el 481 del Código Sustantivo del Traba-

jo, que uno de los ejemplares del escrito en que se consigne el pacto se deposite en el Departamento Nacional del Trabajo. Es bien sabido que las Inspecciones del Trabajo son dependencias del nombrado Departamento, subrogado por la División de Asuntos Industriales y últimamente por la de Asuntos Colectivos del Trabajo. La palabra Departamento o División es genérica, integra una categoría administrativa, compuesta de un conjunto de funcionarios, los cuales desempeñan diversos oficios inherentes al mismo servicio público. Su distribución entre varios agentes de una determinada repartición administrativa, obedece a conocidas reglas de división del trabajo, como ocurre en todos los órganos del Poder Público y servicio descentralizados, por lo cual, los adscritos a una sección o división, aunque tengan nombres distintos y aun diversa sede, no por eso dejan de pertenecer a dicha sección. La ley, en el artículo 469, se refiere a la entidad —Departamento Nacional del Trabajo— expresión que comprende a todas las oficinas que de él dependan y no a quien ejerza su dirección, como parece entenderlo el impugnante. (Casación Laboral. 14 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 592, 2ª.

217

PACTO DE RETROVENTA Y PROMESA DE COMPRAVENTA

Artículo 1943 del Código Civil.

Es obvio y elemental que el pacto de retroventa necesita expresarse, puesto que no pertenece a la naturaleza del contrato. Claro resulta asímismo que expreso en la escritura registrada, hace resolubles los derechos reales constituídos en favor de terceros, como secuela de la resolución de la transferencia misma. Ni se remite a duda que la simple promesa de venta del mismo objeto, hecha por el comprador al vendedor actual, apenas liga a las partes, sin proyección de efectos contra terceros. Entre lo uno y lo otro hay libertad de escogencia, pero no existe autonomía para traspasar en fraude a la ley por ninguno de esos dos mecanismos el límite de cuatro años. (Casación Civil. 3 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 321, 2ª.

218

PATERNIDAD

(Su demostración no es susceptible de prueba directa).

La paternidad no es susceptible de prueba directa, y si se trata de filiación fuera del matrimonio, la sentencia judicial de paternidad ha de basarse en inferencias simples, cuyo poder de convicción penetra en el fuero interno del juzgador. (Casación Civil. Enero 29 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 15, 1ª.

219

PATERNIDAD

(Su prueba con relación al hijo póstumo).

Artículo 8º de la Ley 153 de 1887. Artículos 213, 214, 220, 225, 228 y 232 del Código Civil. Artículo 4º, ordinal 4º, de la Ley 45 de 1936.

Confrontando el caso del hijo póstumo de matrimonio, con el del póstumo natural, generado de relaciones sexuales estables, bien se echa de ver que la razón que determina, en el primero, las normas sobre denunciación del embarazo por parte de la viuda, no existe, en el segundo, para colocar a la madre natural y consiguientemente al hijo bajo la aplicación de las mismas.

Porque, en el caso del póstumo legítimo que nace dentro de los trescientos días subsiguientes a la disolución del matrimonio, amparado como está por la presunción "pa-

ter is est quem nuptiae demostrant" (artículos 213, 214 y 220 del Código Civil), tiene por padre al difunto marido, sin necesidad de una sentencia judicial que así lo declare; por lo cual, para evitar que, abusando de esta situación privilegiada, la viuda, libre ya de toda dependencia y vigilancia marital, incurra en una suposición de parto con el resultado de atribuírle la herencia del marido a un hijo que no es de éste, dispone el artículo 232 que "muerto el marido, la mujer que se creyere embarazada podrá denunciarlo a los que, no existiendo el póstumo, serían llamados a suceder al difunto", de modo que, si ella no cumple con hacer tal denunciación dentro del término que el mismo precepto señala o no justifica ante el Juez su retardo, los interesados en recoger la herencia del marido, a falta del hijo, no serán obligados a reconocer el hecho y circunstancias del parto, sino en cuanto se probaren inequívocamente por parte de la mujer o del hijo, en juicio contradictorio. (Art. 228 ibíd.).

Distinta es la situación en el caso del hijo natural póstumo, nacido de relaciones sexuales estables, porque, no encontrándose cubierto de antemano por una presunción legal que fije su filiación respecto de determinado padre, obligado está a demostrar la causal de esa filiación en juicio contradictorio (artículo 4º, ordinal 4º, Ley 45 de 1936), juicio en el cual los interesados podrán discutirle el hecho y las circunstancias del parto, dentro del marco de las regulaciones legales.

Vese, pues, que no existe la misma razón para aplicar en la hipótesis del póstumo natural los ordenamientos del Código Civil para la hipótesis del póstumo legítimo.

Si, pues, el sentenciador no tenía por qué aplicar **a simili** en el caso ventilado los artículos 232, 225 inciso 3º, y 228 del Código Civil, quiere decir que, por tal causa, no quebrantó el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, ni los antedichos textos, ni por indebida aplicación consecuencial el artículo 4º, ordinal 4º de la Ley 45 de 1936, como lo ha pretendido la censura. (Casación Civil. Enero 30 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 23, 2ª, y 24, 1ª.

220

PATERNIDAD NATURAL

(Y la confesión de la madre como contraprueba de tal paternidad).

Artículos 93 y 2473 del Código Civil.

Porque, el primero de estos textos, al reconocer la personalidad condicional del **nasciturus**, dándole validez a la delación de los derechos a su favor durante el tiempo de su latencia **in utero**, en cuanto el nacimiento constituya un principio de existencia, no hizo sino aplicar el aforismo del Derecho Romano: "Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur" (Dig. L. 7ª), según el cual la criatura concebida debe considerarse como nacida cada vez que se trate de sus intereses, esto es, para todo lo que le favorece, sin que la regla pueda obrar directamente en su perjuicio, porque, como lo determinó el antiguo ordenamiento español, al inspirarse en el romano, "lo que fuesse dicho o fecho a daño de su persona no le empesce" (Ley 3ª, Título 23, partida 4ª); y el artículo 2473, al preceptuar que "no se puede transigir sobre el estado civil de las personas"; implícitamente y en principio excluye la confesión como medio de prueba contra el estado civil, ya que de lo que no se puede disponer por transacción no ha de permitirse hacerlo, por confesión, la que es inadmisible cuando se refiere a un derecho de que la parte que declara no ha podido disponer.

Es así como el legislador, al disciplinar las posibilidades probatorias en relación con el estado civil de las personas, no da cabida a la confesión, sino excepcionalmente, por ejemplo, cuando en el artículo 4º de la Ley 45 de 1936 establece como una de las causales de declaración judicial de la paternidad natural, la existencia de "carta u otro escri-

to cualquiera del pretendido padre, que contenga una confesión inequívoca de paternidad". Por eso, la jurisprudencia proclama que "generalmente la confesión no es medio idóneo de prueba en las cuestiones de estado civil, porque en esta materia el orden público está de por medio, sin que sea posible modificar por la simple voluntad individual la posición que a una persona le corresponde en sus relaciones de familia. Por eso ha dicho la Corte que 'cuando se trata de extremos que se refieren al estado civil de las personas, porque de él se derivan derechos y obligaciones, el sentimiento de la parte no es prueba legal de la constitución del respectivo estado. Esta comprobación se rige por pruebas taxativas y precisas'." (Casación. Febrero 22 de 1944, LVII, 68; septiembre 18 de 1947, LXIII, 28; agosto 19 de 1954, LXXVIII, 253; agosto 31 de 1955, LXXXI, 84).

En consecuencia, es inadmisible la alegación del recurrente, cuando sostiene que, aunque la susodicha declaración no sea una confesión, sí tiene la fuerza de tal, pues en manera alguna podría el derecho otorgarle el valor de confesión a una manifestación que no lo es, ni aun a la que, teniendo condiciones para serlo, estuviese despojada de ese mérito por el mismo derecho. Ello sería dar paso a la antinomia. (Casación Civil. Enero 30 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 21, 2ª, y 22, 1ª.

221

PATERNIDAD NATURAL

(Relaciones sexuales estables y notorias).

Artículo 4º, numeral 4º, de la Ley 45 de 1936.

Etimológicamente la palabra concubinato insinúa comunidad de lecho y de suyo alude a una modalidad de relaciones sexuales estables sugiriendo vida en común con apariencia matrimonial. Es el concubinato la mayor expresión de las relaciones sexuales cumplidas por fuera del matrimonio, sin que esto entrañe que únicamente el ayuntamiento de esta naturaleza, dé receptibilidad a la fijación de la paternidad natural, ya que sin existir amancebamiento propiamente dicho, puede haber relaciones sexuales que por notorias y estables autoricen probar la filiación natural —numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936—, el cual artículo consagra las relaciones estables como presunción de paternidad, tanto las que constituyen concubinato como las otras, que sin esta característica son estables y notorias, conceptos estos que se contraponen a lo transitorio u ocasional en esa clase de amores sexuales. Por eso no se encuentra motivo plausible para afirmar como con tanta frecuencia se hace que sea necesario probar el concubinato para inferir la paternidad, cuando por modo expreso la ley admite la prueba de relaciones estables y notorias para determinarla, interpretación esta a que con amplitud, según comentadores franceses, ha llegado la jurisprudencia de ese país al aplicar la Ley de 16 de noviembre de 1912. (Mazeaud, "Lecciones de Derecho Civil", Primera parte. Volumen 3º, número 967, página 471).

El autor del proyecto que fuera luégo la Ley 45 de 1936, dice:

"Pero, para que haya hijos no se necesita la vida de matrimonio y para que se presuma quién es el padre en caso dado, basta, según se ha demostrado, que se sepa que el hombre a quien se le imputa la paternidad haya tenido relaciones sexuales estables con la madre del hijo de quien se trata y que ésta haya guardado fidelidad, no era preciso llevar las cosas a extremos que podrían seguir amparando la impunidad de muchos padres'

Y en otro aparte:

"Pero nótese que la disposición que se comenta (ordinal 4º, artículo 4º de la Ley 45) no exige concubinato en el sentido estricto de los vocablos, para fundar la presunció

de paternidad, porque para que ésta se produzca no es preciso que se llene la plenitud de los elementos que aquellos suponen: basta las relaciones sexuales estables, aunque sin comunidad de habitación ni vida marital". ("Derecho de los hijos naturales", páginas 268 y siguientes).

Como expresión de la costumbre social la legislación no ha podido ignorar el concubinato, aunque haya sido diversamente apreciado desde el punto de vista jurídico. Aparece en la Ley Julia de Adulteris y con las disposiciones de esta ley y la Papia Popaea, se incrusta en la legislación de Justiniano donde se insertaron los Títulos De **Concubinis** que le dieron minuciosa reglamentación y, de allí pasa a las legislaciones posteriores con tratamiento diverso según puede confrontarse; mas, si eso ocurre con el concubinato, no podía suceder de distinto modo con las relaciones que sin constituírlo, pero que por tener carácter de estables y notorias, producen los mismos efectos de aquél. Piénsese en el sinnúmero de casos de filiación natural que quedarían por fuera de la ley, casi siempre los de gentes de holgada situación económica con posibilidad de sostener más de una mujer sin fingir vida matrimonial, a lo que se llegaría si para determinar la filiación fuese necesario el concubinato en el sentido estricto del vocablo.

"Ni la sociedad ni el Estado —ha dicho a Corte— pueden a esta hora desentenderse de las uniones irregulares, desígnense con el nombre de 'concubinato' o de 'relaciones sexuales', a pesar de tratarse de formas ilegítimas de entendimiento sexual entre varón y mujer, y ello especialmente por razón de los hijos, siempre en número creciente, ver Einrich Lehman. "Tratado de Derecho Civil". V. IV-39), cuyo carácter de seres humanos tampoco pueden ignorar" (XCII-221/22-106. Casación de febrero 29 de 1960). Casación Civil. 28 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 365, 1ª y 2ª.

222

PECULADO

Artículo 3º del Decreto legislativo número 1858 de 1951.

El recurso de casación, sometido a técnica estricta y, por lo tanto, a severo como ineludible régimen de disposiciones normativas que concuerdan y explican su específico carácter de extraordinario, no tolera el éxito de cargo alguno que no haya sido, a más de propuesto, debidamente demostrado. (Casación Penal. 21 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 473, 2ª.

223

PECULADO

(Empleados que no lo son de manejo).

Artículo 3º del Decreto 1858 de 1951.

Importa recordar el texto del artículo 3º del Decreto legislativo 1858 de 1951, que es el que disciplina el delito de peculado a que se contrae el proceso. Dice así esa disposición:

"Artículo 3º. El funcionario o empleado público, o el empleado de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado, que se apropie en provecho suyo o de un tercero, o en cualquier forma haga uso indebido de los caudales u otros bienes que por razón de sus funciones esté encargado de recaudar, o pagar, o administrar, o guardar, incurrirá en prisión de dos a seis años cuando el valor de lo apropiado o indebidamente usado no pase de tres mil pesos, o en presidio de cuatro a quince años cuando fuere mayor".

La evidente amplitud de esta norma hace imposible sostener que sólo los empleados en quienes concurra el específico carácter de empleados de manejo pueden incurrir en el delito de peculado. Ese presupuesto de con-

tornos absolutamente restrictivos no aparece en la disposición legal y entonces, como es obvio, resulta cuando menos excesivo tratar de atribuírselo, tomando como pretexto su interpretación.

De acuerdo con el precepto en cuestión, el sujeto activo del delito de peculado está constituído, sin ninguna restricción, por el funcionario o empleado público, o el empleado de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado, "que se apropie en provecho suyo o de un tercero, o en cualquier forma haga uso indebido de los caudales u otros bienes **que por razón de sus funciones esté encargado de recaudar, o pagar, o administrar, o guardar".** (Subraya la Sala).

En el caso de autos, resulta por entero manifiesto que el acusado **"por razón de sus funciones"** de Director de Circulación y Tránsito, estaba obligado a mantener bajo su custodia y vigilancia, es decir, a **guardar** caudales públicos y otros bienes de esa misma índole, de donde se desprende que, al apropiarse de parte de aquéllos o de éstos, lógicamente debía ser tenido como autor del delito de peculado. (Casación Penal. 21 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 473, 1ª y 2ª.

224

PELIGROSIDAD

(Por condenas anteriores).

Artículos 36 y 37 del Código Penal.

Las condenaciones anteriores, cuando no prestan mérito para el cómputo de la reincidencia, sí debe tenerlas en cuenta el fallador para elevar la pena por concepto de peligrosidad, con fundamento en los artículos 36 y 37 del Código Penal, porque entonces, aunque las copias no sean completas, como ocurre en este caso, por un descuido imperdonable de los investigadores, que con un poco de diligencia habrían podido agregarlas a los autos, hay un hecho cierto y demostrado en el proceso: que el sujeto sufrió una condena, que su peligrosidad es manifiesta, y, que, precisamente, las circunstancias así llamadas sirven para compensar una situación formal, para darle a la ley represiva su verdadera efectividad, pues no se compagina con ésta que circunstancias ficticias y convencionales, como es la falta de las copias con las formalidades legales, hagan nugatoria la facultad del Juez para atender a distintos factores, como la personalidad del agente y su manifiesta peligrosidad, también están previstos para que dentro de los límites fijados por la ley se tengan como elementos mensuradores de la pena y criterios directivos en la determinación de la sanción. (Casación Penal. 25 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 519, 1ª.

225

PENSION DE JUBILACION

(Desde cuándo comienza a deberse).

Según el artículo 262 del Código Sustantivo del Trabajo la pensión se debe desde que la pida el trabajador, siempre que en esa fecha reúna los requisitos del artículo 260. El fallo recurrido dispone el pago de la pensión desde el día siguiente al de expiración del contrato de trabajo, no obstante que la solicitud de pensión fue hecha tiempo después. No hay, por tanto, conformidad entre la decisión y lo que manda el mencionado precepto. (Casación Laboral. 3 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 663, 2ª.

226

PENSION DE JUBILACION

(Y sustitución patronal).

Artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo.

Para efectos de la pensión jubilatoria, lo esencial es que los servicios hayan sido prestados a una misma empresa por veinte años, siendo indiferente que durante ese tiempo haya cambiado de dueño, y que el cambio dé lugar a una sustitución patronal, o que dicho fenómeno no se produzca. Cuando hay cambio de patrono, el derecho del trabajador a la pensión no depende de que ese hecho opere una sustitución patronal, como lo entiende el recurrente. Su base jurídica es el servicio a una misma empresa, continuos o discontinuos, por veinte años. Así lo establece con toda claridad el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo. La disposición deja de lado el concepto de patrono, pues utiliza el de empresa, con lo cual está indicando que ésta y no aquél es el elemento principal. De manera que si cambia el empleador, con sustitución patronal o sin ella, la empresa responde de la obligación en cabeza de quien a la fecha en que surja el derecho figure como patrono o empresario. Se toma en cuenta la persona del patrono, natural o jurídica, porque se trata de un derecho de crédito y no de derecho real contra la empresa. Los servicios a ésta pueden ser continuos o discontinuos, y darse dentro de una sola relación de trabajo o de varias, como se infiere del contenido del citado precepto. El desplazamiento del derecho de propiedad sobre la empresa, o del simple derecho de goce, ninguna influencia tienen sobre el hecho relativo a la prestación de los servicios del trabajador al mismo establecimiento. El hecho en mención permanece inmutable. Conceptualmente el tiempo servido a la misma empresa es susceptible de fraccionamiento; la realidad no consiente la separación e independencia a que lo somete el acusador, ni la tolera tampoco el ordenamiento legal en cita. (Casación Laboral. 3 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 662, 2ª, y 663, 1ª.

227

PERITOS

(Su intervención en la inspección ocular).

Artículo 705 del Código Judicial. Artículo 51 del Código de Procedimiento Laboral.

La intervención de peritos en la práctica de la inspección ocular no es arbitraria. Procede cuando se trata de comprobar hechos que exijan conocimientos o prácticas especiales. Por tanto, si la naturaleza de los hechos no reúne tales condiciones, sobra la intervención de peritos en la práctica de la inspección. Exigir su colaboración, no siendo del caso, no sólo contraría mandatos del legislador sino que grava a los litigantes con gastos innecesarios. (Casación Laboral. 9 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 674, 1ª y 2ª.

228

PERSONAS JURIDICAS DE DERECHO PUBLICO

(Prueba, en juicio, de su existencia).

Artículo 80 de la Ley 153 de 1887. Artículo 1º de la Ley 2ª de 1943.

Entiéndese por personas jurídicas de **derecho público,** aquellas personas morales en que se traduce el poder del Estado, ya directamente, ya como derivación del mismo en orden a la prestación de servicios públicos. Así, se cuentan en esta categoría la Nación, los Departamentos, las Intendencias y Comisarías, los Municipios, los establecimientos oficiales de beneficencia e instrucción públicas y ciertas corporaciones creadas o reconocidas por la ley. (Artículos 80, Ley 153 de 1887 y 1º, Ley 2ª de 1943).

De todos los entes de esta especie se predica el que gozan de la personalidad jurídica por privilegio legal, lo cual se entiende en el sentido de que, para asumir tal carácter,

no requieren de acto alguno gubernamental declaratorio de su personería.

Pero, no todas las personas jurídicas de derecho público están colocadas en pie de igualdad, desde luego que se impone el distinguir las de naturaleza política, de las que carecen de este carácter.

Las políticas, dotadas como están de asiento geográfico en el territorio del país, desempeñan en una u otra forma funciones derivadas de la soberanía o de gobierno, a virtud de la Constitución, en la que encuentran su razón de ser, y con arreglo al ordenamiento político en que la Carta se desarrolla.

Las otras, creadas ya por acto de ley, ya por acto administrativo, son establecimientos y corporaciones oficiales no referidos en su existencia a extensión territorial alguna, establecidos para la prestación de servicios públicos, pero sin participación en las prerrogativas de gobierno.

Y esta distinción, trascendente por varios aspectos, se hace sentir desde luego en cuanto a la manera de ofrecerse en juicio la personalidad de tales entidades. Porque, la existencia de las del orden político, aparte de fundarse en la Carta y en estatutos legislados, es un hecho de eminente notoriedad, es decir, un hecho de aquellos en que ciertamente concurren las notas de conocimiento público o incontestabilidad racional y que pertenecen, por lo tanto, al número de las nociones propias del medio social, estando, con antelación a todo litigio, depurados de las posibilidades de incertidumbre y sin que, por lo mismo, necesiten ser específicamente demostrados: **facta notoria non indigent probatione.**

Por eso, la personalidad de las entidades políticas, como la Nación, un Departamento, un Municipio, no requiere ser probada en juicio, sino que basta que, invocando su carácter de Agente del Ministerio Público, se apersone en la causa el funcionario de esta especie, a quien competa la representación: Procurador General o su delegado, si se trata de la Nación; Fiscal del Tribunal, si de un Departamento; Personero Municipal, si de un Municipio.

En cuanto a las entidades no políticas creadas por la ley, será ésta la que acredite su personería; y como la ley no necesita probarse, pues su conocimiento general se presume de derecho, bastará con la comparecencia a juicio de quien, conforme a la ley o a los respectivos estatutos fundados en ella, deba representar a la entidad de que se trate. En el último de estos eventos, tendría que demostrarse lo que al respecto dispongan los estatutos.

Distinta es la situación en cuanto a la prueba del sér jurídico de los **establecimientos de beneficencia e instrucción públicas** creados por acto administrativo, pues si bien unos y otros gozan de la personalidad por ministerio de la ley (art. 80, Ley 153 de 1887), no es suficiente que se afirme en juicio la existencia de un ente de esta naturaleza, para que, sin probación alguna de tal aserto, haya de tenerse por cierta su personalidad. No es que se requiera de un acto de gobierno específicamente declarativo de ella. Pero, debe traerse al proceso la demostración del carácter u origen oficial del instituto de que se trate. Pudiendo existir establecimientos de beneficencia e instrucción públicas de origen privado, sujetos al régimen del reconocimiento de su personería por acto de gobierno, ello hace indispensable que la condición oficial de los establecimientos que se dicen tales sea ciertamente acreditada. Lo cual, al dejar establecido de qué clase de institución se trata, si nacional o seccional, permitirá a la vez definir cuál sea el funcionario del Ministerio Público a quien competa su representación en juicio, si esta materia especial no estuviere regulada en los estatutos de que legítimamente haya sido dotada la institución.

Por lo mismo, la falta de esa prueba en las controversias en que se intente hacer parte a un establecimiento de beneficencia o instrucción pública que se califica de oficial, induce al respecto la ausencia de sujeto de

derecho en el juicio, esto es, la falta del presupuesto procesal de capacidad para ser parte, poniendo al juzgador en la necesidad de pronunciarse en forma inhibitoria. (Casación Civil. Febrero 28 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 61, 2ª, y 62, 1ª y 2ª.

229

PETICION DE HERENCIA

(Carácter mixto de la acción).

Artículo 1321 del Código Civil.

El título de heredero es base de la acción de petición de herencia, y cuestión principal de ella la determinación de esa calidad que, reconocida, legitima al heredero para el ejercicio de los derechos patrimoniales que le corresponden en tal carácter. En cuanto tiende al reconocimiento de la calidad de heredero y en cuanto busca la restitución de los bienes hasta concurrencia de su respectiva cuota o, en fin, de los que posea el sucesor aparente, dicha acción tiene el carácter de mixta. (Casación Civil. 28 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 358, 2ª, y 359, 1ª.

230

PETROLEO

(Objeto del litigio de oposición).

El objeto de estos litigios sobre propiedad del subsuelo petrolífero no consiste en identificar los predios según los títulos actuales, sino en determinar y localizar las parcelas descritas en los títulos emanados del Estado antes del 28 de octubre de 1873, como hecho fundamental y principal de la pretensión de la parte actora. (Negocios Generales. Febrero 15 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 280, 2ª.

231

PETROLEOS

(Elementos constitutivos de la acción).

Los elementos constitutivos de la acción de dominio del subsuelo petrolífero son los siguientes: Título proveniente del Estado con anterioridad a la reserva fiscal de 28 de octubre de 1873, o, a falta de éste, los documentos de origen oficial emanados de autoridad competente que demuestren su existencia; identificación de los terrenos objeto de la litis, y, por último, comprobación de la propiedad actual de la parte actora sobre los terrenos objeto de la declaración judicial impetrada. (Negocios Generales. Febrero 27 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 296, 2ª.

232

PETROLEOS

(Presupuestos de la acción y su prueba).

Artículo 593 del Código Judicial. Artículos 34, 35 y 36 del Decreto 1056 de 1953.

El artículo 593 del Código Judicial consagra el principio de que "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"; por lo cual no puede recaer resolución favorable a las pretensiones de la demanda sino cuando el presupuesto de hecho en que ella se apoya aparece debidamente acreditado.

En materia de propiedad privada de hidrocarburos y de oposición a la propuesta de contrato para su exploración y explotación, la acción correspondiente supone: 1) Que los respectivos yacimientos salieron del patrimonio público en virtud de un título jurídico

o modo de adquirir el dominio, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, fecha en que entró en vigencia el Código Fiscal que los reservó para el Estado; 2) Que habiendo salido del patrimonio nacional en la forma indicada, no han sido recuperados por el Estado por nulidad, caducidad, resolución de la adjudicación o cesión, o por cualquiera otra causa; 3) Que el predio donde se encuentran o se supone que existen aquellos yacimientos es el mismo singularizado en la demanda; 4) Que ese predio es asímismo el que fue objeto de enajenación por el Estado o forma parte de éste total o parcialmente; 5) Que este último inmueble corresponde a una realidad geográfica y topográfica, es decir, que es identificable sobre el terreno; 6) Que las áreas territoriales a que se ha venido haciendo referencia se hallan comprendidas total o parcialmente dentro del perímetro de la propuesta de contrato, o sea, que el área de esa propuesta se superpone total o parcialmente a ellas.

Es claro que este supuesto fáctico, que se infiere de la naturaleza de la acción y de las normas que en el Código de Petróleos reglamentan su ejercicio, obliga al demandante a demostrar, con medios idóneos: a) La salidad del inmueble del dominio de la Nación antes de la reserva de 1873; b) La realidad geográfica y topográfica de los terrenos donde se ubican los hidrocarburos y de los globos de tierras que fueron objeto de enajenación o cesión por parte del Estado, para establecer, mediante su identificación, que la descripción que de ellos se hace en el libelo y en los títulos corresponde a aquella realidad; c) La superposición del área de la propuesta a la del predio respecto de cuyos petróleos subyacentes se solicita la declaración de propiedad particular. (Negocios Generales. Febrero 16 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 288, 1ª y 2ª.

233

PETROLEO

(Identificación de los predios).

Sin identificar y ubicar las primitivas mercedes, no puede afirmarse que los predios actuales de los demandantes estén dentro de aquéllas, porque desconocido el todo, tampoco pueden determinarse las partes que lo integran. (Negocios Generales. Febrero 15 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 282, 1ª.

234

PETROLEOS

(Qué aspectos ha de abarcar la identificación de predios).

La demostración procesal de la identificación de los terrenos objeto del litigio, requisito indispensable para la prosperidad de acciones en donde se alega frente al Estado la propiedad privada del subsuelo petrolífero, presupone la comprobación de los siguientes hechos, según lo expresa un claro y constante criterio doctrinal al respecto: Singularidad objetiva del predio materia de la pretensión del actor, es decir, verificación adecuada de que las lindes contenidas en el título en que aquél fundamenta su dominio actual en ese bien raíz tienen su correspondencia en la realidad topográfica del terreno; identificación, también como realidad geográfica y topográfica, de las tierras que se afirma salieron del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1873, desde luego, a la luz de alinderamiento consignada en el título originario alegado como causa de tal desprendimiento dominical; demostración de que es uno mismo el terreno que se señala como salido del patrimonio estatal antes de la reserva fiscal ya indicada y aquél en donde radica el actual derecho de propiedad pretendido, que el primero comprende a este último en

todo o en parte; finalmente, determinación conveniente de que los terrenos materia de la litis están abarcados, en forma total o parcial, por los límites de la propuesta de contrato. (Negocios Generales. Febrero 27 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 297, 1ª y 2ª.

235

PETROLEOS

(Título antiguo derivado de un remate).

Esta Sala de la Corte ha tenido oportunidad de sustentar y ratificar la tesis de que verificado el remate de una finca raíz antes del 28 de octubre de 1873 y aprobado también antes de la misma fecha por el Gobierno, aunque la diligencia respectiva se haya registrado después, los efectos del registro se retrotraen a la fecha del respectivo remate. (G. J., t. LI, p. 373; t. LIII, p. 766). (Negocios Generales. Febrero 27 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 303, 1ª.

236

PETROLEOS

(Títulos originarios y títulos derivados).

Invocar títulos otorgados entre particulares o actos testamentarios, con el fin de identificar las mercedes adjudicadas en tiempo de la Colonia, no resuelve el problema, sino que simplemente lo desplaza, porque habría que identificar las lindes de tales títulos o actos con las enunciadas en la diligencia de adjudicación, entrega o mensura de las dichas mercedes, pues si así no se hace, se incurriría en una petición de principio al dar por demostrado el punto controvertido: la identidad de los terrenos mencionados en el título originario con los descritos en los títulos derivados u otorgados entre particulares, conoquiera que la fecha de expedición no cambia la naturaleza de ellos; y así lo mismo da que su otorgamiento se haya operado en el año de 1757 o bien en el de 1918 o en el de 1959. Otra cosa es que los títulos antiguos, otorgados entre particulares, sirvan para identificar determinados puntos de referencia, mencionados en los títulos de las mercedes, cuyos nombres han cambiado con el transcurso del tiempo, con el objeto de hacer viable la localización geográfica de los terrenos mercedados. (Negocios Generales. 12 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 759, 1ª.

237

POSESORIO POR PERTURBACION

(Y expropiación de facto).

Artículo 885 y siguientes del Código Judicial.

En cuanto a la acción posesoria ejercitada contra el Departamento, como se trata de la construcción de una carretera, no tiene la calidad de un acto o de una serie de actos de perturbación, sino de real y efectivo despojo, aun cuando parcial, del predio del demandante, por cuanto implica la ocupación de hecho del sector o zona incorporada a la nueva carretera, con la calidad de un hecho permanente, no meramente transitorio.

Si se trata de un hecho permanente, por una parte, y, por otra, de la incorporación de una zona del predio a una carretera, total o parcialmente construída, se deduce claramente que la acción posesoria por perturbación no es la adecuada, sino la que tienda a obtener el total resarcimiento de los daños ocasionados al actor por hechos consumados. Además el simple amparo "en la posesión quieta y pacífica", resulta del todo inoperante, en especial si la obra ha sido ya construída y dada al servicio público, porque estos hechos no podrían quedar incluídos, por ser distintos, en el dicho amparo decretado "contra los actos de perturbación ejecutados por el Departamento de Cundinamarca con las obras

de la carretera que construye a través del mencionado inmueble", que alude a hechos consumados y de carácter permanente.

Aun cuando la carretera no haya sido totalmente construída la acción no puede considerarse como posesoria de perturbación, sino como una de expropiación de facto, porque la primeramente nombrada, supone actos puramente transitorios u ocasionales, como cortar maderas en predios del demandante, transitar por ellos, etc.; al contrario, la segunda supone un hecho permanente, el cual si se lleva a efecto en un inmueble, constituye un despojo, total o parcial, según que la ocupación se realice sobre la totalidad o sólo sobre una zona. (Negocios Generales. 8 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 717, 1ª y 2ª.

238

PRACTICA DE PRUEBAS

(A petición de parte no legitimada en causa).

Artículo 294 del Código de Procedimiento Penal. Artículos 24 y 25 de la Ley 4ª de 1943.

Con la salvedad del avalúo de los daños y perjuicios, lo cual sólo cabe hacer en la etapa del juicio y a solicitud de alguna de las partes (arts. 24 y 25 de la Ley 4ª de 1943), todas las diligencias mencionadas en el artículo 294 del Código de Procedimiento Penal debe practicarlas el funcionario de instrucción, sin esperar que las partes las soliciten.

Bien podía, entonces, el instructor en este negocio practicar las pruebas que señaló la parte civil, a las cuales se refiere el demandante, aun sin que hubiera existido petición alguna de la misma, aunque irregularmente.

El interés público del proceso penal, a diferencia del juicio civil en el que se debaten intereses privados, obliga al instructor en materia criminal a ordenar y practicar oficiosamente las pruebas relacionadas con los fines del proceso. (Casación Penal. 1º de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 385, 1ª.

239

PRACTICA DE PRUEBAS

(En juicio ordinario).

Artículo 746 del Código Judicial.

Las copias que se presentaron en la diligencia de inspección ocular, no pueden considerarse como allegadas legalmente al proceso, porque, en tratándose de un juicio ordinario, debe darse cumplida aplicación al artículo 746 del Código Judicial, en cuanto allí se prescribe que el término probatorio se divide en dos etapas, el primero, de diez días, para pedirlas, y el otro hasta de treinta, para practicarlas, de manera, pues, que vencido el primer lapso de postulación de las pruebas, no es dable aprovechar la diligencia de inspección ocular para aducir prueba alguna, que no haya sido antes pedida y decretada en tiempo hábil; y en consecuencia, como las copias presentadas en la diligencia dicha no se pidieron oportunamente, no pueden tenerse en cuenta, porque si se procediera en otra forma, sería tanto como violar el principio de la publicidad y contradicción de la prueba, con evidente perjuicio de la contraparte que sería sorprendida por elementos probatorios no anunciados ni conocidos por ella y sin oportunidad para presentar la contraprueba del caso. (Negocios Generales. 14 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 773, 1ª y 2ª.

240

PREAVISO

(Condiciones de validez).

Artículo 1º del Decreto 616 de 1954. Artículos 6ª y 57 del Código Sustantivo del Trabajo.

Aunque en principio es cierto que el preaviso no puede tenerse como causa del des

pido sino al vencimiento del plazo señalado en la respectiva notificación escrita, no lo es menos que quien da el preaviso está obligado estrictamente a observar la totalidad de sus obligaciones legales y contractuales hasta la fecha en que venza el plazo correspondiente. Así, por ejemplo, si es el patrono quien anuncia con antelación el despido, tiene entre tanto las obligaciones que enumera el artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo y las que además se hayan estipulado en el contrato, principalmente la de pagar la remuneración pactada. Y si deja de hacerlo, el preaviso pierde su eficacia, y se produce por tal omisión la ruptura unilateral e ilegal del contrato, con las consecuencias que la ley le atribuye a este acto.

Además, regulado el preaviso por la ley, como lo está en la nuestra, no tiene validez sino dentro de los períodos, por las causas o en las circunstancias que ella señala en los artículos 1º del Decreto 616 de 1954 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo. (Casación Laboral. 31 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 636, 2ª.

241

PRESCRIPCION

(De la acción disciplinaria por faltas contra la ética profesional del abogado).

Artículo 115 del Código Penal. Ley 21 de 1931 y Ley 69 de 1945.

El Tribunal se abstuvo de estudiar en el fondo la querella, pues estimó acertadamente, que dado el tiempo transcurrido desde la consumación de los hechos atribuídos al abogado querellado la acción disciplinaria para imponer las sanciones previstas en la Ley 69 de 1945, por faltas contra la ética profesional, está prescrita aun desde la fecha de la presentación de la querella el 22 de agosto de 1960. Para esto el Tribunal se acogió a la jurisprudencia sentada por la Corte, desde el fallo del 27 de septiembre de 1960, según la cual las faltas contra la moral profesional, en el ejercicio de la abogacía, contempladas y sancionadas por las Leyes 21 de 1931 y 69 de 1945 deben considerarse de acuerdo con la clasificación establecida por el artículo 2º del Código Penal, como simples contravenciones, cuya prescripción está regida por el artículo 115 ibídem, o sea que se cumple en un año. (Casación Penal. 30 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 548, 2ª.

242

PRESUNCION DE CONTRATO DE TRABAJO

Artículo 24 del Código del Trabajo.

La Sala llega a una evidencia contraria a la que fue admitida por el sentenciador de instancia, pues si bien los testimonios recibidos acreditan que el actor prestó servicios a la empresa en ejecución de varios contratos celebrados con ésta, es lo cierto que principalmente demuestran que ese trabajo no fue ejecutado siempre mediante la actividad personal del trabajador demandante, es decir, realizada por sí mismo, sino que se valió, también, de socios y de ayudantes a quienes él contrataba, despedía y pagaba sus salarios. De esta forma no es posible aceptar esa relación de servicio, como la constitutiva del primer elemento esencial requerido por la ley para que pueda tener existencia un contrato de trabajo, por lo que desaparece el soporte que permite presumir la existencia del mismo, mediante la aplicación del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo. (Casación Laboral. 27 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 705, 2ª, y 706, 1ª.

243

PREVARICATO

(Elementos del mismo).

Artículo 168 del Código Penal.

La Corte en varias oportunidades ha afirmado que "si el interpretar erradamente una disposición de la ley implicara un acto delictuoso, tendría que admitirse también que se erigiría en infracción penal el tener un concepto diferente del que otro sustenta en cuanto al hecho de fijar el alcance y contenido de una norma legislativa. De esta suerte se conseguiría paralizar la administración de justicia, pues el complejo de inferioridad que tal cosa produciría en los falladores, no tendría otra repercusión que evitar la creación de la jurisprudencia y el avance de la interpretación legal". (Auto, 1º de febrero de 1949, Gaceta Judicial, Tomo LXV, página 419; sentencia de 29 de julio de 1949, Gaceta Judicial, Tomo LXVI, página 460; autos: de 27 de enero de 1950, Gaceta Judicial, Tomo LXVII, página 36; de 28 de febrero de 1950, Gaceta Judicial, Tomo LXVII, página 109; de 11 de abril de 1950, Gaceta Judicial, Tomo LXVII, página 257; de 17 de julio de 1951, Gaceta Judicial, Tomo LXX, página 118; de 25 de septiembre de 1951, Gaceta Judicial, Tomo LXX, página 577; sentencias: de 28 de septiembre de 1951, Gaceta Judicial, Tomo LXX, página 583; de 21 de octubre de 1952, Gaceta Judicial, Tomo LXXIII, página 490; de 3 de agosto de 1954, Gaceta Judicial, Tomo LXXVIII, página 447; de 22 de octubre de 1954, Gaceta Judicial, Tomo LXXVIII, página 1043; de 8 de febrero de 1955, Gaceta Judicial, Tomo LXXIX, página 609; autos: de 6 de diciembre de 1955, Gaceta Judicial, Tomo LXXXI, página 863, y de 9 de febrero de 1956, Gaceta Judicial, Tomo LXXXII, página 147).

De igual manera ha expresado esta Sala que "no implica delito el que... se revoque una providencia en materias sujetas a la interpretación, como son todas las jurídicas". (Autos: de 12 de septiembre de 1949, Gaceta Judicial, Tomo LXVI, página 662; de 27 de enero de 1950, Gaceta Judicial, Tomo LXVII, página 36). (Casación Penal. 9 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 421, 1ª y 2ª.

244

PREVARICATO
Y ABUSO DE AUTORIDAD

(El elemento psíquico).

Artículos 168 y 171, del Código Penal.

En diferentes oportunidades ha dicho la Córte que "si el interpretar erradamente una disposición de la ley implicara un acto delictuoso, tendría que admitirse también que se erigiría en infracción penal el tener un concepto diferente del que otros sustentan en cuanto al hecho de fijar el alcance y contenido de una norma legislativa. De esta suerte se conseguiría paralizar la administración de justicia, pues el complejo de inferioridad que tal cosa produciría en los falladores, no tendría otra repercusión que evitar la creación de la jurisprudencia y el avance de la interpretación legal". (Auto de 1º de febrero de 1949, G. J., t. LXV, p. 419; sentencia de 29 de julio de 1949; G. J., t. LXVI, p. 460; auto de 9 de febrero de 1956; G. J., t. LXXXII, p. 147, entre otros).

Y ello es apenas lógico, pues la equivocación en el procedimiento o en la manera de apreciar las normas que lo señalan para resolver un caso dado, no permite, por sí sola, conformar el elemento subjetivo de los delitos de abuso de autoridad o de prevaricato, tanto menos cuando la buena fe precede a aquella equivocación y no resulta prueba alguna que desvirtúe esa buena fe. Esa condición psíquica en las citadas infracciones punibles, obliga, cuando no resulta demostrada, no a cohonestar el proceder errado, sino a considerar que no es justo que la equivoca-

ción del funcionario, no acompañada de mala fe, pueda acarrearle responsabilidad penal.

El dolo es la orientación de la voluntad hacia un fin ilícito. Y en los supuestos que reprimen, como abuso de autoridad y prevaricato, los artículos 171 y 168 del Código Penal, respectivamente, corresponde al propósito de cumplir un acto arbitrario o injusto, que perjudique a una persona o a una propiedad. Claro que para que se tenga la última de las infracciones penales citadas es menester que el agente, asímismo, actúe "por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros", conociendo que su sentencia, resolución o dictamen contrario a la ley, resulta expresa o manifiestamente injusto. Ninguna de estas dos violaciones punibles admite ser cometida por simple negligencia o imprudencia (culpa). Y mucho menos cabe aceptar su existencia, cuando contra la presunción de buena fe, que cabe admitir en la actividad de los funcionarios públicos, no aparece prueba alguna que la desvirtúe. (Casación Penal. 9 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 415, 2ª, y 416, 1ª.

245

PROPIEDAD PRIVADA DEL PETROLEO

(Determinación de terrenos).

La determinación de los terrenos objeto de la litis en estas acciones sobre propiedad privada del subsuelo petrolífero, implica la demostración de estos hechos, singularización objetiva del predio materia de la pretensión demandada, es decir, comprobación exacta de que los linderos contenidos en el título actual de dominio de la parte actora corresponden a la realidad topográfica del terreno; identificación real de las tierras salidas del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, a la luz del alinderamiento consignado en el título o títulos originarios que se invoquen; comprobación de que es uno mismo el terreno desprendido del dominio nacional antes de la reserva fiscal del petróleo y aquel cuyo dominio actual se alega, o que el primero comprende a este último en todo o en parte; superposición, total o parcial, entre las lindes de los terrenos litigiosos y las áreas de la propuesta. (Negocios Generales. 12 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 762, 1ª y 2ª.

246

PROPIEDAD PRIVADA DEL PETROLEO

(Lo que debe probarse).

La relación jurídica que debe demostrarse para la prosperidad de acciones de esta naturaleza es la existente de manera real entre el derecho que ahora se alega o pretende y el que se fijó en un legítimo adquirente del Estado sobre un bien concreto, como ya lo ha dicho esta Sala de la Corte. (Negocios Generales. 12 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 769, 1ª.

247

PROPIEDAD PRIVADA DEL PETROLEO

(Relación entre los títulos actuales y los antiguos).

En el evento **sub lite** se imponía con más rigor la necesidad de establecer la relación entre la propiedad particular amparada por los títulos actuales y el origen remoto que se les atribuye, si se tiene en cuenta que en los pedimentos y adjudicaciones de que hablan los pretendidos títulos originarios, no aparece una clara ubicación de las estancias, ni una indicación cierta de las tierras indicadas en las mercedes, comoquiera que los puntos de referencia de sus linderos no son por lo general sitios naturales inalterables o de in-

mediato y fácil reconocimiento, sino que en su casi totalidad están constituídos por mogotes, ancones, caminos viejos, terrenos particulares, términos municipales, pantanos, etc., por lo cual se imponía con más rigor —como antes se dijo— la adecuada comprobación procesal de haberse efectuado la determinación sobre el terreno del área de las mercedes otorgadas y su real ubicación. (Negocios Generales. 12 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 768, 1ª y 2ª.

248

PROVOCACION

(Como aminorante de la responsabililad).

Artículo 28 del Código Penal.

A la cuestión propuesta por el Juez del conocimiento a los miembros del jurado, en la que se enmarcaba en sus precisos términos el hecho de un homicidio común o simplemente intencional, el veredicto fue de este tenor: "Sí, pero en estado de ira".

A la afirmación concreta de responsabilidad por el delito juzgado se le agregó la frase atrás copiada, cuyo contenido, en sentir del demandante, sitúa el hecho en las circunstancias del artículo 28 del Código Penal.

Esta disposición, que consagra una aminorante de la responsabilidad, exige para su reconocimiento que el agente obre "en estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injusta provocación". Así se admita que el Juez de derecho tiene arbitrio para interpretar los términos de un veredicto y que no es necesario que el jurado emplee en sus respuestas palabras sacramentales, que recojan el texto mismo de la disposición, en el caso de autos no resulta posible presumir que hubo el reconocimiento de la atenuante.

Haber dicho que el acusado obró en estado de ira es una expresión sin alcance modificativo de la responsabilidad, porque lo esencial para que se llenen los requisitos del artículo 28 citado es que el estado de ira haya sido causado por grave e injusta provocación. Si la ira, como estado psicológico de irritación, no cabe atribuírlo a la conducta injusta de un provocador, es una situación personal sin consecuencias ante la ley penal. En muchos casos de homicidio el agresor obra bajo el impulso de la ira, pero si la víctima es ajena a los motivos de cólera y no causó la provocación, no es atinente ni jurídico invocar la atenuación.

No puede discutirse que el procesado en el caso **sub judice** actuó encolerizado. Lo que ocurre simplemente es que el jurado no expresó que hubiera habido provocación del occiso, grave o leve, calificable de injusta.

En tales condiciones la causal tercera y los planteamientos del demandante para demostrarla están fuera de lugar. La Corte no podría darle al veredicto un sentido que no tiene, por su misma simplicidad, ni podría forzar el texto del artículo 28 para situar dentro de su presupuesto la conducta del acusado. (Casación Penal. 30 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 545, 2ª, y 546, 1ª y 2ª.

249

PROVOCACION

(Como atenuante del delito).

Artículo 28 del Código Penal.

Si el jurado reconoce simplemente que se cometió el hecho "en estado de ira y dolor intenso", no se puede pretender que el veredicto da paso a la aminoración del artículo 28 del Código Penal. (Casación Penal. Enero 31 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 80, 2ª.

250

PRUEBAS

(Facultades de apreciación del juzgador).

Artículo 601 del Código Judicial.

No es censurable en casación la actitud del Tribunal que toma el dictamen de los peritos

que lo acompañaron en la diligencia de inspección ocular por él practicada, para preferirlo a otra peritación producida en primera instancia. Ello se encuentra dentro del marco de los poderes de apreciación que privativamente competen al juzgador, salvo arbitrariedad manifiesta. (Casación Civil. 29 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 340, 2ª.

251

PRUEBAS

(Sistema vigente para valorarlas).

La modificación profunda introducida por el Código Procesal Penal vigente en el régimen de la prueba se debe a que impera un sistema mixto entre el legal —consagrado en la legislación antigua— que constriñe al Juez a no salirse del ámbito previamente determinado para apreciarla, porque rige una tarifa probatoria, cuyo alcance y límite señala la ley concretamente, de la cual no se puede apartar el fallador, y el sistema de convicción moral-legal, en el que si bien no existe un régimen de absoluta libertad en la apreciación probatoria, el Juez se mueve con más amplitud y desembarazo, dentro de un prudente arbitrio, que permite un mayor margen al examen de los elementos probatorios aportados, en el que la conciencia del fallador debe encontrar el justo equilibrio entre la arbitrariedad y la justicia, para formarse la convicción con que debe decidir el caso, "porque se atemperó con el sistema de la convicción íntima para la apreciación libre y prudente de los jueces de los elementos probatorios", el régimen restrictivo tarifario, que es precisamente lo que permite afirmar la existencia del sistema mixto de que se ha hablado. (Casación Penal. 25 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 516, 2ª, y 517, 1ª.

252

PRUEBAS

(Su petición y práctica).

Artículo 597, numeral 2º, y 746 del Código Judicial.

El numeral 2º del artículo 597 del Código Judicial dice que, para estimar el mérito probatorio de una prueba debe formar parte del proceso, "por haberse presentado en inspecciones u otras diligencias en que interviene el Juez y las partes"; y en consecuencia, no puede confundirse la presentación o asunción de un elemento probatorio, con la oportuna petición o postulación para que se practique; en otras palabras, en tratándose de un juicio ordinario, la presentación de documentos, títulos o pruebas en una diligencia de inspección ocular presupone que se haya pedido y decretado en tiempo hábil, o sea, en los períodos determinados por el artículo 746 del Código Judicial, ya que la diligencia dicha tiene por objeto practicar la prueba, pero no se convierte en un plazo adecuado para pedirlas, decretarlas y practicarlas o presentarlas, festinando el normal desarrollo del proceso en sus distintas etapas. (Negocios Generales. 14 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 773, 2ª.

253

PRUEBAS

(Oportunidad de pedirlas y practicarlas).

Artículos 746 y 597 del Código Judicial.

El artículo 597 del Código Judicial dispone que "para estimar el mérito de las pruebas, éstas han de formar parte del proceso... 2º Por haberse presentado en inspecciones u otras diligencias en que intervienen el Juez y las partes"; sin embargo, como lo ha dicho la Corte en otras ocasiones, la regla contenida en la disposición transcrita no puede in-

terpretarse en forma absoluta, sino de acuerdo con la naturaleza de cada juicio o de cada diligencia, porque en algunos procesos, como en el de deslinde, la postulación y la presentación de la prueba son actos que se confunden (artículo 868 del Código Judicial), como lo mismo ocurre en algunas diligencias, por ejemplo, en las oposiciones a los secuestros o a las entregas de inmuebles; sin embargo, cuando se trata de un juicio ordinario, la postulación de las pruebas y la aducción o asunción o presentación son dos actos distintos, que deben cumplirse dentro de los plazos señalados en el artículo 746 del Código Judicial, con el objeto de garantizar la contradicción y publicidad de las pruebas; por esto, fenecido el plazo de diez días para pedir pruebas o término de postulación, empieza a correr el de treinta "para practicar todas las pedidas"; por consiguiente, vencida la primera etapa del lapso probatorio, no es admisible la postulación de ningún medio probatorio, aun cuando sea manifiesta, patente y evidente la conducencia o necesidad de la prueba pretermitida.

En el presente litigio, como la diligencia de inspección ocular no es tiempo hábil para la postulación de pruebas, sino que, por el contrario, tiene la indudable finalidad de practicarla, no pueden aducirse válidamente sino las que han sido postuladas o pedidas dentro del primer período a que alude el memorado artículo 746 del Código Judicial: y así, en forma por demás clara se dijo en el auto que ordenó la inspección ocular, con estas textuales palabras: "...en la cual se tendrán en cuenta los documentos presentados con la demanda y los que, pedidos en tiempo oportuno, se produzcan dentro del juicio o se presentaren en la diligencia".

Por tanto, como las escrituras que se presentaron en la diligencia de inspección ocular no fueron pedidas en tiempo oportuno, o sea, en el primer período a que alude el artículo 746 del Código Judicial, no pueden apreciarse como pruebas de ningún hecho básico del litigio, pues tal diligencia no puede convertirse en período apto para postular pruebas, decretarlas y presentarlas o asumirlas. (Negocios Generales. 12 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 754, 1ª y 2ª.

254

PRUEBAS

(Requisitos de conducencia y oportunidad).

Artículos 746 y 472 del Código Judicial.

No puede confundirse la conducencia o necesidad de la prueba con la oportunidad de la petición o postulación de ella, porque aun cuando no pueda remitirse a duda la conducencia, el mérito de una prueba no podrá estimarse en la sentencia si no ha sido pedida en tiempo, decretada por el Juez de la causa y presentada, practicada o aducida antes del auto de citación para sentencia; por tanto, si no se pidió dentro del primer período a que alude el artículo 746 del Código Judicial o se agrega al expediente después de la citación para sentencia, el Juez no puede apreciarla aun cuando la prueba sea necesaria o esencial para el éxito de la pretensión del actor; y así, por ejemplo, el juzgador no podrá apreciar el título de propiedad de un inmueble reivindicado si no fue objeto de oportuna postulación o bien se allegó al proceso después de proferido el auto de citación para sentencia, normas que no es posible desconocer por lo enunciado en el artículo 472 del Código Judicial. (Negocios Generales. 12 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 755, 2ª, y 756, 1ª.

255

PRUEBAS

(Aducidas en casación).

En relación con las pruebas aportadas durante el trámite del recurso de casación, en

repetidas ocasiones ha dicho la Corte que el indicado recurso no es una tercera instancia, por lo cual no es fase adecuada para la producción de pruebas, y por consiguiente, no puede ella estimar las que se aduzcan, al decidirlo. (Casación Laboral. 15 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 596, 1ª y 2ª.

256

PRUEBAS

(Presentadas con la demanda principal).

Artículos 207 y 597, numeral 1º, del Código Judicial.

Si el demandante presentó con la demanda inicial los documentos en referencia para que se tuvieran como prueba a su favor, su incorporación al proceso se hizo legalmente, por voluntad de la misma parte que ahora los repudia y, en virtud del principio de la adquisición procesal, la prueba se hizo común, y así, aunque es cierto que faltó el decreto del Juzgado que ordenara tenerlos como prueba, ello no tiene el mérito de impedir su estimación. En tal evento rige la disposición del artículo 207, en relación con el 597, numeral 1º del Código Judicial, que no son opuestas a las especiales del estatuto procesal del trabajo. (Casación Laboral. 15 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 597, 2ª, y 598, 1ª.

257

PRUEBAS

(Presentadas en inspecciones oculares).

Artículos 597 (numeral 2º) y 746 del Código Judicial.

No está por demás advertir que, cuando se trata de una inspección ocular decretada dentro de un juicio ordinario, el numeral 2º del artículo 597 del Código Judicial debe entenderse en función de lo previsto en el artículo 746 del mismo Código, esto es, pueden presentarse en tal diligencia las pruebas que han sido pedidas en tiempo hábil; porque si así no fuera, además de desconocer el principio de la publicidad y contradicción de la prueba, se llegaría a la inaceptable conclusión de que una prueba puede pedirse y decretarse una vez vencidos los primeros diez días, que el artículo 746 citado fija "para pedir las pruebas que les interesen..." Por tanto, en esta diligencia de inspección ocular no puede considerarse como legalmente allegada o presentada la prueba o instrumento no pedida dentro del primer lapso señalado en la disposición antes invocada. (Negocios Generales. Febrero 15 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 281, 1ª.

258

PRUEBAS

(Practicadas en inspecciones oculares).

Así como el auto que ordena practicar una prueba no prejuzga del mérito probatorio de ella, así la decisión del comisionado o del propio juez de la causa, deja a salvo el posterior juzgamiento del mérito de una prueba recibida u ordenada practicar en una diligencia de inspección ocular, entre otros motivos, en cuanto se refiere a la oportunidad de la postulación. (Negocios Generales. 12 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 755, 2ª.

259

PRUEBA PERICIAL

(Su mérito probatorio en materia penal).

Artículo 268 del Código de Procedimiento Penal.

Los jueces, dentro del ámbito de sus delicadas funciones, cuando se trata de elucidar cuestiones técnicas ajenas a sus naturales disciplinas científicas, ocurren precisamente a

la prueba pericial en busca de ilustración y de fundamento para sus decisiones dentro de la ley; y si es verdad que en materia criminal el fallador está autorizado para separarse del concepto de los expertos y adoptar conclusiones distintas en el juzgamiento, ese prudente y necesario arbitrio, debe apoyarse en una motivación tan consultada dentro de la materia a que se contrae el dictamen, que deje en evidencia el error, o al menos, la superficialidad de la exposición de los peritos. (Casación Penal. Febrero 23 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 167, 2ª.

260

PRUEBA TESTIMONIAL

(Practicada por Juez comisionado).

Artículo 52 del Código de Procedimiento Laboral.

A más de otros motivos que tuvo para ello, el Tribunal desechó las declaraciones a que se refiere el recurrente, en consideración a que, habiendo sido recibidas por Juez comisionado, no dio éste cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 52 del Código Procesal Laboral, según el cual "ha debido comunicar al comitente el concepto que le hubieran merecido los deponentes y las circunstancias de mayor o menor credibilidad de sus testimonios". Esta otra falla de los testimonios, que el recurrente no ataca, sirve de fundamento suficiente a la estimación del fallador, que la Sala encuentra ajustada al mandato de la disposición citada y a lo que, sobre el punto, tiene decidido la jurisprudencia. (Casación Laboral. 27 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 711, 2ª.

R

261

RECONOCIMIENTO DEL SINDICADO

(En rueda de presos).

Artículo 371 del Código de Procedimiento Penal.

Es evidente que la declarante, en rigor, no reconoció en rueda de presos al sindicado, puesto que la indicación que de él hizo, fue esencialmente dubitativa. (Casación Penal. 10 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 437, 2ª, y 438, 1ª.

262

RECONOCIMIENTO TACITO DE DOCUMENTOS

(Obrantes en juicio).

Artículo 645 del Código Judicial.

Manifestación de aceptación tácita ve el acusador en el hecho de que el documento, acompañado a la demanda, no fue objetado ni redargüído de falso. El argumento es inválido, porque el sistema de reconocimiento tácito de documentos privados obrantes en juicio, se refiere, según el artículo 645 del Código Judicial al que emane de la parte obligada o de su apoderado, y ya se ha visto que en el proceso no aparece demostrado que quien lo suscribe hubiera tenido calidad de representante del patrono. De reconocimiento tácito por el apoderado de la parte demandada no cabe hablar en el juicio, porque quien llevó su representación en éste no fue un apoderado constituído por ella sino un curador **ad litem.** (Casación Laboral. 27 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 711, 1ª y 2ª.

263

RECONSTRUCCION DE PROCESOS

(Aducción de pruebas).

Decreto 1683 de 1948.

En su proveído absolutorio el Tribunal acepta la **posibilidad jurídica** de las pretensiones de los demandantes, pero echa de menos la prueba de los elementos principales

integradores de esas pretensiones, estimando que lo único que puede tenerse como plenamente comprobado es la defunción de los menores Héctor y Dora Espinel Rodríguez, cuyas partidas de defunción figuran originales en el expediente. Afirma que "si bien es cierto que en los autos obran copias de los memoriales de pruebas presentados en estos juicios acumulados y copia de los alegatos de conclusión presentados en ellos, es lo cierto que tales pruebas no obran en autos para poder ser estimadas y valoradas". Destaca que "los hechos en que se apoya una demanda deben ser demostrados de una manera plena y completa; esa demostración la logra el Juez frente al contenido que arrojan las pruebas una vez practicadas. No es suficiente para acreditar los hechos en que se apoya la demanda, afirmar que se solicitaron y practicaron todas las conducentes y reconocidas por la ley, sino que es necesario que se conozca por el fallador el resultado y contenido de las pedidas y practicadas para que pueda adquirir la convicción de que el hecho existió real y positivamente. De lo contrario, si al Juez no se lleva la demostración de los hechos en que se apoya la demanda, su deber es absolver porque la decisión no tiene hechos sobre qué fundarse".

Ninguna objeción hay que hacer a las anteriores consideraciones del fallador de primer grado tomadas como tesis general de derecho probatorio; sólo que en el presente caso, de procesos reconstruídos, existe una regulación especial, según la cual se pueden tener como existentes en el proceso pruebas simplemente mencionadas en ciertos escritos. (Negocios Generales. 16 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 725, 2ª, y 726, 1ª.

264

REEMBOLSO DE GASTOS PROCESALES

(Es extemporáneo plantear este asunto en casación).

El artículo 571 del Código Judicial dice:

"Si una parte abona lo que otra debe pagar por razón de gastos, se anota así en el expediente para que aquélla pueda pedir inmediatamente su reembolso de quien corresponda, y mientras tanto, ésta no será oída en el juicio".

De la simple lectura de la disposición transcrita se deduce que ésta se refiere a las instancias, donde suelen causarse gastos en la actuación por motivo de diligencias de pruebas, incidentes, etc., pero no en la fase de la casación, que se circunscribe, una vez admitido el recurso, a la sustentación de éste, a la oposición respectiva y a su decisión por la Corte, aparte de eventuales y limitados incidentes como los de impedimento y recusación. Ni siquiera en los casos en que se efectúe audiencia a solicitud de las partes o cuando la Sala lo estimare conveniente, se ocasionan expensas.

Por tanto, es extemporáneo plantear en casación el reembolso de gastos que tuvieron lugar en las instancias. (Casación Laboral. Febrero 14 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 230, 2ª.

265

REINCIDENCIA

Artículo 34 del Código Penal.

La reincidencia no puede tomarse en cuenta si faltan requisitos que la ley prescribe para ese aumento de la sanción, que por comportar un mayor rigor penal, exige, por lo mismo, condiciones que de no estar establecidas impiden su aplicación. Ni la confesión, ni el prontuario delictivo, pueden sustituír la prueba única que la doctrina de la Corte ha mantenido como indispensable a aquel objeto: las copias de las condenas ejecutoriadas, expedidas por funcionarios competentes y con las formalidades legales. (Casación Penal. 25 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 518, 2ª, y 519, 1ª.

266

REINCIDENCIA Y PELIGROSIDAD

Artículos 34 y 37, numeral 2º, del Código Penal.

Es conveniente discriminar, que para efectos de la dosimetría penal, en el cómputo de la penalidad que debe sufrir el reo, no en lo que respecta a los antecedentes criminales del sujeto, que es cuestión distinta y que sólo tiene relevancia penal en cuanto sirven para destacar y establecer su peligrosidad, su capacidad antisocial y aun su habitualidad, las sindicaciones, detenciones precautelativas, deben tener un enfoque legal distinto. Es decir, a éstas, tenerlas en cuenta en lo que respecta a la conducta antisocial, para señalar la peligrosidad, esto es, aquella capacidad latente en la persona para transformarse con las mayores probabilidades en autora de hechos delictuosos, y, en cambio, a las condenaciones anteriores considerarlas, ya en orden a la reincidencia, si se cumplen los requisitos de ley, o meras circunstancias de mayor peligrosidad, si alguna modalidad impide que se las tenga en cuenta para cómputo de la reiteración criminal. (Casación Penal. 25 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 518, 2ª.

267

REINTEGRO DEL TRABAJADOR

La legislación colombiana no consagra el derecho al reintegro del trabajador despedido sino "para los trabajadores que disfrutan de fuero sindical, conforme a reglamentación extraña al juicio ordinario de trabajo; y también en los casos de maternidad que prevén los artículos 12 del Decreto 1632 de 1938 y 241 del Código Sustantivo del Trabajo y en los eventos de suspensión del contrato por llamada del trabajador a prestar servicio militar obligatorio (numerales 5º de los artículos 44 del Decreto 2127 de 1945 y 51 del C. S. del T.), o por la paralización temporal de actividades de que tratan los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 44 del Decreto 2127 de 1945 y los mismos numerales del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, en armonía con el 45 del citado Decreto 2127 y 52 del Código". Así se expresó esta Sala en caso análogo al de autos. (Casación Laboral. 3 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 649, 1ª y 2ª.

268

REINTEGRO DEL TRABAJADOR

(E indemnización moratoria).

Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

También dijo esta Sala en sentencia de 30 de septiembre de 1960: "El derecho al pago de perjuicios moratorios se funda a vista de lo dispuesto en el Decreto 797 de 1949, en la existencia de deudas insolutas a favor del trabajador al terminar la convención laboral. Para los casos en que la ley autoriza el reintegro, el incumplimiento del patrono de esa obligación conduce a su satisfacción por equivalencia, es decir, al pago de los salarios a que el trabajador tendría derecho si hubiera sido restituído en su empleo. Pero no siendo procedente el reintegro en el caso que se estudia, la indemnización de perjuicios por mora carece de fundamento". (Casación Laboral. 3 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 650, 1ª y 2ª.

269

REIVINDICACION

(Elementos de la acción).

Artículos 946, 947 y 950 del Código Civil.

Si la acción reivindicatoria, en la especie de la deducida en este litigio (artículos 946,

947 y 950 del Código Civil), se integra por la concurrencia de cuatro elementos, a saber: **Cosa singular** reivindicable; **dominio** del actor en la misma; **posesión** real de ella por el demandado, e **identidad** entre la cosa poseída por éste y la pretendida por el reivindicante, es lógicamente imperativo el que la falta de uno cualquiera de estos elementos estructurales induzca al fracaso de la acción. No de otra manera ha podido decirlo una sostenida doctrina jurisprudencial. (Casación Civil. Enero 24 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 10, 1ª y 2ª.

270

REPRESENTACION JUDICIAL

Artículo 240 del Código Judicial. Artículos 62 y 639 del Código Civil. Artículo 5º de la Ley 28 de 1932.

La capacidad procesal o capacidad de obrar se distingue de la capacidad de derechos o capacidad sustancial en que ésta es la aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones jurídicas, al paso que la capacidad de obrar es la de ejercitar por sí los derechos, o asumir por sí las obligaciones jurídicas. Basta existir para ser sujeto de derechos. La capacidad de obrar supone algo más: entender y querer. Puede no coincidir la capacidad de derechos con la capacidad de ejercicio o sea la capacidad sustancial con la capacidad procesal. En este caso aparece la figura de la representación que se da a las personas que no tienen por sí el ejercicio de sus derechos, como el de comparecer en juicio, si no están representadas, asistidas o autorizadas, según las normas que protegen su incapacidad. La capacidad, o la legítima representación debe encontrarse tanto en el actor como en la parte que contradice el juicio o demandado: si no es así, el acto o los actos ejecutados en el proceso están afectados de un vicio que mengua la validez procesal. La ley establece de manera clara tal principio en el artículo 240 del Código Judicial, al decir: "Los incapaces comparecen en juicio, como demandantes o demandados, por medio de sus representantes legales". Y el artículo 62 del Código Civil determina quiénes son esos representantes, en los siguientes términos: "Son representantes legales de una persona, el padre o marido bajo cuya potestad vive, su tutor, o curador, y lo son de las personas jurídicas, los designados en el artículo 639"; esto, claro está, con la modificación del artículo 5º de la Ley 28 de 1932, respecto a la capacidad de la mujer casada. (Casación Civil. 28 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 354, 2ª, y 355, 1ª.

271

REPRESENTACION JUDICIAL

(De las corporaciones y fundaciones).

Artículo 250, inciso 2º, del Código Judicial.

El precepto contenido en la segunda parte del artículo 250 del Código Judicial, según el cual "las corporaciones o fundaciones cuyo representante legal no sea conocido pueden ser representadas por las personas que las presiden", supone el que se halle demostrada la personalidad o sér jurídico de la respectiva corporación o fundación. (Casación Civil. Febrero 28 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 63, 1ª.

272

REPRESENTACION JUDICIAL Y OPOSICION DE INTERESES

Artículo 246 del Código Judicial.

La demanda judicial es medio adecuado para determinar los sujetos del derecho de acción y de contradicción, como de la calidad con que actúan las partes en el litigio. Los incapaces están en juicio por medio de

sus representantes legales; pero esto no podría ocurrir cuando el incapaz necesita actuar procesalmente contra su representante legal o su guardador. La ley regula esos casos e indica el procedimiento respectivo para sustituír esa representación por la de un curador **ad litem.** Si eso ocurre en los juicios contenciosos en que el interés opuesto surge de la demanda y la respuesta y en los que por su naturaleza misma pueden diferenciarse las partes con la característica de defender pretensiones opuestas, no sucede lo mismo en los juicios universales en que no hay partes en sentido estricto, en cuanto no hay intereses opuestos, pues, los juicios de sucesión son en principio de jurisdicción voluntaria. Por eso, la organización procedimental quita la posibilidad de la representación legal de los menores en juicios universales, cuando el interés opuesto pudiera hacer suponer que el representante legal cuidaría más de lo suyo que de lo de su representado, suposición que no es de carácter general o absoluta sino condicionada a la contraposición de intereses. No porque el representante legal actúe en esa calidad en un juicio universal en que tiene intereses, está impedido para ejercitar la representación; es necesario que surja el interés opuesto capaz de determinar que la representación perjudicaría al menor.

La prohibición de esa representación contenida en el artículo 246 del Código Judicial es aplicable solamente a los juicios universales, pues en el fondo contiene una suspensión del ejercicio de la representación legal atribuída por la ley al padre o madre que ejerce la patria potestad.

Al dirigir el cargo en casación a través de la causal 6ª para solicitar la invalidez de la relación procesal, alegándose ilegitimidad de personería de la parte demandada, por existir interés opuesto entre la madre que a los hijos representa y éstos, se extralimitan los términos y el sentido auténtico del artículo tantas veces citado, el que en manera alguna supone que en todo juicio universal en que sean interesados el padre o madre y el hijo de familia haya de por sí contraposición de intereses, y porque, en el juicio de que se trata, lejos de advertirse contrariedad entre los intereses de la cónyuge supérstite y los de sus menores hijos legítimos por ella representados, se encuentra indiscutible armonía, como resulta de los términos mismos en que quedó ajustada la relación jurídico-procesal. (Casación Civil. 28 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 355, 1ª y 2ª.

273

REPRESENTANTES DEL PATRONO

Artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo.

La ley no otorga al contador de una empresa la calidad de representante del patrono. No encaja en la relación que hace el artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que función de contador es la teneduría de libros, de carácter técnico, ajena a toda actividad de dirección y administración. (Casación Laboral. 27 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 711, 1ª.

274

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL

La culpa contractual se distingue de la extracontractual, principalmente, en cuanto la primera presupone la existencia de una relación jurídica anterior entre el acreedor y el deudor, en tanto que en la segunda, la obligación se establece u origina en el "hecho causa" imputado a una persona, para que responda del daño injusto ocasionado a otra, por actos o por omisiones, con dolo o por simple imprevisión o negligencia; en consecuencia, un mismo hecho no puede considerarse, al mismo tiempo y bajo el mismo as-

pecto, como culpa contractual y extracontractual; y por esto, ha dicho la Corte en sentencia de fecha 25 de noviembre de 1938: "No deben involucrarse la responsabilidad contractual y la extracontractual o aquiliana. Ni la ley ni la doctrina autorizan el ejercicio de esta acción **híbrida,** según expresión de los expositores, porque la yuxtaposición o acumulación de estas dos especies diferenciadas de responsabilidad es imposible, ya que la contractual por su propia naturaleza, excluye la generada por el delito". (G. J., T. XLVII, pág. 411).

Sin embargo, si las pretensiones no pueden acumularse **(non bis in idem)** en forma directa, ambas como principales, en los litigios sobre responsabilidad contractual o extracontractual, con el fin de obtener el resarcimiento de los daños ocasionados, no existe incompatibilidad alguna para que, en la práctica, puedan concurrir o juntarse o enlazarse las dos clases de culpa, en cuyo caso la víctima podrá escoger o elegir la acción que mejor convenga a la defensa de sus derechos; y aún más, ejercitarlas en la misma demanda, como sucesivas o subsidiarias, en los términos previstos en el artículo 209 del Código Judicial, cuando el Juez sea competente para conocer de una y otra. (Negocios Generales. 29 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 738, 2ª, y 739, 1ª.

275

RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL CONTRATO DE TRABAJO

(Y responsabilidad extracontractual).

Artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo. Artículos 1546 y 2341 del Código Civil. Artículo 92 del Código Penal. Artículos 8º y 24 del Código de Procedimiento Penal.

Es verdad que el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, siguiendo la orientación señalada por el Código Civil (artículo 1546), establece especialmente para los contratos de trabajo, el precepto de que en todos ellos "va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable", indemnización que comprende el daño emergente y el lucro cesante. Se consagra en esta norma la conocida figura jurídica de la responsabilidad contractual. Es claro que con fundamento en esa disposición legal, la jurisdicción del trabajo tiene competencia para conocer y decidir sobre la acción indemnizatoria de perjuicios sufridos por las partes vinculadas a un contrato de trabajo, por incumplimiento de lo pactado. Así ocurre por ejemplo, si el patrono para terminar unilateralmente el contrato de trabajo, alega como causa justificativa la contemplada en el numeral 5º, literal A) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, que rebatida por el trabajador, no fuere justificada judicialmente, dejaría de ser justa, para tornarse ilegal el despido, dando origen al derecho indemnizatorio de perjuicios, por incumplimiento del contrato.

En cambio, no ocurre lo propio si los perjuicios demandados no tienen por origen el contrato de trabajo. Tal sucede si la obligación de indemnizar nace a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos (artículo 1494 del Código Civil). En este caso la responsabilidad civil que el hecho genera y que se traduce en la indemnización de perjuicios es de origen extracontractual (artículo 2341 del Código Civil). La obligación de indemnizar sólo surge como consecuencia de haberse deducido la responsabilidad penal, cuestiones que, tanto en sus fases de conocimiento y decisión, corresponden a la justicia penal, conforme a lo estatuído por los artículos 92 y siguientes del Código Penal, y 8º, 24 y 32 del Código de Procedimiento Penal. Si el perjudicado con la infracción no hubiere intervenido en el proceso penal y no se conformare con la sentencia en lo tocante a

la indemnización "podrá ejercer ante los jueces civiles la acción correspondiente, dentro de los términos establecidos para la prescripción de la acción civil", según las voces del artículo 25 del Código de Procedimiento Penal.

Ahora bien, en el caso de autos, el trabajador instauró la acción indemnizatoria de perjuicios aduciendo como causa que el patrono había presentado contra él un denuncio criminal, sin fundamento alguno. Este hecho, atribuído al patrono, está previsto como infracción penal, bajo la denominación genérica de "falsas imputaciones hechas ante las autoridades", que tipifican y sancionan los artículos 187 a 190 del Código Penal. Y, se ha visto antes que corresponde a la justicia penal el conocimiento de tales hechos y de la acción para la reparación de los perjuicios consiguientes. (Casación Laboral. 31 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 646, 2ª, y 647, 1ª.

276

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

(Derivada de la edificación en varias plantas).

Artículo 2356 del Código Civil.

Comúnmente sucede que de la edificación moderna en varias plantas se desprenden daños considerables para las vecinas construcciones preexistentes, de pasado más o menos remoto. Esa actividad socialmente útil, es sin embargo por su naturaleza peligrosa: la comprobación del daño por lo común esclarece también su causa eficiente, y la culpa del autor de la nueva obra se presume en conformidad con el artículo 2356 del Código Civil, como para toda persona que se ocupe en una actividad peligrosa. De donde, salvo prueba de culpa exclusiva de la víctima, de intervención de elemento extraño, o de fuerza mayor, surgen las condiciones de la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual o aquiliana, en que el sujeto al pago de la indemnización ha de ser, ante todo, el autor directo del daño.

No es por consiguiente necesario probar el dominio del demandado sobre la construcción nueva causante del daño. Basta en derecho dirigir la acción contra quien nominativamente ha recibido de autoridad estatal competente el permiso indispensable para ejecutar la obra. El saber si es o no dueño, o si está o no en relación con otras personas, por sociedad de hecho, comunidad o cualquiera otra causa, es punto al margen de la controversia, principalmente cuando se conoce el responsable directo del perjuicio. (Casación Civil. 5 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 343, 2ª, y 344, 1ª.

277

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

(Por formular denuncia penal).

Artículo 2341 del Código Civil. Artículo 12 del Código de Procedimiento Penal.

El artículo 12 del Código de Procedimiento Penal al estatuír una especie de cooperación pública en la fiscalización de la delincuencia, disponiendo que todo habitante del territorio, mayor de edad, está obligado, salvo las excepciones legales, a denunciar a la autoridad las infracciones penales de que tenga conocimiento, en cuanto sean de aquellas cuya investigación deba iniciarse oficiosamente, fía al buen juicio de los denunciantes el cumplimiento de tan delicado deber. El que, en orden a su ejecución, importa desde luego un derecho, primordialmente inspirado en el interés general, con el que concurre el interés privado en cabeza de la víctima del delito o de sus herederos.

Pero, si la ley impone a quien tenga conocimiento de una infracción penal investiga-

ble de oficio, el deber de denunciarla a la autoridad, mal podría someterse a quien, sin torcida intención, se allana al cumplimiento de tal imperativo, a responsabilidades que excedan de las inherentes a la falta de cuidado o diligencia necesario para no intentar una denunciación desprovista de suficiente fundamento. Lo que vale decir que para que la facultad de que se trata pueda ejercerse, sin comprometer la responsabilidad del denunciante, precisa que las circunstancias en que éste se encuentre sean tales que por un hombre prudente haya podido entenderse que el ilícito se ha cometido.

Como lo anotó la Sala en sentencia de 30 de agosto de 1960 (XCIII, 2228-2229, págs. 139 ss.), "desde el año de 1935, sostenida ha sido la doctrina de la Corte en el sentido de que, cuando en ejercicio del derecho-deber consagrado hoy en el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal, una persona denuncia ante la autoridad una infracción penal, con intención de perjudicar al presunto procesado, o sin la diligencia, cuidado, cautela o previsión con que suele obrar una persona prudente, y de tal acto resulta un daño, incurre en la responsabilidad civil estatuída por el artículo 2341 del Código Civil por razón de la cual está obligada a la indemnización del daño causado con su delito, en el primer supuesto, o con su culpa, en el segundo (T. 45, pág. 420. T. 46, págs. 58 y 411; T. 63, pág. 290. T. 79, págs. 477 y 778)".

Mas no porque una investigación o proceso penal originado en una denuncia particular terminen con auto de sobreseimiento definitivo, tiene por solo ello que reputarse como establecida la culpabilidad del denunciante, puesto que el sobreseimiento ha podido producirse a virtud de incidencias o factores sin repercusión sobre las circunstancias ante las cuales el agente estuvo colocado y que permitirían configurar de su parte una conducta juiciosa, arreglada a la mente de la ley.

En este orden de ideas, pudo decir la Corte en fallo de casación civil de fecha 7 de marzo de 1944, lo siguiente: "... la Sala se ha guardado de reputar comprobación de culpa del denunciante el mero hecho de que a favor del denunciado haya habido un sobreseimiento... No pudiendo el solo sobreseimiento determinar el concepto de si la denuncia ha sido o no dolosa o culposa, la decisión al respecto ha de buscarse en todos los hechos pertinentes, en las circunstancias y peculiaridades de cada caso, en lo que constituye la situación de las cosas, su estado ambiental por decirlo así, en la época en que la denuncia se formuló, a fin de establecer si para entonces hubo o no un error de conducta en formularla". (LVII, 2006-2009, págs. 74 ss.).

Quiere decir que el auto de sobreseimiento definitivo, traído del proceso penal al juicio civil a intento de demostrar la culpa en que se pretende haber incurrido el autor de la denuncia que originó aquel proceso, tendría apenas en el litigio civil el valor de un simple indicio, sujeto, por lo tanto, al tratamiento autorizado por el derecho para esta especie de prueba. (Casación Civil. 30 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 375, 2ª, y 376, 1ª.

278

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

(Presunción de culpa).

Artículo 2356 del Código Civil.

Como en el caso de autos no se ha probado nada respecto de la causa que hizo explotar la gelatina transportada, la responsabilidad del Estado se deduce del artículo 2356 del Código Civil, interpretado por la jurisprudencia en el sentido de que consagra una presunción de culpa, cuando los daños ocurren con ocasión de actividades peligrosas, como sin lugar a duda debe considerarse el manejo, conservación, etc., de materias explosivas; y una vez que no se ha probado una causa eximente, como dolo o culpa de la víctima,

caso fortuito o fuerza mayor o actos o hechos imputables a terceros, en cuanto concierne a la destrucción del camión. (Negocios Generales. 29 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 739, 2ª.

279

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

(Presunción de culpa en actividades peligrosas).

Artículo 2356 del Código Civil.

Mientras se conserve y prevalezca conforme a razón el criterio subjetivo de la responsabilidad, frente al puramente objetivo, el daño ha de ser imputable a culpa de su autor. Sólo que en salvaguardia de las víctimas se invierte a su favor la carga de la prueba cuando hay presunciones de culpa, cuya contraprobanza se dificulta progresivamente en la misma medida en que avanzan la ciencia, la técnica y la experiencia aplicadas a las industrias y a las artes, hasta el punto de que en la actualidad apenas habrá daño alguno causado por actividades peligrosas que pueda considerarse como perteneciente a la categoría de lo imprevisible.

Y como es fundamento de la culpa la capacidad de prever, surge la necesidad social de indemnizar el daño que arranca de actividades útiles y aun plausibles que llevan envueltas consecuencias nocivas previsibles, aunque no siempre evitables por los procedimientos usuales. Son riesgos cuya previsibilidad exige del empresario reserva financiera adecuada, en función indemnizatoria que restablezca el equilibrio para beneficio general. (Casación Civil. 5 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 343, 2ª.

280

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

(Prueba del daño).

Artículo 2341 del Código Civil.

Cuando se demanda el pago respecto de los perjuicios materiales por la defunción de una persona, como consecuencia de una culpa o delito, el actor debe aportar la prueba para acreditarlos, pues, como una persona no es objeto de ningún derecho, sino sujeto o término de él, el simple hecho material de su muerte no demuestra por sí mismo el perjuicio ocasionado, como sucede cuando se trata, por ejemplo, de la causada a un semoviente; por esto, quien demanda los perjuicios materiales, en relación con la de una persona, debe establecer determinados vínculos jurídicos que le dan derecho a recibir un beneficio o provecho económico cierto, percibido de hecho y realmente, en forma regular, en cuantía y tiempo determinados o determinables. (Negocios Generales. 29 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 741, 2ª.

281

RESPONSABILIDAD PENAL

(Elementos requeridos).

Artículos 11 y 12 del Código Penal.

Sólo la conducta humana, de acción u omisión, que se acomode exactamente a una definición de la ley penal, es típica y consiguientemente antijurídica (salvo los casos de justificación del hecho). Mas para que sea delictuosa requiere, además, que el actor obre culpablemente, esto es, con intención (dolo), o negligente o imprudentemente, sin querer el resultado dañoso (culpa).

El Código Penal Colombiano desarrolla este criterio en sus artículos 11 y 12. Por tanto,

es necesario para deducir responsabilidad penal contra alguien, lo siguiente:

a) Que su comportamiento encuadre en una definición del Código Penal, esto es, que reúna las condiciones que tipifican un delito;

b) Que el hecho sea antijurídico. Por tanto, que no aparezca justificada la conducta, en razón de alguna de las circunstancias que eximen de responsabilidad o que permiten estimar el comportamiento como jurídico.

c) Que exista "una acción psíquica que oriente y guíe la acción física" (Ferri), —salvo lo previsto en el artículo 29 del Código Penal—, es decir, que se dé la culpabilidad: dolo, culpa. (Casación Penal. 9 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 416, 1ª y 2ª.

282

RESTITUCION DE TERMINOS

Artículo 372 del Código Judicial.

En el presente caso resulta del todo improcedente la articulación sobre restitución de términos, pues el apoderado debió interponer en tiempo oportuno los recursos legales, en relación con el auto que declaró que el memorial de pruebas se había presentado fuera de término y que negó en consecuencia la práctica de las solicitadas. Pero habiéndose ejecutoriado tal providencia, no es dable ahora pretender que se revise o modifique ocurriendo a una imposible restitución de términos, con fundamento en una inoperante equivocación de la Secretaría, sin que se hubiese demostrado que, por fuerza mayor o caso fortuito, no pudo interponer los recursos legales contra la memorada providencia que declaró presentado fuera de tiempo el memorial petitorio. (Negocios Generales. 24 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 776, 2ª.

283

RETENCION DE LA CESANTIA

(Otras retenciones).

Artículos 250 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

El derecho de retención autorizado por el artículo 250 del Código Sustantivo del Trabajo, se refiere exclusivamente al auxilio de cesantía, de suerte que el patrono carece de facultad para hacerlo extensivo a otras deudas y prestaciones laborales, so pena de incurrir en la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del Código del Trabajo. (Casación Laboral. 31 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 642, 1ª y 2ª.

284

RETENCION INDEBIDA DE EXPEDIENTES

Artículos 380 y siguientes del Código Judicial.

Alega el abogado renuente que la no devolución de los autos se ha debido a la circunstancia de encontrarse ausente de la ciudad durante largo tiempo, lo cual constituye, a su juicio, una indudable circunstancia de fuerza mayor y caso fortuito. El motivo alegado no tiene validez, pues la ausencia del abogado constituye un acto voluntario suyo y por tanto no puede atribuírse a fuerza mayor ni a caso fortuito, a menos que ello se hubiera debido, lo que no se ha insinuado siquiera, a que hubiera sido secuestrado u obligado por la fuerza a salir de la ciudad, sin darle el tiempo necesario para cumplir con los deberes que le impone el ejercicio de su profesión. (Negocios Generales. 28 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 779, 1ª.

285

RETENCION INDEBIDA DE EXPEDIENTES

(Y caducidad).

Artículos 364, 380 y siguientes del Código Judicial.

No obstante que un negocio haya estado paralizado por más de un año sin que el demandante haya hecho gestión alguna por escrito, no puede accederse a hacer declaración de caducidad, cuando la paralización consiste en que el demandante retiene indebidamente el expediente, pues esa concreta situación irregular tiene señaladas específicas sanciones distintas, cuales son las que se contienen en los artículos 380, 381 y 382 del Código Judicial, aparte de que, como lo ha señalado la Sala en varias ocasiones, no puede entenderse que el demandante ha abandonado el negocio cuando precisamente conserva el expediente en su poder. (Negocios Generales. 30 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 781, 2ª.

286

RETROVENTA

(Caducidad de la acción).

Artículos 1943 y 16 del Código Civil.

Por motivos de orden público vinculados a la estabilidad jurídica y al régimen del dominio inmobiliario, "el tiempo en que se podrá intentar la acción de retroventa no podrá pasar de cuatro años contados desde la fecha del contrato". (1943, Código Civil). De esta suerte, si el pacto de retroventa no contradice la esencia ni pugna con la naturaleza del contrato de compraventa, no queda sin embargo al arbitrio de las partes desconocer, directa o soslayadamente, la prohibición de estipular por lapso mayor de cuatro años la facultad de recobrar la cosa vendida. En campos vedados por la ley no existe libertad de contratación. (16. Código Civil).

Aunque para los bienes destinados al comercio humano puede con frecuencia presentarse el evento práctico de que regresen a manos del primitivo titular después de una o varias enajenaciones y, por lo mismo, que a través de pacto de retroventa o de promesa contractual de retrocompra haya en favor de quien vende la facultad de recobrar el objeto, es indudable que sin confundir dos figuras que tienen características propias y específicas —el pacto de retroventa y la promesa de compraventa sobre el mismo objeto enajenado— la libertad de las convenciones no puede romper el marco de cuatro años perentoriamente ordenado por el legislador. Es lícito a las partes elegir cualquiera de las dos vías, cuyos efectos varían frente a terceros, pero por ninguna de las dos les está permitido sustraerse del imperio prohibitivo de la ley en cuanto al máximo de cuatro años para el ejercicio de la acción de retroventa. (Casación Civil. 3 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 321, 1ª.

287

REVISION

(Técnica de este recurso y comparación con el de casación).

Artículo 571 del Código de Procedimiento Penal. Artículo 76 del Decreto 14 de 1955.

Razón de sobra le asiste al señor colaborador Fiscal al hacer al escrito con que se pretendió fundar el recurso de revisión, grave y fundamental reparo, ya que el recurrente en dicho escrito se limita a afirmar que el fallo acusado "es a todas luces ilegal, injurídico, absurdo y arbitrario", pero sin citar siquiera cuál o cuáles de las causales de revisión autorizadas taxativamente por el Decreto 14 de 1955, van a servirle para fundar el recurso propuesto, y en el que

ni siquiera intenta hacer una demostración del error en que incurrió el Juez de segunda instancia, ni cuáles fueron las pruebas, de los varios indicios y testimonios que tuvo en cuenta, que equivocadamente apreció este funcionario para condenar al sindicado.

Como ya ha tenido oportunidad de expresarlo esta Sala, en otra ocasión: "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. El recurso tiene como fin primordial la revisión de la investigación y la sentencia que tiene autoridad de cosa juzgada en los casos en que se demuestre que alguno está cumpliendo una condena producida por un testimonio falso, peritazgo, documento o prueba de cualquiera otra clase, o cuando la sentencia —a juicio de la Corte— se haya obtenido con base en documento o prueba secreta que no existía en el proceso, o cuando después de la condena aparecen hechos nuevos o se presentan pruebas no conocidas al tiempo de los debates que demuestren la inocencia o irresponsabilidad del condenado, o que constituyan indicios de la inocencia o irresponsabilidad de quien injustamente sufre una condena.

"Así, pues, los elementos probatorios que se aduzcan para obtener la revisión, deben ser distintos de aquellos que sirvieron de fundamento para edificar la sentencia de primera y segunda instancia. La fuerza probatoria de ellos debe ser de tal naturaleza que tenga la virtud suficiente para formar, por lo menos, un criterio de presunción, si no de evidencia, acerca de la irresponsabilidad o inocencia del acusado, pues lo que se trata de modificar no es simplemente la sentencia sino todo el proceso que se dice edificado sobre bases falsas, pruebas secretas o por hechos nuevos no conocidos en los debates.

"De donde se concluye —ha dicho la Corte— que siendo la cosa juzgada la que se ataca con este recurso extraordinario, 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 aun la injusticia del fallo, por notoria que sea para el reclamante, nada de ello configura las causales de revisión, limitadas a los objetivos que ya se puntualizaron". (Sentencia de 2 de septiembre de 1957. G. J. LXXXVI).

De acuerdo con esta jurisprudencia, uno de los rasgos característicos del recurso de revisión, que lo diferencia de otros medios de impugnación, como la apelación de ciertas providencias, la reposición y el de casación, es que los vicios que pueden dar lugar a la anulación de la sentencia y a la revisión del proceso en aquel recurso, han de manifestarse en relación con situaciones o hechos producidos o conocidos con posterioridad a la decisión que se pretende anular, mientras que jamás puede fundarse en vicios o errores de tipo jurídico, o errores **in judicando**, los cuales son propios de otros medios de impugnación.

Por eso, mientras el recurso de casación es un medio legal extraordinario de impugnación fundado en motivos primordialmente jurídicos, en que trata de establecerse la violación directa o indirecta de la ley penal en que se incurrió en la sentencia acusada, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la norma; en cambio, el recurso de revisión es medio también extraordinario y excepcional pero fundado principalmente en situaciones o hechos taxativamente autorizados por la ley, aunque distintos de los que se tuvieron en cuenta en los debates, y que deben, por lo tanto, probarse debida y opor-

tunamente durante la tramitación del recurso.

En consecuencia, para la prosperidad del recurso extraordinario de revisión resulta completamente inepto e inapropiado acudir a simples argumentaciones o alegaciones propias de las instancias, como las que propone el recurrente en su demanda, con el fin de pretender demostrar, por este solo medio, la indebida aplicación de la ley penal o el error de apreciación de las pruebas en que se incurrió en el fallo impugnado, sin invocar ni tener en cuenta para nada ninguna de las causales o situaciones taxativamente previstas y autorizadas por el Decreto 14 de 1955, o sea las contempladas en los numerales 3º, 4º y 5º del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal. (Casación Penal. Febrero 27 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 188, 2ª, y 189, 1ª.

288

REVISION

(Causal 5ª).

Artículo 571, numeral 5º del Código de Procedimiento Penal.

Aunque en este proceso no puede afirmarse que aparezcan hechos nuevos en sentido estricto, no es menos cierto que sí se han demostrado en cambio indicios graves de inocencia o irresponsabilidad, los cuales, dadas las modalidades del caso **sub judice**, son suficientes para que se reabra un juicio en que pudo haberse cometido un error judicial, error cuya enmienda constituye la finalidad primordial de la revisión. (Casación Penal. 16 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 467, 1ª.

S

289

SALARIO

(A trabajo igual, salario igual).

Artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo.

Para la aplicación del artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo se requiere, entre otras condiciones, la siguiente: Que un trabajador desempeñe igual función que otro en la misma empresa, en jornadas iguales y con salarios desiguales.

Pero no basta que la labor de dos empleados de la misma empresa sea igual y que lo sea también la jornada de trabajo, para que opere el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo, pues el precepto exige, además, que desempeñen la función con la misma eficiencia. (Casación Laboral. 22 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 609, 2ª.

290

SALARIO

(Sin prestación de servicios).

Artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo.

Siendo discontinuo e intermitente el trabajo de la demandante, según consta en la convención laboral escrita y la prueba testimonial, aquélla, aunque no estuviera en permanente actividad, se hallaba a órdenes o disposición del patrono, cumpliendo así sus obligaciones, según principios del derecho del trabajo, entre los cuales basta citar el contenido en el artículo 140 del Código. (Casación Laboral. 22 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 607, 2ª.

291

SALARIO

(Su falta de determinación en contrato verbal de trabajo).

Desde luego, si al celebrarse un contrato verbal no se acuerda, por omisión o por cualquier otro motivo, la cuantía y forma de la

remuneración, no por ello la prestación de servicio deja de tener validez jurídica. (Casación Laboral. 16 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 602, 2ª.

292

SALARIO

(Y salario básico).

Artículos 127, 130 y 140 del Código Sustantivo del Trabajo.

Constituye salario no sólo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, como las primas, porcentajes sobre ventas, comisiones o participación de utilidades, conforme a lo dispuesto en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo. Debe anotarse que el artículo 130 ibídem considera como salario los viáticos en la parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento, y que ese carácter tuvieron en el caso litigioso los asignados al demandante. El salario del demandante provenía de tres fuentes: asignación fija de $ 200.00, comisiones y viáticos permanentes, arrojando aquéllas la suma de $ 260.00 y los viáticos la de $ 140.00 mensuales, durante todo el tiempo de servicios.

Así las cosas, si durante los últimos 45 días de la relación laboral el empleado se mantuvo a disposición del patrono pero sin efectuar viaje alguno por culpa de éste, no sólo adquirió el derecho al salario que antes venía devengando ($ 600.00), como lo previene el artículo 140 del Código, sino también el de que las obligaciones reclamadas y demostradas en el juicio se liquidaran de acuerdo con dicha base salarial. (Casación Laboral. 28 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 632, 1ª y 2ª.

293

SALARIO BASICO

(Su aplicación),

Artículo 141 del Código Sustantivo del Trabajo.

Dice el artículo 141 del Código Sustantivo del Trabajo: "Solamente en pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales pueden estipularse salarios básicos fijos que sirvan para liquidar la remuneración correspondiente al descanso dominical y las prestaciones proporcionales al salario, en los casos en que éste no sea fijo, como en el trabajo a destajo o por unidad de obra o por tarea".

A términos de la previsión legal transcrita el salario básico se aplica para liquidar: 1º La remuneración del descanso dominical; y 2º La correspondiente a las prestaciones proporcionales al salario. (Casación Laboral. 14 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 589, 1ª.

294

SALARIO BASICO

(Y salario mínimo).

Artículos 132, 141, 13, 14, 21 y 43 del Código Sustantivo del Trabajo.

En relación con el salario básico estipulado en pacto o convención colectivos, o en fallo arbitral, conforme al artículo 141 del Código del Trabajo, la Corte debe decir que su aplicación no puede hacerse automáticamente, con sujeción estricta al principio de la libertad contractual. Si es verdad que las partes tienen facultad para convenir el salario en sus diversas modalidades, según el artículo 132 ibídem, el precepto deja a salvo el salario mínimo y el acordado en cualquiera de los tres actos jurídicos citados antes, si el de éstos rebasan el mínimo legal. Por tanto, si tomando en cuenta el salario

vigente en una empresa, el básico resulta notoriamente inferior a éste o al mínimo, el fallador debe atenerse al que resulte más favorable al asalariado. El criterio expuesto halla su fundamento en los artículos 13, 14, 21 y 43 del Código en cita, en armonía con los cuales debe interpretarse el 141. En todo caso, el salario básico no puede ser utilizado en perjuicio de los derechos del trabajador. (Casación Laboral. 14 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 589, 2ª.

295

SALARIO MINIMO

(Y trabajadores a domicilio).

Decretos 3871 de 1949, 70 y 71 de 1950, 2214 de 1956, 118 de 1957. Artículo 145 del Código Sustantivo del Trabajo.

El salario mínimo lo estableció el Decreto extraordinario 3871 de 1949 (artículo 1º), cuya vigencia se inició el 1º de enero de 1950, fijando su cuantía en la suma de $ 2.00 diarios.

El parágrafo 2º de la disposición ordena que el salario mínimo sólo es aplicable a los trabajadores que reciban la totalidad de la remuneración en dinero efectivo.

La norma del parágrafo fue modificada por el Decreto legislativo 70 de 1950 (artículo 1º), expedido el 12 de enero de ese año, no en cuanto al salario mínimo sino en relación con los aumentos decretados por el artículo 1º del 3871 citado, en el sentido de que éstos comprendían a todos los trabajadores en la parte de los salarios que recibieran en dinero efectivo.

Posteriormente, el Decreto 71 de 1950, expedido también el 12 de enero, reglamentario de los Decretos 3871 y 70 de 1950, acogió la misma norma del Decreto 3871 sobre salario mínimo (artículo 1º), desarrollando lo concerniente a él y a los aumentos de la retribución en varios incisos. El segundo dispuso que si producido el aumento que trae la escala del inciso precedente, el salario resultaba inferior a $ 2.00 diarios, debería elevarse hasta ese valor, "que constituye el salario mínimo que debe pagarse en todo el territorio de la República, a partir del 1º de enero de 1950". El inciso tercero expresa que la garantía del salario mínimo se entiende establecida para los trabajadores mayores de 16 años, obligados a trabajar jornadas completas de ocho horas en adelante, según lo autorice la ley. El inciso quinto, refiriéndose a los mismos trabajadores y a igual jornada de trabajo, establece que al salario mínimo tienen derecho los empleados que reciban la totalidad de su remuneración en dinero efectivo. Dice el ordenamiento del inciso cuarto que a los trabajadores a quienes por motivo del servicio que presten o por disposiciones legales se les exija determinado número de horas inferior al de la jornada legal del trabajo se les computará el salario mínimo con referencia a las horas que laboran, a razón de $ 0.25 la hora-servicio, de manera que si el asignado es inferior al salario-hora, debe completársele hasta dicho valor.

El Decreto 2214 de 1956, dictado en desarrollo de lo previsto en el artículo 147 del Código Sustantivo del Trabajo, señala un salario mínimo distinto, según la agrupación que hace de los Departamentos del país (artículo 1º). El artículo 2º conserva de la legislación anterior la regla de que el salario mínimo, en cuanto a los trabajadores particulares, se aplica a los que reciban la asignación en dinero efectivo, excluyendo la modalidad del salario mixto, y el 3º modifica lo estatuído en el Decreto 71 de 1950, artículo 2º, incisos tercero y quinto, en cuanto a la edad del trabajador, pues sustituye la de 16 años por la de 18, y respecto a la jornada. En relación con ésta, desaparece la exigencia de que ella sería la de "ocho horas en adelante", pues habla de la jornada que convengan las partes, o, en su defecto, la máxima legal, con la salvedad relativa a las labores agrícolas, ganaderas y forestales.

El Decreto legislativo 118 de 1957 (artículo 5º) modificó entre otras normas del Decreto 2214 de 1956, el artículo 3º, en cuanto a la edad del trabajador, volviendo a la de 16 años, y respecto a la jornada, pues exige la máxima legal. Pero el precepto ordena que rija el salario mínimo en jornadas inferiores a la expresada, en proporción al número de horas laboradas.

Conocida la legislación sobre salario mínimo, pueden sentarse estas conclusiones:

a) El artículo 1º del Decreto 3871 de 1949, de derecho material, comprende a todos los empleados, sin subordinar la garantía del salario mínimo al tiempo de duración de la jornada de trabajo. La única restricción es la de que reciban la totalidad de la asignación en dinero efectivo. Al respecto ningún cambio introdujo el artículo 1º del Decreto legislativo 70 de 1950.

b) El Decreto 71 de 1950 es simplemente reglamentario de los dos anteriores. Por tanto, en el supuesto de que para adquirir el derecho al salario mínimo, el trabajador debe rendir jornadas de ocho horas en adelante, como lo dispone el inciso 3º de su artículo 2º, debe prevalecer la norma citada del Decreto 3871, de superior jerarquía.

c) La jornada máxima legal, que no excluye al trabajador a domicilio, según las normas anteriores al Decreto 71 de 1950, era de ocho horas al día y de 48 a la semana, conforme a lo estatuído en la Resolución número 1 de la extinguida Oficina General del Trabajo, acogida, en términos generales, por la Ley 6ª de 1945.

d) El Decreto 2214 de 1956 suprimió, en cuanto a la jornada, lo dispuesto en el 71 de 1950, atemperándose a lo que sobre el punto dispone el Código del Trabajo en sus artículos 158 y 161, es decir, que aquélla es de ocho horas al día y de 48 a la semana, salvo las excepciones de que habla el 161, las cuales no incluyen el trabajador a domicilio. Si bien el Decreto 118 de 1957 (artículo 5º) exige para el salario mínimo la jornada máxima legal, del beneficio no excluyó al trabajador a domicilio.

e) Bajo el imperio del Código del ramo como de la legislación anterior y posterior al estatuto, no ha sido exceptuado del derecho en referencia el trabajador mencionado.

f) Si en el contrato con el trabajador de que se trata nada se ha estipulado sobre jornada de trabajo, el punto queda regulado por la ley y, en consecuencia, es preciso entender que queda sometido a la máxima legal, sin que el asalariado tenga que demostrar que laboró durante las horas que la integran. Corresponde al patrono la prueba de que la jornada fue inferior a la máxima, sin que ello implique para el empleado la pérdida del derecho, pues en tal caso se le debe pagar el salario mínimo en proporción al número de horas trabajadas.

Como conclusión de lo que se deja expuesto, no se puede sostener, como lo hace el Tribunal, que el trabajador a domicilio quedó excluído de la jornada máxima legal. De la falta de horario respecto de ese tipo de servidores parece deducir el sentenciador que no quedó sujeto a la jornada mencionada. Sobre la base de tal supuesto habría que decir que tal circunstancia incide sobre un aspecto distinto, o sea, el relativo a la subordinación. Este elemento de la relación de trabajo se presenta desdibujado en la labor a domicilio, pero no tiene la virtud de eliminarlo, conforme a la interpretación jurisprudencial que de él ha hecho la casación del trabajo, según la cual "no obstante la aparente autonomía del trabajador a domicilio, los grandes factores que forman la relación subordinada se hallan presentes, aun cuando atenuados por la misma forma como se desarrolla la actividad".

El salario mínimo, como lo define el Código del ramo (artículo 145) es el que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a sus necesidades normales y a las de

su familia, en el orden material, moral y cultural.

Los fines que debe llenar el salario mínimo, según el canon legal, se ajustan más al salario suficiente que al mínimo, ya que no sólo comprende la subsistencia física del trabajador sino la del grupo familiar, y aun la satisfacción de necesidades de orden moral y cultural. Analizado el punto, no a través de la elevada aspiración querida por el legislador, sino frente a la realidad imperante en el país, se advierte, sin mayores esfuerzos de dialéctica, que el salario mínimo vigente escasamente sirve para la atención de la subsistencia física del trabajador y su familia. Habría bastado esta sola consideración para aplicar al caso de la litis las normas sobre salario mínimo. En ninguna otra situación como la que se contempla reclamaban su imperio, ya que realizan un mínimo de justicia social, a la cual tiene derecho el ser humano de la más humilde condición.

Si es cierto que del beneficio en mención quedó excluído el servicio doméstico (artículo 2º del Decreto 2214 de 1956), la excepción se explica sólo por razones de política legislativa.

Por último, la aplicación de la ley sobre salario mínimo a los trabajadores a domicilio, es cuestión decidida por esta Sala de la Corte. En efecto, en sentencia de fecha 10 de junio de 1959 (juicio de Eulalia Salcedo contra Bonifacia de Uribe) dijo lo que se transcribe a continuación:

"El salario mínimo, cuya finalidad es la de subvenir a las necesidades normales del trabajador y de su familia en el orden material, moral y cultural, se ha establecido en favor de todo el que reciba su salario en dinero, total o parcialmente, sea que la medida 'se refiera a unidades de tiempo, a unidades de obra, tarea o actividad, o se tase por porcentajes, cualesquiera que sean los períodos de liquidación y pago', como lo preceptúa claramente el artículo 1º del Decreto número 71 de 1950.

"El trabajo a domicilio, que como es sabido, se remunera por unidad de obra o a destajo, no está, pues, excluído por este solo aspecto de las normas sobre salario mínimo, tanto menos cuanto que si el patrono no cumple con la obligación legal de llevar las anotaciones acerca de los nombres y domicilios de quienes ejecutan el trabajo; cantidad y características de la labor; forma y monto de la retribución, etc., y la de entregar gratuitamente al trabajador a domicilio la 'libreta de salario', resulta en extremo difícil determinar con exactitud la remuneración recibida por el operario. Y no hay razón para sostener que la jornada de trabajo del que presta sus servicios a domicilio, nunca llega a las ocho horas diarias. Al contrario, se ha admitido generalmente por la doctrina, fundada en la experiencia del llamado **sweating system** (régimen del sudor) que el trabajador a domicilio tiene que realizar, por lo meños, tanta actividad como la que corresponde a una jornada normal y que aun alcanza niveles agotadores". (Casación Laboral. 5 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 553, 1ª y 2ª, y 554, 1ª y 2ª.

296

SEGUNDA INSTANCIA

(Facultades del Juez ad quem).

Bien puede el Tribunal **ad quem**, en ejercicio de sus propios poderes y jurisdicción, revocar el sobreseimiento definitivo dictado por el juzgado que le está subordinado y, en cambio, llamar a juicio al sindicado, sin que esto entrañe, como infundadamente lo afirma el recurrente, violación de las normas propias del juicio, ni desconocimiento del derecho de defensa del acusado. (Casación Penal. Febrero 23 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 172, 1ª.

297

SENTENCIAS

Al juzgador no le es lícito señalar a las partes lo que deben hacer en relación con los fallos que pronuncia. (Casación Civil. Enero 23 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 6, 2ª.

298

SENTENCIAS

(Naturaleza sui géneris de las que se dictan en cumplimiento del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal).

La misma Corte ha designado como "mal llamadas" las sentencias a que da lugar la aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, y ha dicho de manera perentoria que no son susceptibles del recurso de casación. (Casación Penal. Febrero 26 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 176, 1ª y 2ª.

299

SENTENCIAS

(Que no admiten casación).

Artículo 9º del Decreto 1762 de 1956.

Por sentencia definitiva, dijo el antiguo Tribunal Supremo, en auto del 9 de noviembre de 1955 —juicio de Miguel Insignares contra Raymond Pile Company of South America—, siguiendo al tratadista José Chiovenda, se entiende la resolución judicial que decide sobre la controversia, esto es, sobre el fondo del asunto litigioso, sea porque acoja la demanda del actor dirigida a obtener el reconocimiento de la existencia de una voluntad de ley que le garantice un bien, sea porque la rechace en atención a que esa voluntad de ley no existe o es inaplicable, o su mandato se lo garantiza al demandado.

Consecuencia de la anterior doctrina, que esta Sala de la Corte ha reiterado, es la de que, si la sentencia no decide el fondo del litigio, esto es, si no estima o desestima la demanda, no merece el calificativo de definitiva, y por ende, queda sustraída al recurso de casación.

En el asunto litigioso, el Tribunal se declaró inhibido para definir la controversia en el fondo, porque en su concepto la demanda no se formuló en **debida forma**, exigencia constitutiva de un presupuesto procesal, sin el cual la relación procesal no se inicia ni se desarrolla válidamente, obstáculo suficiente para impedir una providencia jurisdiccional de mérito.

Estima el recurrente que, como el artículo 86 del Código de Procedimiento Laboral no distingue entre sentencia de forma y sentencia de fondo, la referida providencia debe considerarse como definitiva, pues ve en ella una desestimación de la acción.

A ello observa la Sala que, si bien el precepto legal no hace el distingo de que habla el impugnador, no debe ser interpretado aisladamente sino en armonía con lo previsto en los artículos 466 y 471 del Código Judicial, antes citado. Siguiendo este derrotero, se llega a la conclusión de que, en la casación laboral, es la sentencia de fondo la que admite el recurso extraordinario, y no la decisoria del proceso.

En el supuesto de que el Tribunal se hubiera equivocado al sostener que eran incompatibles las acciones sobre condena al pago de indemnización plenaria de perjuicios y la especial tasada por la ley, la equivocación no convierte su fallo inhibitorio en fallo desestimatorio de la acción.

No es cierto —como lo afirma el recurrente— que la Sala Laboral haya sostenido la tesis de que sólo son definitivas las sentencias estimatorias de la acción y no las que la desestiman. Para la Sala también son defi-

nitivas las que rechazan la acción, sea porque el derecho no exista, o porque existiendo, no lo acreditó el demandante, o por falta de interés jurídico, o porque en el juicio el demandado logró demostrar un hecho impeditivo de la constitución del derecho u otro que lo extinguió si alguna vez tuvo existencia. Acerca de este punto su criterio no es distinto del que preconiza la doctrina procesal.

Conviene advertir, para evitar errores de interpretación, que si el fallador en la motivación de la providencia estudia la acción en el fondo y la halla improcedente, la sentencia, aunque adopte una resolución de abstención, debe ser considerada como desestimatoria de la acción, para los fines del recurso extraordinario. El oficio del Juez es decidir la litis y ha de verse una resolución en tal sentido cuando rechaza la acción aunque la sentencia concluya con una declaración inhibitoria. En el caso de autos la sentencia se limitó a confrontar las acciones sobre indemnización de perjuicios con la norma reguladora de la acumulación objetiva, desde el punto de vista procesal únicamente y no frente a los preceptos de derecho sustancial que las gobiernan. (Casación Laboral. 11 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 678, 1ª y 2ª, y 679, 1ª.

300

SENTENCIAS DEFINITIVAS

(Y sentencias sobre el proceso).

La sentencia normalmente debe definir las cuestiones planteadas en el juicio por los litigantes, ya que su misión fundamental es ésa, no la de definir cuestiones atinentes a la simple relación procesal. Las resoluciones de tal naturaleza se han abierto campo en la jurisprudencia, por la consideración fundamental de que el Juez, para resolver sobre el fondo, debe antes examinar si el proceso se ha constituído regularmente. Si hay vicios que lo afecten, no le está permitida la decisión de mérito, a pesar de que encuentre establecida la acción. Ello explica por qué al lado de las definitivas puede haber sentencias sobre el proceso, esto es, resoluciones judiciales decisorias de la relación procesal únicamente. (Casación Laboral. 11 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 679, 1ª.

301

SENTENCIA DEL ARTICULO 153 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

(Dictada por el Juez de segunda instancia).

Es notorio que los tribunales de segunda instancia están facultados para dictar la providencia de que trata el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, ya que ella puede pronunciarse "en cualquier estado del proceso", y aun podría llegar a ser abuso de autoridad el hecho de no dictarla habiendo lugar a ello. (Casación Penal. Febrero 26 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 178, 1ª y 2ª.

302

SENTENCIA INHIBITORIA

Critica el recurrente el procedimiento de acudir al fallo inhibitorio, con base en la ausencia de un presupuesto procesal, como el observado por el Tribunal, pues si la demanda se admitió, no siendo el caso, y el juicio siguió su curso, lo procedente es el fallo de fondo y no la decisión sobre la forma. La censura es valedera contra el sistema legislativo vigente y apta para propiciar una reforma, como la propuesta por el Proyecto de Código Judicial sometido al estudio del Congreso, de la cual hace mérito el alegato que sustenta el recurso; pero referida al funcionario judicial, carece de fundamento.

Las reglas imperantes sobre control de la legalidad del proceso, ofrecen serios reparos, pues no se fundan en principios sistemáticos sino en criterios diversos, sin la debida correspondencia, permitiendo así el denuncio de irregularidades que lesionan su estructura en la fase preliminar, durante su desarrollo, en casación, y aun después de terminado. Las excepciones dilatorias al constituírse la relación procesal, las nulidades, observadas oficiosamente por el Juez o propuestas por las partes, la excepción de nulidad al ejecutarse la sentencia de condena, la impugnación en casación por vicios de forma, la acción de revisión en un nuevo proceso, ponen de presente la inconveniencia del régimen legislativo en vigor.

Así las cosas, obligado el fallador a velar porque el proceso se constituya y desenvuelva legalmente, no se le puede reprochar que en primera o en segunda instancia, se abstenga de la decisión de mérito y se limite a desatar únicamente la relación procesal por haberse incurrido en vicio que le impida la producción de sus efectos. (Casación Laboral. 11 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 679, 1ª y 2ª.

303

SENTENCIA SUI GENERIS

(La dictada en virtud del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal).

Como lo ha dicho la Corte en muy distinas oportunidades, las sentencias deben ajusarse en su forma, contenido y redacción a as reglas estrictamente señaladas en el arículo 159 del Código de Procedimiento Pe al, y que si bien el Código de manera imropia, como lo ha sostenido la Sala, llama entencia la que se dicta con sujeción al arículo 153 de la misma obra, lo cierto es que rídicamente ni por su contenido y forma ueden equipararse a las sentencias en que sí se decide definitivamente sobre lo principal del juicio.

"Resulta impropio —dice la Corte— llamar sentencia a una decisión que se puede tomar en la etapa sumaria, muchas veces sin haberse agotado la investigación y aun sin haberla hecho, porque el caso así lo exigía. Y de ahí que en la jurisprudencia, con un sentido más de respeto que de acatamiento a esa denominación que el legislador le dio a la providencia dictada en virtud del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, se haya convenido en llamarla 'sentencia sui géneris'."

Es que, como la misma Corte lo indica, el proveído que se produce con fundamento en el artículo en cita "no es una sentencia en el sentido estricto del vocablo. Ella, enseñan los autores, es la definición de la relación jurídico-procesal y está en íntima relación de dependencia con el contenido de los cargos y del debate, de suerte que no puede hablarse de sentencia sin que se presupongan de modo necesario cargos y pruebas". (Casación Penal. Febrero 26 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252).

304

SERVICIOS PUBLICOS

(Y servicios personales privados con la Administración Pública).

Es lógico pensar que para poder demandar honorarios profesionales, como lo ha hecho el actor, se requiere un acuerdo jurídico que así lo permita. Pero ante la firme oposición del Departamento a alterar la relación que desde un principio ligó a las partes, no es posible imponerle a dicha entidad pública un convenio contrario a su voluntad. Las relaciones corrientes de la administración con las personas que la sirven son de carácter público. Este es el criterio general imperante y acostumbrado, pues la Nación, el Departamento y el Municipio no constituyen otra co-

sa que una vasta organización de servicios de tal índole. Luego, cuando se alega una relación de tipo diferente, es necesario que ella esté adecuadamente demostrada para deducir de ahí las consecuencias jurídicas pertinentes. No es ésta la situación que se contempla en el **sub lite** puesto que, como se ha visto, el Departamento no ha aceptado una relación distinta a la que inicialmente acordaron las partes y, de otro lado, no hay prueba que destruya esa posición. (Casación Laboral. 3 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 656, 1ª.

305

SIMULACION

(Cuando la acción es ejercitada por el legitimario frente a su causante).

Es innegable en derecho que a los hijos como legitimarios, pasa todo lo transmisible del causante; son los herederos, los titulares de la universalidad hereditaria, y sucesores, por tanto de la persona del **de cujus**. Mas, no se opone a este principio el que el heredero, con especial condición de legitimario, esto es, con derecho que el causante no puede desconocer, a recibir en esa universalidad la parte que corresponde a su legítima, sea vulnerado en ese derecho por actos de aquél, y ejerza la acción pertinente. Claro es que ello sucede por ser heredero, pero no simple heredero sino heredero legitimario. De suerte que, hay que distinguir entre la condición de heredero, sucesor universal y continuador del **de cujus**, para todos los efectos legales, y la calidad especial de legitimario, vinculada a un interés económico determinado, opuesto al del causante y en cuya defensa el legitimario persigue destruír y no sostener lo que su antecesor hizo.

De donde se sigue que cuando un legitimario hace uso de la acción de simulación afirmando el daño que le causara el **de cujus** con un contrato que estima ficticio, obra en ejercicio de la acción autónoma nacida del daño y apoyada en la supradicha condición de legitimario. Por ello dice Ferrara:

"También el legatario tiene la condición de tercero, tanto si impugna los actos del heredero, del cual es acreedor, como si prueba la simulación de actos del testador a quien sucede a título particular. Mas los herederos universales del fallecido, continuadores generalmente de su personalidad jurídica, y que, como partes, por tanto, de los contratos por él simulados, deben estar a lo convenido, pueden, por excepción, ostentar el carácter de terceros cuando defiendan un derecho propio que legalmente les corresponda, contra tales actos simulados del **de cujus**. En esas circunstancias se encuentran los legitimarios por lo que respecta a su legítima. Su derecho sobre ésta no se funda en la voluntad del testador, sino directamente en la ley, y existe con o sin la voluntad de aquél. Son herederos legitimarios, y bien se comprende que para la defensa de este derecho les compete una acción directa e independiente del vínculo que les une con el causante; por lo cual, si viesen frustrada su expectativa de legítima por efecto de donaciones disfrazadas realizadas por aquél, tendrán el derecho de impugnarlas en nombre propio ejercitando para ello la acción de reducción". ("La simulación de los negocios jurídicos". Traducción de Rafael Atard y Juan A. de la Fuente, p. 429. Madrid, 1926). (Casación Civil. Enero 31 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 37, 2ª, y 38, 1ª.

306

SIMULACION

(Pruebas de que pueden valerse los herederos para destruír el acto simulado de su causante).

La doctrina enseña que la facultad de probar libremente no la tienen sino quienes exhi-

ben la calidad de terceros frente al contrato simulado; y entre tales hace figurar al heredero que demanda invocando su condición de legitimario, esto es, su interés en destruír el acto que su causante celebrara en perjuicio de sus derechos de causahabiente universal de carácter forzoso.

Sobre este particular la posición actual de la jurisprudencia de la Corte está sintetizada en fallo de fecha 6 de diciembre de 1961, proferido en juicio de Manuel Roldán Tamayo y otros contra Domingo Roldán Tamayo y otros:

"No es admisible el aserto de que los herederos del simulante, **sea que obren como continuadores de su persona, esto es en nombre de la universalidad hereditaria, sea que obren como tercero, en nombre propio para defender sus asignaciones forzosas frente al acto simulado,** gozan en todo caso de plena libertad probatoria. Si esta tesis tuvo cabida en sentencia de casación de 5 de septiembre de 1957, que cita el recurrente, habiendo aparecido antes, en la de fecha 31 de octubre del año inmediatamente anterior, ella no tuvo afortunada supervivencia, pues la Corte a vuelta de poco tiempo restauró la doctrina que en este particular imperaba en agosto de 1956 y de que fue expresión culminante la sentencia de casación de 8 de junio de 1954. LXXVII, 2142, pág. 794). (Subraya ahora la Sala).

"Por lo mismo, en sentencia de casación de 16 de junio de 1959, cuya doctrina está en pie, dijo la Corte lo siguiente:

'Claro es que en principio puede existir interés jurídico en el heredero para impugnar por simulación actos o negocios en que el causante hubiese figurado como parte. Pero ese interés coincide integralmente con el mismo que tendría el causante si viviera, con las mismas ventajas, pero también con las mismas limitaciones para hacerlo valer ante la justicia, primera y principalmente por lo que respecta al problema probatorio vinculado a los soportes del plano de seguridad en que deben moverse las transacciones.

'El asignatario forzoso se halla, sin embargo, al amparo de las disposiciones de orden público que restringen la libertad de testar. Si el acto que se impugna por simulado, subvierte el sistema de las asignaciones forzosas, no hay ni podría haber límite alguno dentro de la tarifa en la prueba de la simulación como expediente para evadir los imperativos del legislador. Se trata de establecer el hecho que rompe el régimen de las asignaciones forzosas y es por ministerio de la ley como el legitimario por derecho suyo queda investido de la acción: no propiamente como heredero sino como persona a quien se pretende despojar de aquello a que por ley tiene derecho. (XC. 2211-2212, pág. 646)'." (Casación Civil. Enero 31 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 36, 2ª, y 37, 1ª.

T

307

TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO

Artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo.

Sería absurdo que al patrono se le permitiese imputar arbitrariamente un hecho criminoso a determinado trabajador con el fin de despedirlo, y que luégo, con miras a justificar su actitud, exija que el incriminado presente auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria, cuando ni siquiera aquél ha suministrado a las autoridades los datos que puedan servir para iniciar un sumario. (Casación Laboral. Febrero 20 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 242, 2ª, y 243, 1ª.

308

TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO

Artículo 62, literal a), ordinal 5º, del Código Sustantivo del Trabajo.

El simple hecho de que cualquiera autoridad realice investigaciones sobre el comportamiento de un ciudadano que al propio tiempo es trabajador, no autoriza la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del patrono. (Casación Laboral. Febrero 20 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 244, 1ª.

309

TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO

(Manifestación del motivo).

Artículo 66 del Código Sustantivo del Trabajo.

Como primera medida, debe estudiar la Sala si el demandado cumplió con lo previsto en el artículo 66 del Código Sustantivo del Trabajo, es decir, si manifestó en el momento de la terminación del contrato la causal o motivo que dio lugar a esa determinación. Consta en autos que el contrato se celebró verbalmente, luego no puede hablarse de cláusula de reserva porque esta estipulación debe consignarse en el contrato escrito de trabajo. De manera que según las voces del citado artículo, el patrono tenía la obligación de expresar la razón del despido del trabajador. Y sucede que no hay dato procesal alguno que acredite que ciertamente el demandado, al tiempo de la extinción contractual, cumplió con el anotado requisito. Ninguna de las pruebas allegadas al informativo sirve para demostrar tal hecho. Todas ellas se refieren a eventuales irregularidades del trabajador antes de la terminación del contrato o con posterioridad a la misma, pero ninguna precisa cuál fue la causal aducida para su despido.

Así las cosas, no cabe duda que el demandado no se ajustó a lo preceptuado por el artículo 66 referido y, por consiguiente, no son legalmente valederas las razones dadas para el despido después de que éste se realizó. Por este aspecto, pues, se ha configurado igualmente la violación del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo y, por lo mismo, habrá de casarse la sentencia acusada para ordenar el reconocimiento de la indemnización por lucro cesante. (Casación Laboral. 13 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 578, 2º, y 579, 1ª.

310

TERMINOS PROCESALES

Artículos 366 y 199, inciso 2º, del Código Judicial.

Los términos, según el artículo 366 del Código Judicial, corren por ministerio de la ley desde el día siguiente al de la notificación; de manera que no es menester, salvo casos excepcionales definidos en la ley (art. 199, inc. 2º del C. J.) ninguna atestación o constancia del Secretario, para que los plazos, fijados por la ley o por el Juez, empiecen a correr, ni tales constancias tienen virtualidad para suspender, acortar o prorrogar los plazos señalados. (Negocios Generales. 24 de abril de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 776, 1ª y 2ª.

311

TERMINOS PROCESALES

(Para practicar pruebas).

Artículos 746 y 597, numeral 3º, del Código Judicial.

En derecho procesal se hace distinción entre los plazos o términos llamados **aceleratorios** y los denominados **dilatorios.** Es finali-

dad de los primeros "imprimir rapidez a la marcha del procedimiento", mientras que los segundos tienen por objeto "que no se vaya tan de prisa que se perjudique el interés legítimo de algunos de los sujetos procesales" (Guasp). El plazo señalado en el artículo 746 para practicar pruebas es aceleratorio, porque con él se propone la ley que una vez transcurrido se pase al siguiente período procesal, el de los alegatos de conclusión, es decir, que persigue acelerar el trámite; pero no queriendo, por otra parte, que la simple demora en producir las pruebas cause perjuicio a los litigantes, permite, en el numeral 3º del artículo 597, que se alleguen hasta la citación para sentencia, o sea, que dilata la preclusión del plazo. Se armonizan y conjugan en esta forma dos objetivos fundamentales en la organización del proceso: la rapidez en la sucesión de las diferentes etapas que componen el juicio y la amplitud necesaria para que las partes puedan desarrollar sin precipitación su actividad probatoria, amplitud que no es incompatible con la celeridad en la tramitación, pues la prueba se puede producir más allá del término fijado en el artículo 746 sin que por ello tenga que sufrir retardo el curso normal del juicio. El término para producir pruebas establecido en el artículo 746 no es, por consiguiente, perentorio, como lo afirma el señor Procurador, sino que, por el contrario, solamente precluye con la citación para sentencia. (Negocios Generales. 15 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 719, 2ª, y 720, 1ª.

312

TESTIMONIO

(Y contratos de más de quinientos pesos).

Artículo 91 de la Ley 153 de 1887.

Constando por escrito un contrato que vale más de quinientos pesos, no es admisible la prueba testimonial conducente a adicionar o alterar su contenido expreso. (Casación Civil. Enero 30 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 31, 1ª y 2ª.

313

TRABAJO NOCTURNO

(Su remuneración).

Artículos 168 y 169 del Código Sustantivo del Trabajo.

Presupuestos del derecho al recargo de remuneración por trabajo nocturno, equivalente al 35% sobre el valor del trabajo diurno 168, 169), son los siguientes: a) Que la función desempeñada por el trabajador lo haya sido en jornada nocturna; b) Que en el respectivo establecimiento exista la misma función, en jornada diurna, y c) El salario correspondiente al trabajo diurno. (Casación Laboral. 22 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 607, 2ª.

V

314

VENTA DE COSA AJENA

(Y justo título).

Artículo 1871 del Código Civil.

Si quien vende y entrega es el verdadero dueño, nada más natural que la propiedad pase del enajenante al adquirente. Quien recibe viene a ser dueño por efecto inmediato de la tradición. Lo cual induce ciertamente a la inteligencia de que la teoría del justo título posesorio está predicada como elemento para ganar el dominio por la usucapión cuando no es verdadero dueño quien vende y entrega a quien recibe de buena fe y, sin embargo, no adquiere la propiedad en el acto, porque nadie puede recibir lo que no tiene

su autor. (Casación Civil. Febrero 27 de 1962. Tomo XCVIII. Números 2251 y 2252). 52, 2ª.

315

VEREDICTO Y SENTENCIA

(Correspondencia debida).

Artículo 537 del Código de Procedimiento Penal.

Los medios por los cuales el jurado haya alcanzado el convencimiento sobre la responsabilidad o inocencia del acusado expresan la soberanía y el arbitrio que la ley le otorga en su función juzgadora. Aceptado el veredicto, lógicamente el fallo debe ajustarse a sus expresiones para aplicar la ley penal, pero en manera alguna le es dado al fallador señalar o reconocer modalidades extrañas a la voluntad consignada por los jueces de conciencia, bien para atenuar específicamente la responsabilidad, ya para agravarla o calificarla en contra del reo. Toda hipótesis en contrario desvirtúa absurda y arbitrariamente la institución del jurado. (Casación Penal. 5 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 394, 1ª y 2ª.

316

VEREDICTO Y SENTENCIA

(Motivos de casación).

Artículo 567, numerales 2º, 3º y 7º, del Código de Procedimiento Penal.

La Corte, a través del recurso de casación en casos tramitados con intervención de jurado, está facultada para confrontar la sentencia con la ley, si aquélla no está en consonancia con el veredicto o si ha recaído sobre un veredicto contradictorio. Pero es improcedente discutir cuestiones de hecho de las previstas en la causal segunda, salvo que, como la Corte lo ha dicho en varias providencias, se refieran a circunstancias que, sin ser constitutivas o modificativas del delito o de la responsabilidad, puedan influír en la dosimetría de la pena, como acontece con las circunstancias de mayor o de menor peligrosidad, cuya deducción compete de modo exclusivo al Juez de derecho. (Casación Penal. 5 de marzo de 1962. Tomo XCVIII. Números 2253 y 2254). 394, 2ª.

T A B L A

DE LAS DISPOSICIONES CITADAS, INTERPRETADAS O ALUDIDAS POR LA CORTE EN EL PRESENTE TOMO XCVIII DE LA "GACETA JUDICIAL"

NOTA — Las cifras puestas en la columna "números" indican los apartes de jurisprudencia que componen este INDICE.

CONSTITUCION NACIONAL VIGENTE

Artículos	Números
25	124
26	12, 101, 131, 133, 134, 135, 136, 195, 196, 197, 209, 210, 211, 212, 213, 214
170	163, 164
214	184, 185
215	153, 154, 155

CODIGO CIVIL

Artículos	Números
16	286
62	270
93	220
213	219
214	219
220	219
225	219
228	219
232	219
639	270
699	18
704	18
705	17
946	269
947	269
950	269
1321	5, 162, 229
1443	141, 143
1458	140
1524	140
1546	152, 275
1609	152
1715	84
1769	96
1871	202, 314
1943	217, 286
2070	120
2142	205
2146	205
2147	205
2177	205
2193	204
2341	275, 277, 280
2356	276, 278, 279
2473	220

CODIGO CIVIL

Artículos	Números
1609	152
1715	84
1769	96
1871	202, 314
1943	217, 286
2070	120
2142	205
2146	205
2147	205
2177	205
2193	204
2341	275, 277, 280
2356	276, 278, 279
2473	220

CODIGO PENAL

Artículos	Números
3º	214
11	281
12	281
19	16, 121
20	16, 89
28	15, 248, 249
29	206
34	265, 266
36	224
37	224
37, num. 2º	266
92	275
115	158, 241
168	243, 244
171	244

CODIGO PENAL

Artículos	Números
363	15
363, num. 5º	13, 14
363, num. 6º	13
385	16, 88
408	147, 148, 149, 150
412	150
418	17, 126
426	123

CODIGO PENAL MILITAR

194	163, 164
331	86, 87
367	86, 87

CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

13	294
14	294
21	294
23	104, 105, 106, 107
23, num. 1º, literal b)	8, 111
24	109, 110, 242, 275
32	273
43	294
56	215
57	240
57, num. 1º	116
58	106
62	307
62, literal a), ord. 5º	308
63	240, 307
64	92
65	178, 179, 180, 181, 182, 183, 268, 283
66	309
127	292
130	292
132	294
140	290, 292
141	292, 294
143	289
145	295
168	313
169	313
195	20, 21
250	283
260	226
266	198, 199
469	216
481	216

CODIGO DE COMERCIO

Artículos	Números
1º	11
182	11
235	90
236	90
244	207
258	120
331	205
332	205
356	205
396	205
408	205

CODIGO JUDICIAL

65	83
199, inc. 2º	310
207	256
209	5
209, num. 3º	70
265	204
240	270
246	272
250, inc. 2º	271
270	6
328	156
348	19
364	19, 285
366	310
372	282
380	284, 285
471	157
472	254
482	3
499, inc. 2º	165
508	100
519	122
520	35
520, num. 1º	22, 25, 26, 37, 144
520, num. 1º, inc. 2º	73
520, num. 2º	38
524	122
531	26
562	165, 168
563	165
564	165
570	168
571	166
593	232
597	193
597, num. 1º	256
597, num. 2º	252, 253, 257
597, num. 3º	311

CODIGO JUDICIAL

Artículos	Números
601	250
604	96
605	96
606	95, 99
613	96
645	262
705	227
722	139
724	190, 192, 193
725	188, 192
727	191
728	187
730	189, 191
746	239, 252, 253, 254, 257, 311
881	100
885	237
985, inc. 2º	208

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

5º	214
7º	70
8º	275
12	277
24	275
42	85
50	93
54	93, 129
72	173
73	172
73, ord. 4º	174, 175, 176
73, num. 5º	177
74	172
104	131, 135
107	131, 135
109	12
153	298, 303
184	101
198, ord. 1º	133
268	138, 259
294	238
371	261
432	12, 131, 135
433	131, 135
537	315
565	65, 66
567	67
567, num. 1º	77
567, num. 2º	79, 80, 81, 316
567, num. 3º	82, 316
567, num. 4º	68, 75, 76
567, num. 7º	316
569	67
570	72
571	287
571, num. 5º	288

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Artículos	Números
567, num. 7º	316
569	67
570	72
571	287
571, num. 5º	288

CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO

2º	200
50	157
51	168, 227
52	260
56	97, 98
61	95, 99
65	178
86	50
87	48
87, num. 1º	31, 32, 42, 46, 47, 51, 52, 53, 55, 57, 60, 61, 63, 145, 146
87, num. 2º	74
90	49

LEYES

Ley 153 de 1887.

8º	10, 219
44	214
80	228
91	312

Ley 21 de 1931.

—	241

Ley 28 de 1932.

5º	270

Ley 45 de 1936.

2º, inc. 2º	161
4º	159
4º, num. 3º	160
4º, num. 4º	219, 221

Ley 63 de 1936.

60	169

Artículos	Números
	Ley 92 de 1938.
10	125
	Ley 2ª de 1943.
1º	228
	Ley 4ª de 1943.
24	238
25	238
	Ley 69 de 1945.
—	1, 2, 158, 241
	Ley 126 de 1959.
72	86, 87
	DECRETOS
	Decreto número 1003 de 1939.
33	125
	Decreto número 2127 de 1945.
4º	112, 113, 114, 115, 200
	Decreto número 1683 de 1948.
—	263
	Decreto número 3871 de 1949.
—	295
	Decreto número 70 de 1950.
—	295
	Decreto número 71 de 1950.
—	295
	Decreto número 3547 de 1950.
1º	122
	Decreto número 3665 de 1950.
—	172
	Decreto número 1858 de 1951.
3º	222, 223
	Decreto número 1056 de 1953.
34	232
35	232
36	232
	Decreto número 616 de 1954.
1º	240
	Decreto número 1823 de 1954.
1º	130
4º	9
	Decreto número 0014 de 1955.
76	287
	Decreto número 1762 de 1956.
9º	299
	Decreto número 2214 de 1956.
—	295
	Decreto número 118 de 1957.
—	295
	Decreto número 291 de 1957.
39	50
	Decreto número 188 de 1958.
18	103
26	102
	Decreto número 0012 de 1959.
—	196, 197
30	129

INDICE ALFABETICO

A

Págs.

Acosta Amador Guillermo contra Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Ordinario laboral ... 190

Agudelo Abel de J. Falsedad en documentos públicos. Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido en su favor ... 106

Amaya de González María (sucesión) contra Alberto Sánchez Jiménez. Ordinario reivindicatorio ... 7

Amézquita José Rafael contra Universidad Nacional. Ordinario laboral ... 695

Angarita Guzmán Nemesio. Casación por homicidio ... 113

Angel Jaime. Robo. Se deniega el recurso de revisión propuesto ... 187

Aponte Tulio contra Municipio de Bogotá. Ordinario laboral ... 648

Arango Franco Marco Tulio. Moción aprobada en Sala Plena con motivo de su fallecimiento 315

Arias Jesús María y otros contra la Nación. Ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero ... 294

Arroyave Enrique contra "Industrias Roca Ltda.". Ordinario laboral ... 700

Avila Almanza Noel o Noé. Casación por homicidio ... 152

Ayala Prudencio contra Cecilia Flórez de Valdiri. Ordinario sobre restitución de unas mejoras ... 331

B

Barrault Pedro (en su carácter de administrador de la comunidad denominada "Cocorná, Sacamujer y El Rebozo") contra la Nación. Ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero. Se confirma el auto por medio del cual se denegó la admisión de la renuncia del apoderado de la parte actora ... 712

Botero Echeverri Euclides y otros. Homicidio y lesiones personales consumados en un accidente de tránsito. Se resuelve un impedimento ... 478

Botero v. de Giraldo Angela contra la Nación. Ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero ... 285

Brower Abraham Jan Cornelius contra "Hein Lehmann & Co. A. G.". Ordinario laboral 231

C

Cabrera Tarcisio: Casación por homicidio ... 154

Caicedo Julio E. contra la Nación. Ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero ... 745

Calderón Saavedra Luis Alfredo y otros. Casación por homicidio, robo y violación de domicilio ... 127

Calle Valencia Fernando contra Daniel Zuluaga A. Ordinario laboral ... 575

Camargo v. de Becerra Margarita contra la Nación. Ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero ... 771

Cano Gallego Jairo contra "El Mercurio Limitada". Ordinario laboral ... 594

Cárdenas Benavides Arturo contra "Ferroconcreto Limitada". Ordinario Laboral. Se estima bien denegado el recurso de casación interpuesto ... 676

Cárdenas Emilio y otra contra la Nación. Ordinario sobre responsabilidad civil extracontractual. Se confirma el auto denegatorio de la restitución de unos términos ... 775

Cardona Ramírez Arturo y otro. Casación por lesiones personales ... 148

Cardona Rafael contra "Arrocera Central Limitada". Ordinario laboral ... 248

Págs.

Casanova Liborio contra "Ingeniería Colombiana Limitada". Ordinario Laboral 215

Casas Hernández Gabriel contra "Industrias Roca Limitada". Ordinario laboral 222

Castaño Ildefonso y otros. Contrabando. Se declara infundado el impedimento manifestado por un Magistrado del Tribunal de Aduanas para conocer del proceso 81

Castaño López María Josefa contra Epitacio Vélez y otros. Ordinario sobre nulidad de testamento y petición de herencia 57

Castro García Guillermo y otro. Casación por homicidio 379

Castro Castro José Manuel. Homicidio. Se desecha el recurso de casación propuesto 392

Cuartas Muñoz Diofanor. Homicidio. Se desecha el recurso de casación propuesto 540

Cuastumal Gualberto. Homicidio. Se desecha el recurso de casación propuesto 481

Cubillos Morales José Vicente contra "Aerovías Nacionales de Colombia" (Avianca). Ordinario laboral 670

Cuervo Aráoz Daniel (ex Gobernador de Departamento). Lesiones personales. Se dispone enviar el proceso al Comando del Ejército para que éste lo remita al funcionario a quien corresponde conocer de él 496

CH

Chauta Barrera Marco contra Salvadora Jiménez viuda de Rueda. Ordinario laboral .. 620

Chaves Velosa Ignacio contra Rafael E. Díaz García. Ordinario laboral 235

D

Dávila de Pardo Paulina y otros contra la Nación. Ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero. Se deniegan las peticiones de la demanda 273

Daza de Reina Julia contra "Hotel San Diego". Ordinario laboral 605

De los Reyes Manuel y otros. Casación por homicidio 492

Departamento del Valle del Cauca contra Carlos Silva Reinel. La Sala se abstiene de decidir la apelación concedida contra el auto por medio del cual no se accedió a decretar un mandamiento de pago ejecutivo 777

Págs.

Díaz González Fernando contra Ferrocarriles Nacionales de Colombia. Ordinario laboral. Se deniega una solicitud 229

Duplat Isidoro y otros contra Carlos Julio Parra y otro. Lanzamiento en predios rústicos. No se admite el recurso de casación interpuesto 624

E

Eastman Carlos (Magistrado dé Tribunal). Sanciones disciplinarias. La Corte encuentra que no tiene fundamento la queja formulada contra aquél, y, por lo mismo, no se le impone sanción alguna 4

Echeverri José Luis (abogado). Faltas contra la ética. Se confirma la providencia que declaró prescrita la acción disciplinaria 547

Espinel Rodríguez Alberto y otros contra la Nación, como sucesora legal del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. Ordinario sobre indemnización de perjuicios ocasionados en accidente ferroviario .. 721

Espitia Carlos Iván contra Acerías Paz del Río S. A. Ordinario laboral 239

F

Flórez viuda de Rivadeneira María y otras contra Alberto Escobar Rivera. Ordinario sobre indemnización de perjuicios 341

Fonseca Marco Aurelio contra "Distribuidora Palmín". Ordinario laboral 626

Forero Guasca Genaro. Revisión de sentencia 464

Franco Orozco Ana Delia contra Esther Franco Escobar. Ordinario laboral 611

G

Gallo Cardona César Augusto. Colisión de competencias 116

García Cubillos o Cubillos García Hernando. Casación por estafa 501

Giraldo Granada Juan de Jesús o Juan de Dios. Casación por homicidio 404

Gómez Rodríguez Lucy contra "Instituto Gran Colombia - Sección Comercial Limitada". Ordinario laboral 599

Gruesso de Valenzuela Ramírez Stella Victoria y otro contra Municipio de La Plata. Ordinario sobre nulidad de una donación en cuanto al exceso de dos mil pesos 326

Págs.

Gutiérrez Cenón de J. y otros. Amnistía por homicidio y robo 395

Gutiérrez Otero Custodia contra Manuel A. Munar. Ordinario laboral 550

Gutiérrez Max contra "Editorial Camilo Torres". Ordinario laboral 267

Guzmán Linares Domingo contra Efraín Nieto. Ordinario sobre rescisión por lesión enorme 338

H

Holguín Holguín Carlos (en calidad de agente oficioso de Raquel Stella Arango Terán) contra la Nación. Se declara desierta y terminada la actuación en este proceso sobre dominio del subsuelo petrolífero 270

I

"Intercaribean Company S. A." contra la Nación. Ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero 760

Isco Tenorio Celestino. Casación por homicidio, incendio y lesiones personales 109

J

Jaramillo Girón Alfonso. Homicidio. Se decide una colisión de competencias suscitada entre la justicia ordinaria y la castrense 485

L

Lanao Tovar José Ramón (Gobernador del Departamento del Magdalena). Se sobresee definitivamente en su favor por los cargos de prevaricato y abuso de autoridad 406

Levy Mattes Henry contra "Fábrica de Salchichón Moritz Katz & Cía. Ltda". Ordinario laboral 666

López López Neftalí (abogado). Faltas contra la moral profesional. Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido en su favor . 451

López Hurtado Rogelio. Lesiones personales. Se declara desierto el recurso de casación interpuesto 488

Lozano Puentes Ernesto Leoncio. Cambio de radicación 524

Lucero J. Célimo contra Miguel Angel Pérez Ch. y otro. Ordinario sobre resolución de un contrato de permuta de un vehículo automotor 25

LL

Págs.

Llinás Ossio Alejandro contra "Manufacturas Metálicas Umco". Ordinario laboral 208

M

Maldonado Carlos y otros contra la Nación. Ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero. No se accede a declarar la caducidad de la instancia y se ordena requerir al actor para que devuelva el expediente 780

Martínez Ana Dolores contra Luis Enrique Martínez y otra. Ordinario sobre impugnación de la legitimación 41

Matus Hernández Mario Daniel. Peculado. Se desecha el recurso de casación propuesto .. 471

Maya U. Carlos contra Municipio de Popayán. Ordinario laboral 564

Mayorga Manuel Antonio. Homicidio. Se desecha el recurso de casación interpuesto 119

Mejía Clara Inés (como madre natural de su menor hijo Carlos Adolfo Mejía) contra Olga Pinzón Ramírez de Pinzón Neira. Ordinario sobre filiación natural, reforma de testamento y petición de herencia 16

Mejía Jiménez Luis Eduardo y otros (ex Jueces Superiores). Abuso de autoridad. Se confirma la providencia que declaró prescrita la acción penal en el proceso adelantado para investigar la morosidad de los citados funcionarios en la tramitación de un negocio penal 72

Méndez Germán contra José Ignacio Contreras. Ordinario laboral 614

Meneses Ulpiano y otros. Homicidio. Se resuelve un impedimento 387

Mesa Ochoa Gastón contra María Delia Mesa Toro y otros. Ordinario sobre indemnización de perjuicios ocasionados por la formulación de un denuncio penal 372

Moncaleano Jorge Arturo. Sanciones disciplinarias. Incompetencia de la Corte para resolver un incidente de impedimento manifestado por un Magistrado de Tribunal Superior 316

Montenegro Manuel María (Magistrado del Tribunal Superior de Pasto). Proposición aprobada en Corte Plena con motivo de su retiro de la citada corporación 315

Mora Pedro María y otros. Casación por homicidio 125

Págs.

Morales Irreño Arturo Roberto y otra contra la Nación. Ordinario sobre indemnización de perjuicios ocasionados por la muerte de un joven y la destrucción de un camión en el siniestro de Cali ... 731

Mosquera y Mosquera Neftalí y Gaspar Murillo Coutín (Magistrados de Tribunal Superior). Se sobresee definitivamente en su favor por el cargo de prevaricato ... 417

Municipios de San Juan de Nepomuceno y San Jacinto contra la Nación. Ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero. Se confirma el auto suplicado por medio del cual se sanciona con una multa al apoderado de los actores por la no devolución del expediente y se ordena requerirlo nuevamente para que lo devuelva ... 778

Muñoz Perea Eusebio (abogado). Faltas contra la ética profesional. Se confirma la providencia que declaró prescrita la acción penal en lo tocante a las contravenciones investigadas, y la adiciona en el sentido de disponer que se investigue la posible comisión de un delito ... 64

N

Naizaque Alba Pablo contra Gerardo Contreras. Ordinario laboral ... 199

Nieto Resuro. Casación por violencia carnal .. 169

Noguera Moncayo Nabor. Abigeato. Se deniega el recurso de revisión propuesto 137

O

Ome Vargas Sandalio y Héctor. Violencia carnal. Se desecha el recurso de casación propuesto ... 389

Ortiz Cortés Jorge Evelio y otros. Casación por homicidio ... 526

Oviedo Sánchez Libardo. Casación por homicidio ... 143

P

Padilla José Joaquín contra Tulio Gómez. Ordinario laboral. No accede la Sala a decretar la anulación de lo actuado en el recurso de casación ... 219

Pancholo José Daniel contra Luis Ordóñez Díaz. Ordinario sobre rescisión por lesión enorme ... 345

Patiño Torres Emilio contra masa de acreedores de la quiebra de "Roldán Calle & Cía. Limitada". Ordinario laboral ... 634

Patiño Santodomingo Tirso contra Sucesión de Luis Felipe Santodomingo. Ordinario sobre filiación natural, reforma de testamento, petición de herencia y restitución ... 347

Peláez Trujillo Carlos y Angel Martín Vásquez Abad (Magistrados de la Corte). Moción de reconocimiento aprobada en Sala Plena por el digno desempeño, en su orden, de la Presidencia y Vicepresidencia de la Corporación 3

Peláez A. Julio E. contra Rosa Emilia Grajales de Ceballos. Ordinario sobre simulación de un contrato de compraventa ... 34

Peña Guillermo contra Tito Forero. Ordinario laboral ... 195

Perea Alfredo contra la Nación. Ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero. No se accede a revocar el auto suplicado por medio del cual el Magistrado sustanciador comisiona a un Juez de Circuito para practicar una inspección ocular ... 712

Piedrahita Muñoz Carlos contra Departamento de Antioquia. Ordinario laboral ... 651

Polindara Kemer y otro. Homicidio. Se dirime una colisión de competencias ... 499

Portilla Julio César contra Isabel Portilla y otra. Acción de retroventa ... 318

Posada P. Carmen. Proposición aprobada en Sala Plena, por medio de la cual se deplora su fallecimiento ... 3

Preciado Escobar León y otro contra Departamento del Tolima. Incidente de regulación de perjuicios ... 290

Primera Berrío Rafael. Casación por homicidio 73

R

Ramírez Varón Ricardo contra "La Quebradita Ltda.". Ordinario laboral ... 709

Responsables de la muerte del agente de la Polinal, José Díaz Ruiz y otros. Colisión de competencias ... 67

Ricardo Víctor M. contra Virginia Gómez y otro. Ordinario laboral ... 587

Rivera Torres Juan. Casación por homicidio (asesinato) ... 87

Rodelo Pablo A. contra "Flota Angulo Limitada". Ordinario laboral ... 640

Págs.

Rodríguez Rodríguez Hernando. Casación por posesión ilegal de armas, municiones y explosivos ... 101

Rodríguez Corrales Jesús. Faltas contra la moral profesional. Se revoca la providencia que declaró prescrita la acción penal y se dispone la devolución del expediente a fin de que se allegue la prueba de la calidad de abogado titulado o admitido del acusado ... 469

Rodríguez Rodríguez José Gregorio. Casación por homicidio ... 427

Rogers Carlos y otros. Contrabando. Se estima bien denegado el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que declaró prescrita la acción penal ... 173

Rosselli Quijano Octavio (Gobernador de Boyacá) y otro. Se niega la Corte a tramitar una denuncia ... 520

Rosero Victoria de Torres María contra Segundo Verdugo y otra. Ordinario reivindicatorio ... 49

Rúa Marco Antonio contra "Industrias Roca Limitada". Ordinario laboral ... 681

S

Sabogal Wenceslao y otros contra Barbarita Posada viuda de Chaves y otros. Ordinario sobre nulidad de testamento cerrado. Se deniega la solicitud de aclaración de la sentencia de fecha 14 de noviembre de 1961 ... 5

Salvamento de voto del Magistrado doctor José J. Gómez R., en el fallo obrante a páginas 49 y siguientes ... 53

Salvamento de voto del Magistrado doctor Angel Martín Vásquez A., en el fallo obrante a páginas 106 y siguientes ... 108

Salvamento de voto del Magistrado doctor José J. Gómez R., en el fallo obrante a páginas 318 y siguientes ... 322

Salvamento de voto del Magistrado doctor José J. Gómez R., en el fallo obrante a páginas 347 y siguientes ... 368

Salvamento de voto del Magistrado doctor Primitivo Vergara Crespo, en el fallo obrante a páginas 442 y siguientes ... 447

Salvamento de voto del Magistrado doctor Primitivo Vergara Crespo, en el fallo obrante a páginas 454 y siguientes ... 460

Sánchez viuda de Beleño Rita y otros contra "Carboneras San Francisco — Muñoz y Aldana, Limitada". Ordinario laboral ... 245

Págs.

Segura Niño Humberto contra Silva Mújica Hermanos Ltda. Ordinario laboral ... 203

Serafín Jean contra "Construcciones Tissot & Cía. Ltda.". Ordinario Laboral ... 568

Serrano Rubén y otros. Casación por homicidio ... 442

Soto Palma Felipe. Violencia carnal. Se desecha el recurso de casación interpuesto ... 83

Steel Domingo contra "Transportes Colón Ltda." (Transcolón) y otro. Ordinario laboral ... 690

T

Torres J. Nicodemus contra Departamento de Cundinamarca. Acción posesoria por perturbación ... 714

Torres Cuadros Pedro Jesús y otros contra Flor de María o Flor del Carmen Lozano viuda de Torres y otros. Ordinario sobre filiación natural, reforma de testamento y restitución de bienes ... 12

V

Valencia Restrepo Uriel contra Enrique Samper. Ordinario laboral ... 252

Vargas Gutiérrez Víctor Enrique contra Joselyn Alba Morales y otro. Ordinario laboral ... 558

Velásquez Arboleda Hernando. Homicidio. Se desecha el recurso de casación propuesto ... 422

Vera Gutiérrez Primitivo contra Luis Enrique Escobar Casas. Ordinario Laboral ... 580

Vera Molina Teresa contra "Trilladoras Unidas Ltda." y otra. Ordinario laboral ... 658

Vergara Méndez Julio y otra contra la Nación. Ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero. No se repone el auto admisorio de la corrección de la demanda ... 743

Z

Zapata García Germán. Casación por homicidio 454

Zapata Gil José de Jesús. Casación por homicidio ... 123

Zuleta Marín Jesús Antonio. Homicidio. Se desecha el recurso de casación interpuesto ... 179

11549-63