REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender et decorar las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento".
Siete Partidas: Partida 1ª, Título I, Ley XIII.

LICENCIA NUMERO 451
DE 7 DE MARZO DE 1936

REGISTRADO PARA CURSO LIBRE
DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

TOMO CXXXIX

Nos. 2346 a 2351

Bogotá, Colombia. Julio a Diciembre de 1971.

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CXXXIX

BOGOTA, D. E. — TALLERES GRAFICOS DE LA PENITENCIARIA CENTRAL DE COLOMBIA — 1973

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

SALA PLENA

Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez, *Presidente*
Doctor José Gabriel de la Vega, *Vicepresidente*
Doctor Heriberto Caycedo Méndez, *Secretario*

SALA DE CASACION CIVIL

Doctor Ernesto Cediel Angel, *Presidente*
Doctor Heriberto Caycedo Méndez, *Secretario*

MAGISTRADOS: Doctores:

Aurelio Camacho Rueda
Ernesto Cediel Angel
José María Esguerra Samper
Germán Giraldo Zuluaga
Humberto Murcia Ballén
Alfonso Peláez Ocampo

SALA DE CASACION PENAL

Doctor José María Velasco Guerrero, *Presidente*
Doctor Evencio Posada, *Secretario*

MAGISTRADOS: Doctores:

Mario Alario Di Filipo
Humberto Barrera Domínguez
Alvaro Luna Gómez
Luis Eduardo Mesa Velásquez
Luis Carlos Pérez
Luis Enrique Romero Soto
Julio Roncallo Acosta
José María Velasco Guerrero

SALA DE CASACION LABORAL

Doctor José Enrique Arboleda Valencia, *Presidente*
Doctor Vicente Mejía Osorio, *Secretario*

MAGISTRADOS: Doctores:

José Enrique Arboleda Valencia
Juan Benavides Patrón
Alejandro Córdoba Medina
Miguel Angel García
Jorge Gaviria Salazar
José Eduardo Gnecco C.

SALA CONSTITUCIONAL

Doctor Luis Sarmiento Buitrago, *Presidente*

MAGISTRADOS: Doctores:

José Gabriel de la Vega
Guillermo González Charry
Luis Sarmiento Buitrago
Eustorgio Sarria

RELATORES: Doctores:

Héctor Roa Gómez, Sala Civil
José Sarmiento Mantilla, Sala Penal hasta 15 de julio
Jaime León Bernal Cuéllar, Sala Penal desde 16 de julio
Ignacio Gómez Zapata, Sala Laboral
Luis F. Serrano, Sala Constitucional

Julio a Diciembre de 1971.

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATOR CIVIL: Dr. HECTOR ROA GOMEZ
RELATOR PENAL: Dr. JAIME BERNAL CUELLAR
RELATOR LABORAL: Dr. IGNACIO GOMEZ ZAPATA
RELATOR CONSTITUCIONAL: Dr. LUIS F. SERRANO

TOMO CXXXIX — Bogotá - Colombia — Julio a Diciembre de 1971 — Números 2346 a 2351

Sala Civil

REIVINDICACION

Pago de frutos por el poseedor de buena fe.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., julio primero (1º) de mil novecientos setenta y uno (1971).

(Proyecto elaborado por el doctor Ernesto Gamboa Alvarez, Abogado Asistente).

(Aprobado según Acta número 56 de 16 de junio de 1971).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 15 de diciembre de 1967 que dictó el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá en el juicio ordinario de la sociedad "Compañía Urbanizadora y Constructora de Santa Lucía S. A." contra el Distrito Especial de Bogotá.

El litigio

La "Compañía Urbanizadora y Constructora de Santa Lucía S. A." en liquidación, entabló juicio ordinario ante el Juzgado Décimo Civil de este Circuito contra el Distrito Especial de Bogotá, para que por sentencia se hicieran los siguientes pronunciamientos:

1º Que la sociedad demandante es dueña de unos terrenos comprendidos dentro del globo general que adquirió a título de compra por escritura pública de 1926 y cuyos linderos, tanto generales como especiales, debidamente especifica;

2º Que el Distrito Especial de Bogotá debe restituírlos a la Sociedad actora dentro de los cinco días siguientes al de la ejecutoria del fallo;

3º Que el demandado no tiene derecho a que se le paguen las mejoras que haya podido construir o hacer dentro de ellos, y

4º Que el Distrito Especial de Bogotá debe pagar a la sociedad demandante el valor de

los frutos y perjuicios por la ocupación de tales predios desde el día en que ésta comenzó hasta el día de su restitución material, y no solo los frutos que el demandado haya podido obtener sino todos los que con mediana diligencia hubiere podido conseguir, más los valores que correspondan por daño emergente y por lucro cesante, en cuanto a la petición de perjuicios se refiere.

En subsidio de la segunda súplica pidió la sociedad actora que el Distrito Especial de Bogotá debe pagarle el valor comercial de los mencionados terrenos conforme al avalúo que de ellos se haga dentro del juicio, o en posterior incidente de liquidación de la condena.

Como hechos fundamentales de sus pretensiones afirmó, en síntesis, la parte demandante: que por escritura Nº 305 de 1926 corrida en la Notaría 3ª de Bogotá y debidamente registrada, adquirió de José A. Barragán Sandino a título de compra dos globos de terreno, denominados "La Vuelta del Alto", hoy "Santa Lucía", y "La Soledad", situados anteriormente en el Municipio de Usme, hoy en el de Bosa, y dentro de los cuales están comprendidos los terrenos objeto de la demanda, que corresponden a los solares Nos. 5, 6, 7, 8 y 9 de la Manzana 64, y 1 a 9 de la Manzana 63, conforme al plano de la "Urbanizadora Santa Lucía" protocolizado en la Notaría 3ª de Bogotá por escritura Nº 217 del 6 de febrero de 1926; que desde ese entonces la sociedad en cuestión ha sido propietaria y ha ejercido posesión material sobre todos esos terrenos, excepto aquellas partes del globo general posteriormente vendidas a terceros; que por simple tolerancia de la compañía demandante, en los predios materia del litigio se presentaron actos de ocupación o de destinación para mercados en dicho barrio y que en la actualidad el Distrito Especial de Bogotá los acupa con unas edificaciones, sin título alguno y a sabiendas del dominio de la Sociedad actora, pues con anterioridad sobre ellos cursaron dos juicios de bienes vacantes, ante los Juzgados 4º y 9º Civil del Circuito de Bogotá, tramitados para esa época con citación del Personero Municipal de esta ciudad y ambos concluídos favorablemente para la sociedad actora, la cual está recibiendo graves perjuicios por esa ocupación tanto por lucro cesante como por daño emergente; y que el Distrito Especial de Bogotá claramente ha pretendido desconocer el dominio de la Compañía en dichos terrenos.

Surtido el trámite de la primera instancia con oposición del demandado, el Juzgado del conocimiento, por ese entonces el 22 Civil Municipal de Bogotá, desató la litis en sentencia del 6 de septiembre de 1966 y declaró que la "Compañía Urbanizadora y Constructora de Santa Lucía S. A." es dueña de los referidos predios; condenó al Distrito Especial de Bogotá, por haberlos ocupado, a pagar a la sociedad actora el valor de los frutos desde el día en que se inició el juicio "hasta el día de la restitución material"; y por último condenó al demandado a pagar a la sociedad demandante el valor comercial de los mencionados inmuebles, mediante regulación posterior acorde con el artículo 553 del Código Judicial.

Por apelación de ambas partes la segunda instancia culminó con fallo del 15 de diciembre de 1967 mediante el cual el Tribunal reformó la sentencia de primera y, además de reproducir la declaratoria de que la Sociedad demandante es dueña de los citados terrenos, negó la súplica segunda principal sobre restitución de los mismos y condenó al Distrito Especial de Bogotá a pagar a la Sociedad actora el valor de ellos y de los frutos que hayan podido producir desde la presentación de la demanda hasta el día en que la parte actora reciba de la demandada el precio de tales inmuebles, condenas estas dos últimas que hizo en abstracto para que posteriormente y de acuerdo con el trámite del artículo 553 del Código Judicial sea fijado su importe teniendo en cuenta las bases establecidas en la parte motiva del fallo. Contra dicha providencia interpuso el Distrito recurso de casación que, formal y debidamente tramitado, se pasa a decidir.

Motivación del fallo impugnado

El Tribunal, después de estudiar y aceptar los presupuestos procesales, se refiere a la apelación del Distrito Especial de Bogotá,

que persigue la revocatoria de la sentencia de primer grado en cuanto ésta acogió la reivindicación impetrada, y al efecto concluye que, de conformidad con las condiciones que para dicha acción señalan los artículos 946, 947, 949, 950 y 952 del Código Civil, tal pretensión está llamada a prosperar, pues las exigencias legales de derecho de dominio en el demandante, posesión en el demandado y cosas singulares reivindicables debidamente identificadas, fueron demostradas cabalmente en el curso del proceso con la legal presentación del título registrado de adquisición y del pertinente certificado de propiedad, libertad y vigencia, y con la inspección ocular y el dictamen de expertos, que acreditaron que los inmuebles objeto del juicio se encuentran comprendidos dentro de los que la sociedad actora adquirió en 1926 por título vigente a la sazón.

Hace hincapié el Tribunal en la especial circunstancia de que el artículo 214 del Código Judicial obliga a quien se demanda como poseedor de un bien para que dentro del término de contestación del libelo manifieste si es, o no, su poseedor, y la misma norma sanciona el incumplimiento de ese deber procesal haciendo "al demandado responsable de la cosa o de su precio" si el demandante acredita su derecho a ella, salvo que éste proceda de mala fe a sabiendas de que aquél no era poseedor. Agrega luego que como el demandado no contestó el libelo incurrió en la sanción de dicho artículo, y que por tanto su silencio sobre la posesión de los bienes en pleito es suficiente para establecerla en forma presuntiva y para hacerlo responsable, en consecuencia, de los terrenos o de su precio.

Las motivaciones del Juzgador de segunda instancia así resumidas lo llevan a concluír que se han congregado los requisitos legales necesarios para que la Sociedad demandante "Compañía Urbanizadora y Constructora de Santa Lucía S. A." sea considerada como dueña de los inmuebles objeto del juicio, y a la vez para dar por plena y satisfactoriamente comprobados los elementos básicos de posesión de los mismos por parte del Distrito Especial de Bogotá y de cosas singulares e idénticas entre lo reclamado y lo poseído.

Después del anterior análisis, se ocupa el Tribunal en el estudio de los argumentos del Distrito encaminados a que las pretensiones de la compañía no reciban pronunciamiento favorable, no solo por cuanto la escritura de adquisición que aportó como título de dominio no relaciona la cabida del inmueble del cual forman parte los solares cuya restitución se solicita, deduciendo de ello que tal instrumento no cumple en varios aspectos con las formalidades exigidas por la ley, sino también por cuanto esa misma documentación no otorga de por sí suficiente fundamento a las pretensiones del demandante.

Sobre lo anterior el Tribunal considera que aun cuando la copia de la escritura 305 del 23 de febrero de 1926 de la Notaría 3ª de Bogotá no trae la cabida de los inmuebles, legalmente éstos se identifican por sus linderos, los cuales sí aparecen detallados tanto en dicha escritura como en la demanda. Y además en cuanto a la circunstancia que afirma el demandado consistente en que son otras personas, no el actor, las verdaderas propietarias de parte de los bienes en litigio, tal afirmación carece de sólido respaldo probatorio en el expediente, pues de un lado las copias informales mencionadas por el señor Personero Distrital no se pueden apreciar como pruebas legales, y de otro el certificado del "Secretario Abogado de la División de Catastro del Distrito Especial de Bogotá" no es demostración eficaz para acreditar derecho de dominio sobre inmuebles.

Y en lo atinente a que tanto en la diligencia de inspección ocular practicada en la primera instancia del juicio se hubiere verificado la presencia de personas particulares en los terrenos objeto de la reivindicación, según lo alega el Distrito, como a que los peritos se hubieren pronunciado en la ampliación de su dictamen sobre el derecho de propiedad de la Manzana 63, ello no es óbice, en sentir del Tribunal, para enervar las pretensiones de la demanda, ya que la aplicación del artículo 214 del Código Judicial elimina las dudas o discusiones sobre el carácter de poseedor que le asiste al demandado, y además el derecho de propiedad sobre inmuebles se debe acreditar por medios diferentes a la mera prueba pericial.

De todo lo expuesto concluye el Tribunal que los argumentos del Distrito no son atendibles ni suficientes para desechar las pretensiones de la compañía demandante, y luego se ocupa de estudiar la apelación que ésta interpuso, encaminada a que se reforme el fallo del a-quo en el sentido de que las condenas por los frutos y por el precio de los terrenos se concreten a los valores que respectivamente fueron señalados por los peritos, sin necesidad de acudir a la posterior liquidación de que trata el artículo 553 del Código Judicial.

Estima el sentenciador que habiéndose establecido que el demandado no puede restituir los inmuebles que se reclaman, por haberlos destinado a uso público, aspecto éste que se comprobó en la diligencia de inspección ocular y que no ha sido discutido en el juicio, el Distrito Especial de Bogotá debe pagarle a la compañía demandante el valor de dichos bienes, por aplicación del artículo 955 del Código Civil, más el valor de los frutos que éstos hayan podido producir, pero sin que sobre el particular la sentencia pueda llegar a una condena en concreto, pues en lo que se refiere al valor de los inmuebles el demandado solo tendrá que pagar el precio que tenían antes de las "obras de relleno" de que da cuenta la misma prueba pericial y no el precio que hubieren adquirido por la ejecución de tales obras, aspecto éste que fue el avaluado por los expertos, y en lo que se relaciona con frutos su monto debe determinarse teniendo en cuenta lo que tales inmuebles habrían producido sin dichas obras, y no luego de haber sido estas ejecutadas.

Con base en lo anterior dispone el Tribunal que la condena en abstracto se debe mantener por no estar demostrado el valor de los inmuebles sin las obras de relleno, ni el monto de lo que sin éstas aquellos hubieran podido producir. Y para finalizar, considera que la segunda súplica principal del libelo, o sea la de restitución, no puede recibir pronunciamiento favorable, pero sí la subsidiaria de pagar a la sociedad actora el valor comercial de los terrenos, y que si bien así lo entendió el juez a-quo como lo expresa en el numeral tercero de la parte resolutiva de su fallo, a continuación el mismo funcionario olvida pronunciarse expresamente sobre esa súplica, omisión que el Tribunal procede a subsanar negando la principal y acogiendo la subsidiaria.

Adicionalmente observa el sentenciador que el juez de primera instancia condenó al Distrito Especial de Bogotá a pagar frutos desde que se inició el juicio hasta "el día de la restitución material de los citados globos de terreno", con olvido de que el mismo juez resuelve en seguida que tales predios no serán devueltos por el Distrito, razón por la cual el cómputo final de frutos debe hacerse hasta el día en que se pague el precio de los terrenos ocupados, ya que su restitución material como se dijo, no podrá verificarse. Advierte también que la sentencia de primera instancia nada dice sobre las bases que se deben tener en cuenta para liquidar las condenas en abstracto, bases que precisamente habrán de ser las motivaciones del fallo de segundo grado.

La demanda de casación

Dos cargos se formulan en el libelo impugnatorio de la sentencia del Tribunal, ambos con apoyo en la primera causal de casación, así:

Cargo primero

Afirma el recurrente que la sentencia del Tribunal viola por infracción directa la norma sustantiva contenida en el artículo 494 del Código Judicial, pues el fallo de primera instancia pronunció condena en abstracto al pago del valor de frutos "desde el día que se inició este juicio" y, no obstante que el demandante al sustentar su apelación se limitó a pedir que se concretara la condena, el Tribunal dispuso al respecto sostener la decisión del inferior pero resolvió que para el pago del valor de frutos se computarían los que se "hayan podido producir desde la presentación de la demanda".

Lo dicho implica según el recurrente que al transferir el Tribunal a la "presentación de la demanda" la fecha inicial de liquidación de la condena en comentario, señalada por el inferior en la "iniciación del juicio".

vino a agravar la situación del reo pues extendió en el tiempo la condena a su cargo, ya que la demanda fue presentada el 14 de julio de 1962 y su notificación tan solo ocurrió 71 días después, fase de la sentencia de primera instancia que el demandante no impugnó en su apelación.

Concluye el recurrente que al obrar así el Tribunal quebrantó la norma sustancial del artículo 494 del Código Judicial, prohibitiva de la reformatio in peius en los procesos civiles.

La Corte considera

Como cuestión previa para estudiar a fondo el cargo la Corte reitera su criterio de que la norma del artículo 494 del Código Judicial es de carácter sustancial, por cuanto prohibe enmendar la resolución del a-quo para hacerla más favorable al litigante que en el proceso ya le dio su conformidad al no apelarla, y quien así reconoce y acepta que su situación jurídica concreta e individual, resultante de su autónomo derecho de acción o de excepción, quede ya limitada y definida por el Organo Jurisdiccional.

Así lo ha considerado la Corte, entre otras, en sentencias del 17 de julio de 1954, 28 de marzo de 1955, 14 de marzo de 1957 (no publicada), 26 de julio de 1957 y 7 de febrero de 1964 (G. J. LXXVIII, Pág. 88 y siguientes; LXXIX, Pág. 810 y siguientes; LXXXV, Pág. 740 y siguientes; CVI, Pág. 67 y siguientes).

Con estas bases se pasa a examinar a fondo el cargo y al respecto se observa en primer lugar que la sentencia del Juzgado fue apelada por ambas partes, circunstancia que implica para el Superior un traslado o devolución total de competencia (tantum devolutum, quantum appellatum), y en segundo término que las disposiciones que gobiernan este aspecto de los procesos civiles no exigen a los recurrentes que perentoria, limitativa y expresamente precisen el alcance de sus respectivas apelaciones, pues a diferencia con otros recursos ni siquiera están obligados a motivar y sustentar el de alzada.

Son la demanda y su respuesta los actos de postulación que deslindan los extremos de la controversia, que en el caso de autos para el cargo en estudio oscilan entre la cuarta súplica del demandante enderezada a que por sentencia se declare que el Distrito Especial de Bogotá debe pagarle frutos y perjuicios por la ocupación de unos terrenos desde que ésta se inició, y la correlativa oposición del demandado, encaminada a que se le exonere de pagar suma alguna por este concepto.

Luego la decisión intermedia del Tribunal al decidir la apelación de ambas partes, y que tuvo su apoyo en considerar al demandado vencido como poseedor de buena fe, para condenarlo al pago del valor de los frutos que los inmuebles en juicio hayan podido producir desde la presentación de la demanda, no configuró, ni podía configurar de modo alguno, reforma para agravar la situación del Distrito apelante, hoy recurrente en casación, pues su contraparte, como ya se dijo, también interpuso apelación contra el fallo del a-quo.

Debe además analizarse con objetividad la tesis del Distrito encaminada a demostrar el agravio que, en su sentir, le causa la decisión del Tribunal. Al respecto dice que, por ser fechas distintas la de iniciación del juicio y la de la presentación de la demanda, ésta anterior a aquella, el lapso de la condena por frutos a su cargo fue extendido ilegalmente en la sentencia acusada.

Sin embargo la Corte considera, para efectos del Art. 966 del C. C. que cuando el juez de la primera instancia se refiere a "iniciación del juicio" y su Superior a "presentación de la demanda", en realidad se trata de un mismo acto procedimental: la formación del vínculo jurídico-procesal, fenómeno que tiene lugar con la notificación del auto admisorio de la demanda.

Promover e iniciar un juicio de carácter contencioso no es solo redactar el libelo, sino presentarlo al juez competente, obtener de éste que lo acepte por el aspecto formal y comunicar lo anterior a la contraparte mediante debida notificación.

Presentar una demanda tampoco es limitarse a redactarla y entregarla a un funcionario subalterno del respectivo Despacho Jurisdiccional. Es necesario además que la demanda reuna precisas condiciones de forma para su aceptación procesal, que así lo considere y declare el juez al dictar auto admitiéndola, y que de todo ello se dé conocimiento al demandado notificándolo en legal forma y corriéndole el traslado respectivo.

Conclúyese que "iniciar el juicio" y "presentar la demanda" son expresiones similares y de igual alcance para determinar, de conformidad con los artículos 964 y 966 del Código Civil, la fecha en que se inicia el cómputo de frutos, para efectos de su pago al reivindicador triunfante, por parte del poseedor vencido de buena fe.

Se reitera y amplía la anterior doctrina de la Corte relativa a que cuando los artículos 964 y 966 del C. C. hablan de "contestación de la demanda" no se refieren al hecho material de la respuesta de la misma, respuesta que inclusive puede llegar a no existir, "sino al fenómeno de la litis contestatio, o sea a la formación del vínculo jurídico-procesal que nace con la notificación de la demanda". (LXXVII. Pág. 772, 3 de junio de 1954).

De todo lo expuesto se concluye que el Tribunal no violó el artículo 494 del Código Judicial, y en consecuencia el cargo se rechaza.

Cargo segundo

También con fundamento en la primera causal del artículo 52 del Decreto-ley 528 de 1964, afirma el recurrente que el fallo acusado viola en forma directa el artículo 1617 del Código Civil al no haberle dado aplicación, no obstante su pertinencia, ya que por tratarse de la condena a pagar el precio de unos inmuebles, en su sentir la indemnización de perjuicios por lucro cesante en este caso, no equivale a los frutos que los terrenos hayan podido producir sino a los intereses legales del precio en cuestión.

La Corte considera

Este cargo acusa, a no dudarlo, el defecto técnico señalado en el escrito de oposición, pues como la condena al pago de frutos tuvo soporte jurídico en el artículo 964 del Código Civil, para que la acusación fuera válida, necesitaría haber comprendido también la indebida aplicación de esta norma, aspecto de formulación que no aparece en el recurso y que por sí solo es suficiente para no admitir el cargo en comentario.

Además, para rebatir la impugnación debe tenerse en cuenta la diferencia legal y conceptual que existe entre fruto y perjuicio: lo primero, como uno de los atributos del derecho de dominio, está comprendido dentro del beneficio o producido civil o natural que un bien le reporta legalmente a su dueño, poseedor, usufructuario o tenedor. Es lo segundo el daño o menoscabo que determinado hecho u omisión ajeno causa en el patrimonio del perjudicado.

La devolución de frutos como parte de las prestaciones mutuas entre reivindicante y poseedor vencido tiene su fundamento legal en sanas razones lógicas y de equidad. Es justo que, limitando el análisis al caso de poseedores de buena fe, como en forma tácita catalogan al demandado los fallos de instancia, el reivindicador triunfante tenga derecho a los frutos del bien de su propiedad no solo a partir de la restitución sino desde el momento de entablar la litis. Así lo prescribe el artículo 964 del Código Civil, rectamente aplicado por el Tribunal al disponer que dicha prestación comprende lo que desde ese momento hayan podido producir los terrenos reivindicados.

Se infiere de lo anterior que el cómputo definitivo y concreto de la condena en abstracto al pago de frutos debe hacerse teniendo en cuenta no solo los en efecto producidos sino además los que presuntivamente se hubieran podido recolectar. Esta circunstancia impide señalar en cantidad o porcentaje fijos tales productos, como lo pretende el recurrente, pues para determinar en últimas su cuantía deberán apreciarse factores tan variables como lo son, a voces del citado

artículo, la mera posibilidad de percibirlos con mediana actividad o inteligencia.

Además, la obligación original de restituir el bien reivindicado que en el caso de autos es de imposible cumplimiento, y que por aplicación de los artículos 955 del Código Civil y 214 del judicial, se sustituyó por la de pagar su precio, es en últimas una obligación que persiste y que solo cambia en cuanto a su modo de solucionarla.

Tiene, pues, razón el opositor cuando expone que en este caso el pago de frutos no es consecuencia de la mora en el pago de dinero, y que por tanto el artículo 1617 del Código citado no es aplicable en el pleito que se estudia.

Desaparecen así los motivos y razón del cargo en comentario, que por lo dicho no puede prosperar.

Resolución

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha quince (15) de diciembre de mil novecientos sesenta y siete (1967) dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá.

Sin costas (Art. 576 del C. J.).

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

REIVINDICACION

Fallo inhibitorio. No se casa cuando el fallo de instancia de la Corte pueda agravar la condición del recurrente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., primero de julio de mil novecientos setenta y uno (1971).

(Proyectó el doctor Joaquín Moreno Pareja Abogado Asistente).

(Aprobado según Acta Nº 59 de veintitrés de junio de mil novecientos setenta y uno).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de marzo de 30 de 1967 dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Espinal, en el juicio ordinario instaurado por Eduardo Camacho Villoria contra Eduardo Arenas

I

El litigio

1. Eduardo Camacho Villoria demandó ante el Juzgado Civil del Circuito de Purificación a Eduardo Arenas a fin de que, previos los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

Que es dueño y poseedor legítimo de la hacienda Florencia, especificada en el hecho 2º de la demanda; que la zona de terreno isleño especificado en el hecho 13 de la misma, se encuentra más cercana de la orilla occidental del río Magdalena, comprendido dentro de las líneas de demarcación de la hacienda Florencia, prolongadas directamente hasta las aguas mayores; que, en consecuencia, dicha zona isleña accede a la hacienda Florencia y, por consiguiente, le pertenece en propiedad con mejor derecho que a Eduardo Arenas; que se condene al demandado Arenas a restituírle la referida zona de terreno isleño, junto con los frutos que hubiera podido percibir teniendo la cosa en su poder; y que, si el demandado se opone, se le condene en las costas.

2. Los hechos que el demandante invoca en apoyo de sus pretensiones se resumen así:

a) Al disolverse y liquidarse la sociedad "Camacho Villoria Hnos.", por escritura 1432 de diciembre 10 de 1955 de la Notaría del Circuito de Girardot, se le adjudicó a Eduardo Camacho Villoria la finca "Florencia", en el municipio de Purificación, que hacia el Oriente está delimitada por el río Magdalena;

b) Por el año de 1950, comenzó a formarse frente a dicha finca, entre las aguas mayores del río y la ribera occidental, sin que tuviera antecedentes, una isla cuyo tamaño fue agrandándose en forma aluvional por el retiro de las aguas hasta alcanzar una superficie aproximada de 10 hectáreas, comprendidas, en su mayor parte, entre las respectivas líneas de demarcación de la citada finca, prolongación de los linderos norte y sur, directamente hasta la isla y sobre la superficie de ella.

c) En la ribera derecha y oriental del río Magdalena, en jurisdicción del municipio de Suárez y frente a una parte de aquella isla, posee Eduardo Arenas la finca "El Horizonte", que formó parte de un globo mayor que recibió el nombre de "Chiriló", cuyos linde-

ros norte y sur, prolongados directamente sobre el río, con rumbo occidental hacia la orilla, no alcanzan a comprender la mencionada isla en la zona poseída por Arenas.

d) Dicha isla, localizada en su totalidad entre las aguas mayores del río y la margen izquierda occidental, está siendo poseída al sur, fuera ya del lindero de la hacienda "Florencia" por los señores González; y al norte, dentro de las líneas proyectadas de aquella propiedad, en mínima parte, por Eduardo Camacho, y el resto por Eduardo Arenas.

e) Que la posesión de Arenas sobre la isla, en extensión aproximada de seis hectáreas, es arbitraria y abusiva, porque, "como ya se dijo, está separada de la finca del Horizonte por las aguas mayores, y porque esta finca no enfrenta sino en pequeña parte con la isla en referencia".

3. Oportunamente el demandado dio contestación al libelo oponiéndose a sus pretensiones; diciendo que desde hace más de veinte años existe frente a finca de su propiedad y de su esposa Bertha Arciniegas una isla que sus antecesores en el dominio poseyeron y que él ha venido explotando económicamente en asocio de su esposa, desde que la adquirieron por escritura 444 de septiembre 21 de 1956 de la Notaría del Guamo; y propone las excepciones de ilegitimidad de personería y de prescripción ordinaria y extraordinaria.

4. La primera instancia del juicio concluyó con fallo inhibitorio del juzgado de Purificación, motivado en el hecho de no haberse demandado también a la señora Arciniegas de Arenas y faltar así la debida legitimación en la causa.

5. Por apelación interpuesta por el demandante el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Espinal, el que, en sentencia de marzo 30 de 1967, confirmó el fallo apelado. Contra esta decisión interpuso la misma parte el recurso de casación.

II

Fundamentos de la sentencia del Tribunal

Expuestos los antecedentes del litigio, el Tribunal se detiene en el examen de la legitimación de las partes en el proceso y, al efecto, expresa:

"En esta controversia se ha venido hablando también de la falta de legitimación en causa, por su aspecto pasivo, fundándose en que el señor Camacho Villoria inició su acción reivindicatoria, demandando únicamente al señor Arenas, dejando a un lado a la señora Bertha Arciniegas de Arenas, como si ésta nada tuviera que ver con la hacienda El Horizonte, cuando la verdad es que, de acuerdo con la escritura pública Nº 444 del 21 de septiembre de 1956, otorgada en la Notaría del Guamo, ambos son dueños del predio, pues en dicho título los vendedores dicen..., que... transfieren a los señores Carlos Eduardo Arenas Bonilla y Bertha Arciniegas de Arenas, casados entre sí... el derecho de dominio y posesión que los exponentes tienen y ejercitan sobre la finca denominada El Horizonte... Que los compradores están en posesión material de la finca citada:

"Pues bien, a pesar de las circunstancias anotadas y confirmadas dentro del juicio, la demanda, como ya se vio, fue iniciada únicamente contra el señor Arenas, cuando, conforme a lo expuesto, los dueños y poseedores de la hacienda El Horizonte y consecuencialmente poseedores también de la isla o porción de la misma en litigio, son los esposos Arenas Arciniegas.

"En el juicio reivindicatorio que estamos estudiando, por ejemplo, si el señor Camacho no se creyera con algún derecho sobre la hacienda Florencia y ese interés suyo careciera de fundamento legal, y con base tan deficiente demandara, podría decirse que carecía de legitimación en causa, como podría decirse lo mismo, si siendo varios los dueños, alguno de ellos no accionara, y si

lo hiciera no demandara para la comunidad. Esta sería falta de legitimación en causa activa. El aspecto pasivo de la misma, es precisamente lo ocurrido en el caso que nos acupa: dejó de demandarse a uno, que fuera de ser titular, era o es, también poseedor material, y por consiguiente detentador de parte de la isla que se persigue en reivindicación.

"Como sucede con la ausencia del interés para obrar la de la debida legitimación en la causa constituye un impedimento sustancial para que el juez pueda proferir sentencia de fondo o mérito, y no una excepción perentoria ni dilatoria (entendida esta en su sentido doctrinario). Tampoco es un impedimento procesal (excepción dilatoria de nuestro Código), puesto que no se trata de un presupuesto procesal".

III

La demanda de casación

En el ámbito de la causal primera, dos cargos se le formulan a la sentencia del Tribunal. Como la Corte estima que el segundo está llamado a prosperar a él limita su estudio, con arreglo al precepto del artículo 538 del Código Judicial.

El cargo en mención se plantea en la siguiente forma:

"La sentencia es violatoria en forma indirecta, por falta de aplicación, de los artículos 713, 726, 946, 947, 950, 952, 961 y siguientes del Código Civil, resultantes de errores de derecho y de hecho evidentes en la apreciación de las pruebas, de violación directa de los artículos 214 y 215 del Código Judicial y de aplicación indebida de los artículos 330 (3ª) 333 y 343 del mismo Código".

a) En desarrollo del cargo afirma el recurrente que, "la sentencia fue inhibitoria y no de fondo, porque consideró que el demandado no era poseedor único, sino que ejercía la posesión en conjunto con su mujer, como dueños que son ambos de la hacienda El Horizonte; y se sostiene que esa posesión tomada con la sola apreciación del dominio de este fundo, sin referencia ninguna a los hechos del proceso y sus pruebas, quebrantó en primer término los preceptos que definen la accesión y reglamentan su aplicación al caso de islas nuevas nacidas en un río".

b) Agrega que el fallador se atuvo a la simple manifestación del demandado en la contestación de la demanda, sin ningún análisis de las pruebas, y al dejar de hacer las declaraciones y condenas que se pidieron, violó, por no haberlos aplicado, los artículos que reglamentan la accesión y declaran dueño de la isla al de la heredad más cercana a ella, dentro de la prolongación de sus líneas de demarcación, y los artículos que definen y reglamentan la reivindicación y sus consecuencias de restitución y abono de frutos.

c) En cuanto al error de derecho alegado, expone que el Tribunal "consideró a la señora Arciniegas de Arenas como 'detentadora material de parte de la isla que se persigue en reivindicación', sin expresar siquiera de cuál parte, por el simple hecho de ser propietaria y poseedora en común de la hacienda El Horizonte. En vista de lo cual se puede afirmar que cayó en error de derecho al deducir de la escritura de adquisición que ella hizo en común y pro indiviso con Eduardo Arenas de la hacienda El Horizonte, su posesión material de la isla al conceder a ese documento público un valor probatorio que no tiene".

d) Referente al error de hecho evidente nota el censor, que: "en el cuaderno Nº 4 se encuentra el acta de inspección ocular practicada por el propio Tribunal a la isla y a la hacienda Florencia, propiedad de Eduardo Camacho, cuya propiedad afirmó él como base de su dominio sobre la isla, en la que se lee que luego de la identificación completa de la heredad y el accesorio, se estableció por el Magistrado 'que la isla litigiosa y la de Chiriló son perfectamente distintas por su ubicación, pues una y otra están separadas por las aguas mayores del río Magdalena; la primera, o sea la litigiosa, está en terrenos del municipio de Purificación y la de Chiriló está en el municipio de Suárez... En la escritura 444 se dice que

forma parte de la venta el lote 'G' del plano, con cabida de 6 hectáreas, conocida con el nombre de la isla de Chiriló, en el río Magdalena, sobre la margen derecha".

Continuando el censor en el desarrollo del cargo, expresa: "tenemos, pues, que concluir que para sostener que tanto Eduardo Arenas como Bertha Arciniegas de Arenas... poseen la isla litigiosa en conjunto, y no solamente él, por haber adquirido el fundo el Horizonte en comunidad y poseerlo en la actualidad, tuvo forzosamente que incurrirse en un error probatorio, consistente en haber confundido la isla de Chiriló, que si está dentro de lo que les vendieron Alejo Ospina y otros, por esa escritura pública, con lo que el propio Tribunal en la inspección ocular llama "isla litigiosa", que allí mismo declara identificadas y completamente distintas, separadas entre sí por otra isla extraña y por las aguas mayores del río Magdalena. Lo que supone un error evidente de hecho y una falta contra los artículos 1759 del C. C., sobre prueba de las declaraciones en escritura, y 730 del C. J. sobre el valor del acta de inspección".

Y más adelante expresa, que los peritos designados por el Tribunal para que lo acompañaran en la inspección y respondieran el custionario del demandante, dijeron uniformemente que "la isla litigiosa pertenece a la margen del río Magdalena donde están las haciendas de El Tigre y Florencia, es decir, que las aguas mayores del río, por donde corre más caudal y lleva más carga en las máximas arriadas, es la línea divisoria; que la isla litigiosa está más cerca de Florencia y que el cauce del río corre por el costado derecho u oriental de dicha isla... Ese dictamen, que corrobora los datos anteriores y reafirma la diferencia entre la isla litigiosa y la de Chiriló, tampoco fue tomado en consideración por el Tribunal, que así quebrantó el artículo 722 del C. J."

Finalmente, la censura, agrega: El demandado, que dijo poseer esa isla en compañía de su mujer y por haber comprado con ella el Horizonte, no pudo demostrar la posesión conjunta, como tampoco confundir las dos islas que en la zona ha dejado el Magdalena, la de Chiriló o Peñón de Chiriló, que realmente le pertenece a Arenas y señora, por compra y sobre la cual no hay litigio, y la del otro lado del río, la litigiosa, que Arenas detenta solo, en su fracción norte, sin título y amparado en una confusión de predios que se despejó por completo en las varias oportunidades de apeo y con declaraciones testimoniales".

V

Consideraciones de la Corte

1. Obra a folios 1 a 5 del cuaderno Nº 3, debidamente registrada, la escritura pública Nº 444 otorgada en la Notaría del Guamo el 21 de septiembre de 1956, por la cual Juan Alejo Ospina Cleves, José Gregorio Cleves Otawo y Bertha Cleves de Ospina venden a Carlos Eduardo Arenas Bonilla y Bertha Arciniegas de Arenas la finca denominada "El Horizonte", ubicada en la fracción del Consuelo, de la jurisdicción del municipio de Suárez, en el departamento del Tolima, con una cabida aproximada de 456 hectáreas, finca formada por los siguientes lotes de terreno: a) Por el marcado con la letra "B" en el plano de partición de la antigua hacienda de "Chiriló", con una cabida de 35 hectáreas 3.431 metros cuadrados; b) Por el distinguido con la letra "F" en el mismo plano de partición de la antigua hacienda de Chiriló, con una cabida de 87 hectáreas 1.481 metros cuadrados; c) Por el señalado con la letra "E" del citado plano de partición, con una cabida de 360 hectáreas 6.420 metros cuadrados; d) Por el marcado con la letra "G" del referido plano de partición de la antigua hacienda de Chiriló, con una cabida de 6 hectáreas 5.000 metros cuadrados, conocido con el nombre de la "isla de Chiriló", lote que tiene los siguientes linderos: "Partiendo del mojón Nº 22 situado en la margen izquierda del brazuelo que separa la isla de Chiriló de la finca del mismo nombre siguiendo por la misma margen, aguas abajo, hasta el extremo norte de la isla en la confluencia del brazuelo en el río Magdalena; de aquí se vuelve por la margen del río Magdalena, aguas arriba, hasta el mojón 21 situado en la misma margen; de este mojón Nº 21 se vuelve hacia el oriente, hasta encontrar nuevamente el mojón Nº 22, punto de partida. Este lote limita por el norte

y el este con el brazuelo ya citado; por el sur, con el lote "H" de la misma partición adjudicado a los señores Camacho; y por el occidente, con el río Magdalena", y, e) Por un lote de terreno conocido con el nombre de "La isla de la Rivera", con una extensión aproximada de 6 hectáreas, determinado por los linderos siguientes: "Por el norte, con aguas del río Magdalena, en la unión de su cauce principal con el brazuelo que forma dicha isla; por el sur, con plataneras de Alfonso Camacho; por el oriente, con el cauce principal del río Magdalena; y por el occidente, con aguas del mismo río que forma un brazuelo y plataneras del mismo Camacho". Adquirieron los vendedores, el inmueble así integrado por adjudicación que se les hizo en el juicio de sucesión de Félix Cleves Ricaurte.

2. Con fundamento en la anterior escritura, el demandado Eduardo Arenas ha venido sosteniendo su coposesión y condominio con su cónyuge Bertha Arciniegas de Arenas, no solo de la hacienda El Horizonte sino también de las zonas isleñas que allí se describen: zona norte de la "isla de Chiriló", y norte y central de la "isla de la Rivera".

3. En diligencia de inspección ocular que practicó el Tribunal en asocio de los peritos, ingenieros graduados y matriculados, Eduardo Melendro Losada y Ancízar Marulanda, designados por las partes, después de identificar la hacienda Florencia conforme al título de adquisición del demandante Camacho y sus especificaciones de la demanda, se comprobó:

a) Que la colindancia general del citado inmueble es: "Por el norte, con la finca de la Estrella de Julia Lara, en toda su extensión; por el occidente, en toda su extensión, con finca de Guillermo Manrique; por el sur, con predios de la sucesión de Calixto Quiñonez, sucesión de los Bastidas, Apolinar Córdoba, propiedad de Isaac Córdoba, Nicolás Padilla, Isidro Córdoba, Victoriano Córdoba, Crispín Góngora, Chiquinquirá Armario, Segundo Cifuentes, Guillermo Ortiz, Joaquín Leal, Tomás Cortés, Miguel Angel Díaz y posesión de la sucesión de Alfonso Camacho hasta dar con el río Magdalena; y por el oriente con las aguas mayores del río Magdalena, quedando de por medio la isla litigiosa".

b) Que la isla litigiosa se identifica y especifica así: "Por el oriente, con aguas mayores del río Magdalena, de por medio con terrenos de la hacienda del Horizonte del señor Arenas y con terrenos de Arcadio Carvajal; por el occidente; brazuelo del río de por medio, con la hacienda Florencia; por el norte, en parte, con posesión de Eduardo Camacho en la isla y en parte con las aguas del río Magdalena (brazuelo); y por el sur, con una zona de terreno poseída en la misma isla por el señor Alfonso Camacho".

c) Que la isla litigiosa está mucho más próxima, separada por escasos metros, al terreno firme de la hacienda Florencia, que de los terrenos del demandado, los que están separados por las aguas mayores del río Magdalena. Y separada de otra isla de menor extensión en la parte superior, la cual no es materia de este pleito.

d) Que la isla litigiosa y la de Chiriló son perfectamente distintas, pues una y otra están separadas por las aguas mayores del río Magdalena. La litigiosa está en terrenos del municipio de Purificación y la de Chiriló en el municipio de Suárez. Y los peritos en su dictamen conceptuaron que la isla litigiosa es perfectamente distinta de la de Chiriló y de la denominada la Rivera.

4. No obstante lo anterior el Tribunal dedujo, del simple texto de la escritura pública 444 de septiembre 21 de 1956 de la Notaría del Guamo y de la coposesión o condominio que de allí surge en favor de los cónyuges Eduardo Arenas y Bertha Arciniegas de Arenas sobre la porción norte de la isla de Chiriló, la existencia de un litisconsorcio necesario pasivo; con lo que concluye que, por no haberse demandado también a la señora Arciniegas de Arenas no se integró legalmente el contradictorio por lo que se inhibió de decidir el fondo del litigio.

5. La inspección ocular y el dictamen de los peritos demuestran en forma plena que la isla de Chiriló y la que es objeto del pre-

sente litigio son perfectamente distintas, y el Tribunal al no considerar estos elementos de convicción, en su objetividad misma, incurrió en error evidente de hecho que lo condujo a la violación, por falta de aplicación, de las normas que regulan la accesión y la reivindicación invocadas por el recurrente, al inhibirse de fallar sobre el fondo del litigio.

6. Las razones expuestas impondrían la casación de la sentencia del Tribunal. Mas como podría suceder que la decisión de la Corte como Juzgador de instancia agravara la condición en que se halla el recurrente por virtud del fallo inhibitorio, ya que una sentencia de mérito adversa a sus pretensiones le impedirían promover nueva demanda, se ve en el caso de mantener el fallo apelado.

Resolución

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de treinta de marzo de mil novecientos sesenta y siete (30 de marzo de 1967), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Espinal, en el juicio ordinario de Eduardo Camacho Villoria contra Eduardo Arenas.

Sin costas en el recurso.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

RESPONSABILIDAD CIVIL

Suspensión de la decisión civil por proceso penal; oportunidad de presentar la prueba del fallo penal.
Reitera la doctrina sobre la responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas por el hecho de sus agentes o dependientes.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

(Aprobado por Acta número 62 de 2 de julio de 1971).

Decide la Corte el recurso de casación que la parte demandada, "Archila Briceño & Cía. Ltda.", sociedad comercial de responsabilidad limitada con domicilio en Bogotá, interpuso contra la sentencia de 7 de noviembre de 1967, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del juicio ordinario de mayor cuantía que contra aquella sociedad promovieron Valentín Niño y otros.

El litigio

Ante el Juzgado 9º Civil del Circuito de Bogotá, Valentín Niño, Visitación de Niño, María Sara de Medina, Julio Roberto Niño y Felisa de Duarte demandaron a la sociedad recurrente, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

Primera. Que la demandada es civilmente responsable de los daños materiales que su dependiente, Jorge Antonio Fonseca Gutiérrez, ocasionó a los demandantes el 11 de octubre de 1961, al lesionarlos en accidente de tránsito, ocurrido en la Carretera Central del Norte, jurisdicción del municipio de Ventaquemada, y al dañar el automóvil en que viajaban.

Segunda. Que la demandada debe pagar a los demandantes: a) el valor de los tratamientos médicos a que éstos fueron sometidos; b) las sumas que los mismos dejaron de percibir durante la incapacidad sufrida a consecuencia de las lesiones que padecieron; c) los dineros que han dejado de ganar "en razón de la actividad comercial normal hasta la fecha del accidente" y los que dejarán de percibir "por el resto de sus vidas en razón de las graves perturbaciones funcionales, defectos físicos e inutilización de que fueron víctimas por las mismas lesiones".

Tercera. Que la sociedad demandada debe pagar a Felisa de Duarte, dueña del automóvil en que los demandantes viajaban el día del accidente, el valor de las reparaciones exigidas por ese vehículo "para ponerlo en correcto estado", el del lucro cesante, el de los intereses que la demandante de Duarte pagó a la casa vendedora del automóvil por razón de las letras aceptadas como parte del precio del mismo y el de los demás daños materiales ocasionados a la misma por dicho accidente.

Cuarta. Que la demandada debe pagar las costas del juicio.

Quinta. Que la misma debe pagar a los demandantes el valor de los perjuicios morales.

La causa petendi se hizo consistir en los siguientes hechos:

"1. Mi representada, señora Felisa de Duarte es propietaria del automóvil Ford, modelo 1961, el que en la época del accidente, 11 de octubre de 1961, se hallaba afiliado a la empresa Autoboy, vehículo adquirido por la misma por sistema de cuotas las que en dicha época se hallaba pagando con los producidos del mismo.

"2. Dicho vehículo hacía recorridos entre Sogamoso y Bogotá y Bogotá a Sogamoso, y el día del accidente viajaba de Bogotá a Sogamoso, llevando como pasajeros entre otros a mis representados Valentín Niño, Visitación de Niño, María Sara de Medina, Julio Roberto Niño, en viaje corriente y con las seguridades y prevenciones del caso, cuando en un sitio cercano a la población de Ventaquemada fue estrellado por la volqueta de color azul, distinguida con las placas Nº B-2345 de propiedad de la firma o sociedad demandada de Archila y Briceño Ltda., vehículo que iba conducido por el señor Antonio Fonseca Gutiérrez, quien trabajaba para dicha sociedad en condición de chofer de dicho vehículo.

"3. Existió negligencia de parte de la empresa, al permitir que dicho individuo, imprudente y descuidado para conducir se encargara de dicha conducción, es decir, cuando menos hubo una mala elección de su empleado, a más de que según parece fallaban igualmente alguno de los sistemas de seguridad de dicho vehículo por descuido de la misma empresa social.

"4. Como consecuencia de dicho accidente causado por la imprudencia del empleado ya dicho y con elementos de propiedad de la sociedad demandada, hubo destrozos en el vehículo de propiedad de mi representada Felisa de Duarte, vehículo que fue depositado por las autoridades de Circulación en los talleres Peñuela de Tunja desde la fecha del accidente, y el que aún no ha sido entregado a pesar de haberlo solicitado en el Juzgado en que cursa el expediente penal, que lo es el Tercero Penal del Circuito de Tunja, en donde existe auto de llamamiento a juicio criminal contra el ya dicho empleado Fonseca Gutiérrez por el accidente a que ya he hecho alusión.

"5. Quienes viajaban en dicho vehículo de propiedad de mi mandante, carro accidentado por Fonseca Gutiérrez, empleado de la sociedad demandada, sufrieron innumerables lesiones que les ocasionaron no solo defectos físicos y perturbaciones funcionales de carácter permanente, sino lo que es más, pérdida funcional y limitaciones en sus movimientos, habiendo algunos de ellos que aún no se hallan repuestos de dichas lesiones y sufren en la actualidad las dolencias e incapacidades producidas por las mismas.

"6. Igualmente algunos de los lesionados han debido ser sometidos varias veces a intervenciones quirúrgicas costosísimas que han ocasionado merma en sus patrimonios en vía al mejoramiento de su salud gravemente afectada por los hechos en cuestión.

"7. Los lesionados en su generalidad eran comerciantes dedicados a explotar las ramas de la ganadería y agricultura, algunos de ellos jefes de familia y quienes se vieron obligados en razón de las lesiones que los imposibilitaron a abandonar su ocupación y someterse a vivir como inválidos en sus respectivas moradas, debiendo a más de dichos perjuicios, sufragar los gastos correspondientes al pago de salarios a personas extrañas para poder subsistir, invirtiendo fuertes sumas de dinero, no solo en esto sino que igualmente, en remedios, etc.

"8. Mis representados en su totalidad gozaban de muy buena salud y eran personas de inmensa actividad comercial, actividad que se vio no solo limitada sino suspendida y para alguno de ellos en forma definitiva en razón de las consecuencias trágicas de las lesiones de que fueron víctimas en el accidente en cuestión.

"9. La entidad demandada Archila Briceño & Cía. Ltda. nada puso de su parte para evitar el accidente y como ya lo he dicho, existió de su parte descuido y cuando menos una mala elección de su empleado, se-

ñor Jorge Antonio Fonseca Gutiérrez quien en el momento en que tuvieron ocurrencia los hechos que han dado origen a la presente acción, ejercía funciones concernientes a su empleo, y viajaba en vehículo de propiedad de la empresa, existiendo por tanto presunción de culpa contra la ya dicha sociedad por el hecho dañoso de su dependiente y empleado, por causa y con ocasión de su trabajo".

Con oposición de la sociedad demandada se adelantó la primera instancia hasta culminar con sentencia de 8 de julio de mil novecientos sesenta y seis, proferida por el Juzgado Veintiuno Civil Municipal de Bogotá, por medio de la cual se declaró prescrita la acción y consecuencialmente se dispuso no "hacer las declaraciones solicitadas en la demanda".

Contra esta providencia, la parte demandante interpuso el recurso de apelación que fue resuelto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en sentencia de 7 de noviembre de 1967, por medio de la cual revocó la de primera instancia y en su lugar resolvió:

"1º No prosperan las excepciones alegadas por la sociedad demandada.

"2º Declárase que la sociedad 'Archila Briceño y Cía. Ltda.' es civilmente responsable de los perjuicios que sufrieron los demandantes a consecuencia del accidente de tránsito ocurrido el 11 de octubre de 1961 detallado en la demanda que originó el presente juicio.

"3º Condénase, en abstracto, a la sociedad demandada a resarcir a los demandantes Valentín Niño, Visitación de Niño, María Sara de Medina y Julio Roberto Niño los perjuicios materiales provenientes de las lesiones personales de que fueron víctimas a consecuencia del referido accidente de tránsito.

"4º Condénase a la mencionada sociedad, también en abstracto, a pagar a la demandante Felisa de Duarte los perjuicios que ésta sufrió en el citado accidente y que se traducen en el valor de las reparaciones que haya reclamado o que reclame el automóvil Ford, modelo 1961, afiliado a la empresa Autoboy, para ponerlo en condiciones de funcionamiento y en lo que dejó de percibir dicha dueña durante el tiempo empleado para efectuar esas reparaciones.

"Parágrafo. Para la liquidación de las condenas impuestas en los dos numerales que inmediatamente preceden, se observará el trámite previsto en el artículo 553 del C. J. y se acatarán las bases señaladas en la parte motiva de este fallo.

"5º De los perjuicios materiales a cuyo pago tiene derecho la demandante Felisa de Duarte, se excluyen los relacionados con las letras c) y d) de la súplica tercera de la demanda.

"6º Condénase a la demandada a pagar a cada uno de los demandantes la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) por concepto de perjuicios morales.

"7º Condénase a la demandada en las costas de la primera instancia.

"8º Sin costas en la segunda instancia".

La parte demandada interpuso recurso de casación contra este fallo.

Fundamentos de la sentencia impugnada

Encontrando el sentenciador reunidos los presupuestos procesales, entra a rebatir la tesis del a-quo quien, partiendo de la responsabilidad indirecta de las personas jurídicas por los actos de sus dependientes, declaró probada la excepción de prescripción. Apóyase en que siendo directa aquella responsabilidad, "la acción para reclamar la indemnización del daño no puede prescribir en el término de tres años, por no ser indirecta la responsabilidad de aquellas, sino en el ordinario de veinte, por ser directa su responsabilidad", y concluye anunciando que, por no haber transcurrido el lapso de prescripción ordinaria, será revocado el fallo del a-quo que declaró probada aquella excepción.

En seguida abre el estudio de las pretensiones deducidas en la demanda y las defensas del demandado.

Dice el sentenciador que de las copias traídas del proceso penal adelantado con ocasión de la colisión de vehículos que dio origen también a este proceso civil, copias que obran a fs. 53 y ss. del cuaderno número 2, surge la plena prueba de que Jaime Roberto Rojas, conductor del automóvil en que viajaban los demandantes, fue sobreseído definitivamente por el delito de lesiones personales en accidente de tránsito, "por hallarse claramente demostrada su inocencia", y hay prueba de la misma naturaleza respecto a que Antonio Fonseca Gutiérrez fue llamado a responder en juicio por el mismo delito "como único causante del accidente"; aparece también demostrado plenamente que éste fue condenado como autor del delito culposo de lesiones personales por medio de sentencia que el 14 de octubre de 1964 profirió el Juez Tercero Penal del Circuito de Tunja.

Que el sobreseimiento definitivo, por haberse fundamentado en que aparecía claramente demostrada la inocencia del procesado Jaime Roberto Rojas (numeral 2 del artículo 437 del C. de P. Penal), "da base para concluir que el accidente de tránsito señalado como hecho generador del perjuicio que reclaman los demandantes, se encuentra establecido".

Que el vínculo de dependencia que, en el momento del accidente, unía al conductor Fonseca Gutiérrez con la sociedad demandada, está plenamente demostrado no solo con las manifestaciones contenidas en el alegato de conclusión de primera instancia que presentó el apoderado de la demandada, sino principalmente, con la carta Nº 64/63 de 24 de enero de 1963, suscrita por el representante de la sociedad y en la que se confiesa aquella circunstancia.

Que el perjuicio consistente en las lesiones personales que sufrieron los demandantes y en los daños causados al automóvil en que viajaban, está demostrado con la copia del sobreseimiento definitivo a que antes se hizo referencia, pues "tal hecho —el de las lesiones— no puede ponerse en tela de juicio en estos autos, puesto que para pronunciar el sobreseimiento dicho, el Juez tuvo que dejar establecido previamente que los Niño fueron víctimas de unas lesiones de las cuales no era responsable el conductor del automóvil, por estar "plenamente demostrada la inocencia del procesado, esto es, por estar frente a la situación prevista por el numeral segundo del artículo 437 del C. de P. P. "Que el sobreseimiento definitivo tiene la misma autoridad de las sentencias absolutorias penales".

En cuanto a la relación de causalidad, el Tribunal dice textualmente: "si las piezas del proceso penal a que se ha hecho referencia y que en copia se aportaron a éste para que sirvieran de prueba, demuestran la existencia del accidente de tránsito y la consumación a causa de éste de un delito de lesiones personales de que fueron víctimas cuatro de las personas que actúan en este juicio como demandantes, preciso es también admitir que el daño cuya indemnización persiguen las personas dichas, obedeció a la colisión de vehículos a que se ha hecho referencia".

Luego expresa el Tribunal que fue necesario dictar auto para mejor proveer, "consistente en la práctica de una diligencia de inspección ocular" sobre el expediente contentivo del juicio penal en donde se profirió aquella sentencia, con el solo objeto de verificar si esta se halla o no en firme, tomando las copias pertinentes. "Dice que la inspección judicial no pudo ser evacuada", pero que, posteriormente, los demandantes trajeron al juicio la citada copia de la sentencia penal de segunda instancia y "una certificación llamada a dar cuenta que la sentencia de primera se encuentra en firme". Dice el sentenciador que debe darse pleno valor a estas copia y certificación, pues con ellas se logra la finalidad que buscaba la inspección ocular no llevada a cabo, por lo cual es necesario concluir que "la sentencia que condenó a Jorge Antonio Fonseca Gutiérrez como autor del delito de lesiones personales en accidente de tránsito del que fueron víctimas cuatro de los de-

mandantes, se encuentra en firme", por lo cual, dando aplicación al artículo 29 del C. de P. Penal, en este juicio civil "no se puede dudar de la existencia del hecho generador del perjuicio, es decir, del accidente de tránsito, ni de que a consecuencia de éste resultaron lesionados cuatro de los demandantes". Que, de consiguiente, la sociedad demandada resulta directamente responsable de los daños causados por la actividad culposa de su dependiente Fonseca Gutiérrez, pues de otro lado, no está demostrada ninguna de las causas de exoneración que son el caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa de la víctima.

Que no está demostrada la excepción de pleito pendiente, pues aunque el mismo hecho dio origen a dos juicios, el uno es penal y el otro de naturaleza civil.

La demanda de casación

Tres cargos formula el censor: uno fundado en la causal cuarta y los dos restantes, en la primera.

Primer cargo

Acúsase la sentencia del Tribunal por haberse incurrido en el juicio en la nulidad establecida por la primera causal del artículo 448 del Código de Procedimiento Civil, acusación que se funda en el motivo cuarto de casación consagrado en el numeral 4º del artículo 52 del Decreto Extraordinario 528 de 1964.-

En desarrollo del cargo dice el recurrente que los artículos 28 y 29 del C. de P. Penal, que se refieren respectivamente a las decisiones absolutorias y a las condenatorias, "establecen la prejudicialidad de las sentencias penales definitivas y de las providencias interlocutorias equivalentes, que por hacer tránsito a cosa juzgada, constituyen una verdad prejudicial dentro de los procesos civiles que se adelantan posteriormente con base en los hechos ya juzgados dentro del proceso penal". Que, de conformidad con el artículo 11 del mismo Código, la prejudicialidad de un asunto penal, "impide fallar el proceso civil mientras no se haya pronunciado fallo definitivo dentro del proceso penal", en el que se investiga un hecho que pueda influir en la controversia civil, por lo cual es obligatorio suspender ésta, pues "para el Juez Civil la suspensión o aplazamiento del fallo que le corresponda dictar no tiene carácter potestativo", sino imperativo; que, "con anterioridad al fallo penal, el Juez Civil carece de jurisdicción para pronunciar el suyo" y si lo dicta lo deja "afectado de nulidad" según lo dispone la causal primera del artículo 448 del C. de Procedimiento Civil; que la hipótesis legal contemplada en el artículo 11 citado, está estructurada en el sub-lite, pues con la demanda se acompañaron copias del proceso penal que dan cuenta de la investigación que se adelantaba por el mismo hecho; que, no obstante, el Juez Noveno Civil del Circuito de Bogotá profirió sentencia, siendo que su deber era esperar la decisión definitiva del Juzgado Penal cuya demostración no aparecía en el expediente, con lo cual "incurrió en una verdadera usurpación de funciones". Que "en el mismo error incurrió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá al pronunciar la sentencia civil de segunda instancia sin tener conocimiento oficial del resultado definitivo del proceso penal", pues la certificación sobre la confirmación de la sentencia de primera instancia, pronunciada en el proceso penal, no llegó a los autos de manera oficial y utilizando las formas autorizadas por la ley procesal, sino por aducción directa hecha por el apoderado de los demandantes, documento que no puede ser tenido como prueba, en virtud de que no se acomoda a ninguna de las formas que, para poderlo valorar, exige el artículo 597 del C. de P. Civil. Que lo mismo sucede con la copia de las sentencias penales, aducida en forma directa por el mismo apoderado.

Que el hecho de que la sentencia pronunciada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja el 13 de octubre de 1965, por medio de la cual confirmó la del Juez de Ventaquemada, sea anterior a la proferida por el Juez 9º del Circuito de Bogotá "no puede quitarle el carácter de nula a esta última, porque el Juez, conocedor de los hechos en virtud de

los cuales su jurisdicción para fallar se hallaba suspendida, no tenía conocimiento del hecho en virtud del cual la jurisdicción se recupera "y que el Tribunal se hallaba en una situación semejante" de la cual no podía salir por el aporte, en forma irregular, de las copias de aquellas sentencias, por lo cual tanto el fallo del Tribunal como el del Juez 9º son nulos por carencia de jurisdicción de los sentenciadores.

La Corte considera

1. Es doctrina de la Corte que cuando se adelanta proceso penal cuya decisión puede tener influencia para desatar uno civil, la suspensión del juicio que puede decretar el Juez que conoce del segundo, no se refiere al trámite de la instancia, sino al pronunciamiento de la sentencia respectiva, por lo cual el proceso debe ser adelantado normalmente hasta ponerlo en estado de dictar sentencia. Es en esta etapa ritual cuando el Juez Civil califica si la decisión que pudiera recaer en el proceso penal tiene o no incidencia en la resolución del juicio civil; si lo primero, está obligado a aplazar el pronunciamiento del fallo hasta cuando definitivamente sea decidido el proceso penal; si lo segundo, no hay lugar a ese aplazamiento.

2. Sucede en el caso que se estudia que el Juez de primera instancia, al establecer que habían pasado más de tres años desde que los demandantes sufrieron el daño hasta cuando se notificó la demanda, concluyó que había prescrito la acción civil para reclamar de la sociedad demandada el pago de perjuicios, por estimar que era indirecta la responsabilidad de las personas jurídicas por los actos de sus agentes que no tienen la calidad de órganos de la sociedad.

Frente a tal circunstancia, la decisión en el proceso penal, ninguna influencia podía tener en el juicio civil, pues encontrando el Juez que la acción estaba prescrita, la sentencia penal, aún en el caso de ser condenatoria, no podía modificar el hecho prescriptivo que no dependía de la resolución penal, sino simplemente del lapso de tiempo transcurrido entre el acaecer del daño y el momento en que fue notificada la demanda de indemnización de perjuicios.

De consiguiente, si es claro que en tal evento la sentencia penal no podía tener virtud para incidir en la resolución del juicio civil, síguese que ninguna norma se violó al no aplazarse el pronunciamiento del fallo de primera instancia.

3. Fuera de lo anterior, haciendo la confrontación de las fechas en que fueron pronunciadas las sentencias en el juicio civil (julio 8 de 1966 y noviembre 7 de 1967) con la de ejecutoria de la sentencia definitiva dictada en el proceso penal, (octubre 13 de 1965), resulta que aquellas fueron proferidas con posterioridad al momento en que ésta quedó en firme, por lo cual no podía haber incompetencia de los jueces civiles por el aspecto que indica la censura.

4. El artículo 11 del C. de P. Penal no dispone, como lo pretende el recurrente, que en todos los casos deba suspenderse la decisión del juicio civil hasta cuando se dicte en el proceso penal sobreseimiento o sentencia definitiva irrevocable". La suspensión solo es procedente, como esa misma disposición lo ordena, cuando el fallo penal "pudiera influir en la solución de la controversia civil". Pues bien, si la sentencia que decretó la prescripción fundóse únicamente en el transcurso del tiempo, es apenas lógico concluir que el mismo pronunciamiento se hubiera hecho, fuera la sentencia del Juez Penal condenatoria o absolutoria, pues la decisión no se fundamentó en ello, sino en que había corrido ya el lapso de tiempo en que prescribe la acción de indemnización de perjuicios contra quienes son responsables indirectamente del daño causado por otros.

Por este aspecto, el Juez a-quo tenía plena competencia para proferir la sentencia y al hacerlo no usurpó jurisdicción.

5. El Tribunal sentenciador tampoco carecía de competencia para dictar el fallo acusado, por dos razones: porque al momento de decidir, ya el Juez Penal había dictado sentencia condenatoria definitiva que estaba ejecutoriada, y porque la copia de ese pronunciamiento obraba a la sazón en los autos.

La copia de la sentencia penal o del sobreseimiento definitivo que estén ya en firme, no tienen que ser aportadas necesariamente al juicio en alguna de las oportunidades indicadas en el artículo 597 del C. Judicial, como acontece cuando la resolución penal que pudiera incidir en la decisión civil, solo hubiera sido proferida vencido el término para pedir pruebas, precluida ya para las partes la facultad de aportarlas o de pedir su práctica en el marco de la disposición citada. Como uno de los fundamentos de la prejudicialidad consiste en impedir que se profieran fallos contradictorios, los documentos que demuestren cómo fue decidido el proceso penal, pueden ser aducidos en cualquier tiempo, a solicitud del fallador o por actividad de las partes, pues de otro modo, en muchas ocasiones estaría cerrada la puerta para entrar al proceso la prueba demostrativa de la decisión penal.

Si las copias de las sentencias penales, en ese evento, no pudieren aducirse después de fenecido el término probatorio, podría resultar indefinida la suspensión del juicio civil y aún podría hacerse imposible su resolución por haber precluído las oportunidades que para aportarlas consagra la ley (Art. 597 del C. J.).

6. De otro lado, como la nulidad se hace consistir en que tanto el juez a-quo como el ad-quem carecían de competencia cuando dictaron sus respectivas sentencias, pues no la tenían mientras no fuera decidido el proceso penal, y como en los autos obran las copias respectivas de los fallos penales, indicadoras de que ese proceso estaba definitivamente resuelto y en firme cuando se dictaron las sentencias civiles, síguese que no existe el motivo de nulidad alegado.

El ataque, por consiguiente, no prospera.

Cargo segundo

Con fundamento en el motivo primero de casación denúnciase violación de ley sustancial a consecuencia de error de derecho surgido por el quebranto de los artículos 597, 600, 632 y 636 del C. de Procedimiento Civil, violación medio que condujo al quebranto del artículo 29 del C. de P. Penal, por indebida aplicación.

Desarrollando el cargo dice el censor que de conformidad con el artículo 29 del C. de P. Penal, que establece la prejudicialidad de las sentencias condenatorias penales, en el juicio civil que se origina en los mismos hechos que dieron nacimiento a un proceso penal, no puede dudarse de la existencia material del delito, de la autoría de quien fue condenado, ni de su responsabilidad, "porque son estos los tres elementos sobre los cuales se estructura toda sentencia penal condenatoria".

Que en el proceso penal no tiene la calidad de parte el tercero que es responsable civilmente "de conformidad con la institución de la responsabilidad indirecta establecida por el Código Civil". Por tanto, la responsabilidad de ese tercero "se ha de juzgar y dilucidar nuevamente dentro del proceso civil", en el cual puede "acreditar causales de exculpación que desvirtúen la presunción de culpa que en principio milita contra él". Acepta que la autoría y la responsabilidad del condenado penalmente tienen valor frente al tercero civilmente responsables, siempre que en el proceso civil se haya demostrado plenamente la existencia del proceso penal y se haya traído copia de la sentencia penal condenatoria, en firme, pues de otro modo no existe la prejudicialidad penal en el proceso civil en esos puntos.

Que en el caso sub-lite no se probó la cosa juzgada de naturaleza penal, puesto que no fue traída al proceso, en legal forma, la sentencia que, en definitiva, condenó al autor del hecho investigado. Que la inspección ocular decretada por el Tribunal Superior de Bogotá para "determinar si la sentencia pronunciada por el Juzgado 3º Penal del Circuito de Tunja se hallaba o no en firme", no se practicó porque el interesado no suministró los medios para llevarla a cabo, y que, en cambio, se practicó una prueba distinta no ordenada, pues el apoderado de la parte demandante logró que se le expidiera una certificación respecto a que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tun-

ja, por sentencia de 13 de octubre de 1965 confirmó la del Juez 3º Penal del Circuito citado. Que esta certificación no puede ser valorada como prueba, pues en su aducción no se dio cumplimiento a lo ordenado en el artículo 597 del C. J., que establece cuáles son los requisitos para que pueda estimarse el mérito de las pruebas; que ninguna de estas exigencias se llenó al aportarse la citada certificación y la copia completa de la sentencia de segunda instancia pronunciada dentro del proceso penal a que se ha hecho referencia, ni se cumplió con las limitaciones del artículo 600 del C. J., ni con lo ordenado por el 636 de la misma obra que dice cómo deben incorporarse los documentos públicos. Que no obstante lo anterior, el Tribunal le asignó a tal copia el carácter de plena prueba y de conformidad con ella dedujo la prejudicialidad penal en virtud de la cual se debía tener, dentro del proceso civil, por legalmente establecida la existencia de la infracción penal, su autoría en la persona del conductor Jorge Antonio Fonseca Gutiérrez, la responsabilidad de éste y la existencia abstracta del daño material causado por el delito".

Que, en fin, al concederse valor probatorio a la copia de la sentencia y al certificado precitados, se cometió error de derecho, pues con ello fueron violados los preceptos de los artículos 597, 600, 632 y 635 del C. J., error que condujo al Tribunal al quebranto por vía indirecta del artículo 29 del C. de P. Penal, "por indebida aplicación a un hecho que no está regulado por él", "texto sustantivo, análogo al artículo 473 del C. de P. Civil, ... porque uno y otro establecen la cosa juzgada sustancial, que da derecho a las partes para que no se vuelvan a discutir aquellos extremos de hecho que han sido objeto de una decisión judicial ejecutoriada de carácter definitivo".

La corte considera

1. Obsérvase que la única disposición que indica la censura como norma sustancial violada lo es el artículo 29 del C. de P. Penal anterior, que reza:

Cuando el sindicado haya sido condenado en el juicio penal como responsable de la infracción, no podrá ponerse en duda en el juicio civil la existencia del hecho que la constituye ni la responsabilidad del condenado.

Esta norma por sí sola, como resulta a todas luces, no es suficiente para derivar de ella la responsabilidad directa de las personas jurídicas por los hechos delictuosos de sus agentes. El Tribunal, como aparece del extracto que se hizo de su sentencia, declaró que la sociedad demandada era directamente responsable del perjuicio causado a los demandados por el hecho culposo de un dependiente suyo, dando así aplicación al artículo 2341 del C. Civil, precepto que la censura no indica como infringido.

Reiteradamente ha dicho la Corte que todo cargo formulado dentro del marco de la causal primera de casación, ha de fundarse en quebranto de norma sustancial, entendiendo por ésta la que, en presencia de la situación fáctica que ella misma contempla, consagra derechos subjetivos en favor de los asociados o les impone obligaciones; o dicho de otro modo, la que en frente del supuesto de hecho previsto en ella, declara, crea, modifica o extingue relaciones jurídicas entre las partes. Pero como en muchas ocasiones, una determinada relación jurídica se rige por un conjunto de normas que se integran, y no por un precepto único, la Corte ha dicho que, en tal evento, para que la acusación sea cabal, debe comprender todos y cada uno de los preceptos que integran aquel conjunto, pues de otra manera no quedaría bien estructurada la proposición jurídica completa. (CXXIX, 66 y 71).

Este defecto de técnica en la formulación del cargo impide la prosperidad del mismo.

Tercer cargo

Con fundamento en la causal primera de casación, denúnciase violación directa, por falta de aplicación del segundo inciso del artículo 2358, e indebida aplicación del pri-

mer inciso del mismo artículo; por falta de aplicación de los artículos 2347 y 2349 e indebida aplicación de los artículos 2341 y 2343, todos del C. Civil.

Dice el censor que ni el Código de Napoleón ni el civil nuestro establecieron expresamente normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas; que el título 34 del libro 4º de nuestro Código, reglamentario de la responsabilidad civil extracontractual "no menciona en ninguno de sus textos a las personas jurídicas".

Luego de hacer consideraciones sobre la personalidad de los antes colectivos y de afirmar que éstos no actúan por sí mismos, por lo cual "se los consideró artificialmente como incapaces relativos", narra los distintos pasos dados por la doctrina y la jurisprudencia para llegar a establecer la responsabilidad aquiliana directa de las personas jurídicas, tanto públicas como privadas.

Ensaya después un ataque a la doctrina contenida en la sentencia que sobre este punto dictó la Corte el 30 de junio de 1962, para terminar diciendo que con ella se colocó a las personas morales "en situación desventajosa, haciendo que la persona natural goce de una realidad privilegiada"; que no encuentra razón para que los textos referentes a la responsabilidad indirecta no puedan aplicarse a las personas jurídicas cuando conservan su vigor respecto a las personas naturales, situación que es notoriamente "irritante".

Que la tesis de la responsabilidad indirecta de las personas jurídicas por el dolo o culpa de sus dependientes que no tienen la categoría de órganos de ella, "no constituye un postulado absoluto, sino que puede infirmarse acreditando que el padre, tutor o curador, o el patrono, ha verificado todos los actos que exigía la prudencia en la vigilancia de los incapaces o de los simples empleados o dependientes". Que la presunción de culpa que cobija a las personas jurídicas por los actos de sus subordinados puede destruirse demostrando que la entidad no es reo de culpa in vigilando o in eligendo.

Que la Corte al sentar la tesis de la responsabilidad directa, privó a las personas morales "del derecho elemental de invocar la exculpación y las privó "de la posibilidad probatoria de impugnarla", privilegio que solo conservan las personas naturales, "criterio que es notoriamente injusto, injusticia que se extiende a los plazos de la prescripción, pues en la tesis de la responsabilidad directa aquel es de veinte años, en tanto que en la indirecta era solo de tres años, término que ya había pasado cuando la demanda fue notificada al representante de la sociedad recurrente.

Que de lo expuesto resulta la violación de la ley sustancial, así: del 2º inciso del artículo 2358, por falta de aplicación, pues en virtud de él debió declararse la prescripción de la acción del inciso 1º del mismo artículo por indebida aplicación, pues el caso debatido contempla una responsabilidad indirecta; de los artículos 2347 y 2349, por falta de aplicación, pues estando establecida la diligencia en la elección de su empleado y la vigilancia en las actividades del mismo, lo que determinaría desvirtuación de la presunción de culpa en la responsabilidad indirecta, debieron aplicarse aquellas normas; de los artículos 2341 y 2343 del C. Civil, como todos los anteriores, por aplicación indebida, "ya que resuelve un caso de responsabilidad indirecta aplicando textos establecidos para el gobierno de la responsabilidad directa".

La Corte considera

I. No obstante que el título 34 del Libro 4º de nuestro Código Civil no se refiere en forma expresa a la responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas, desde el siglo pasado, la Corte, con fundamento en lo estatuído en el artículo 8º de la ley 153 de 1887, encontró que tácitamente ese título sí se refería a los entes morales, tanto de derecho privado como de derecho público, y dedujo a cargo de las personas jurídicas una responsabilidad indirecta, regulada en los artículos 2347 y 2349 del C. Civil, por faltas in eligendo o in vigilando de sus dependientes o auxiliares. Esta tesis de la responsabilidad indirecta de las per-

sonas morales imperó en la doctrina y en la jurisprudencia hasta cuando la Sala de Casación Civil de la Corte pronunció la sentencia de 21 de agosto de 1939 (G. J. XLVIII Nº 1. 950, Pág. 663) en la que se predicó la tesis de la responsabilidad directa de los entes colectivos por los daños causados por sus agentes en ejercicio de sus atribuciones, con ocasión o pretexto de éstas, con fundamento en el artículo 2341 del C. Civil. Desde entonces empezó a abrirse cauce la nueva teoría hasta lograr su unificación el 30 de junio de 1962 cuando tanto la Sala de Casación Civil como la de Negocios Generales de la Corte acogieron sin reservas la teoría de la responsabilidad directa de las personas jurídicas. La Corte dijo en esa oportunidad:

"Tales consideraciones han llevado a la Corte a revaluar las antedichas tesis y a preferir, como consecuencia, la directa, en el ámbito de las personas jurídicas privadas, partiendo de la presencia del factor culpa de las mismas, como repercusión del hecho de sus agentes; y en el campo de la Administración, la de las "fallas del servicio", caracterizada por el deber primario del Estado de suministrar los servicios públicos y por una orientación social más adecuada a estos tiempos. (Véase en el mismo sentido, la sentencia de la Sala de Negocios Generales de esta fecha).

"Lo cual no excluye la construcción doctrinaria reiterada con apoyo en el artículo 2356 del Código Civil, sobre responsabilidad por el daño producido en actividades peligrosas, respecto de las cuales se presume la culpa de las personas naturales y jurídicas, presunciones que conducen a eximir a la víctima de probar la culpa, para contrapesar la desventajosa situación de los particulares frente a quienes se mueven en un radio de acción caracterizado por la peligrosidad o en cuyas funciones —como acontece con el Estado— figuran algunas de esta naturaleza.

"Estos, los motivos de dicha preferencia:

I. Los artículos 2347 y 2349 del Código Civil hablan de la responsabilidad indirecta, que es la originada, no en los actos propios o personales, sino en los ejecutados por otras personas, de quienes están llamadas a responder las ligadas a ellas según la ley.

Por consiguiente, para responder por las acciones de otro, ha de haber un vínculo, razón de ser de tal responsabilidad. Tal vínculo debe proceder, de acuerdo con aquellas normas:

a) De las relaciones de familia, y por ello 'el padre, y a falta de éste la madre, es responsable de hechos de los hijos menores que habiten en la misma casa';

b) De las relaciones de guarda, y así 'el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado';

c) De las relaciones a que da lugar la educación, en virtud de las cuales los directores de colegios y escuelas 'responden del hecho de los discípulos mientras estén bajo su cuidado, y

d) De las relaciones de trabajo, con motivo de las cuales responden 'los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices o dependientes', mientras están a su cuidado'; así como los patronos del daño causado por los empleados domésticos 'con ocasión del servicio prestado por éstos a aquellos'.

"De los vínculos entre la persona de derecho público o privado, que es ente jurídico con personalidad propia, con capacidad esencial y de ejercicio, de acuerdo con su constitución, y sus agentes, no puede decirse lo que predican dichas disposiciones de los sujetos que se hallan ligados entre sí por los nexos antes referidos. No están los agentes bajo la "dependencia", ni tampoco al "cuidado", de la entidad moral, como sí se hallan el hijo, el pupilo, el alumno, el aprendiz, el sirviente, el empleado doméstico, en relación con sus padres, guardadores, directores de institutos de enseñanza, maestros y patronos, y si estas personas se descargan de la responsabilidad que les incumbe probando no haber podido evitar el daño con la 'autoridad y cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe', se ve claro que ello es inaplicable a las personas jurídicas,

y es, por tanto, improcedente instituír una responsabilidad y unas presunciones de culpa con base en deberes inexistentes. De lo cual se infiere que sin las dichas presunciones in eligendo e in vigilando, la responsabilidad indirecta no se sostiene, y la directa no las requiere. Por otra parte, la fusión vital entre la persona jurídica y sus agentes presenta tan peculiares caracteres que tampoco cuadra a ello una responsabilidad por los 'hechos ajenos'.

"La doctrina general ha formulado serios reparos a la forma indirecta de la responsabilidad de las personas morales, motivo por el cual dicha forma puede considerarse ya fenecida, en lo que atañe a tal especie de personas (V. Josserand 'Cours de Droit Civil', T. II, Nº 510, 10 ed.).

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

"Lo primero, porque no hay un motivo bastante a demostrar que es lógico distinguir entre unos y otros agentes y variar en consecuencia la posición de la entidad jurídica frente a los actos lesivos que aquellos ejecuten en desempeño de sus funciones: todos ellos cooperan al logro del fin colectivo, cualesquiera que sean sus calidades y oficios, y de todos depende el funcionamiento y realización de los fines del ente moral.

"La identidad alegada entre los órganos de la persona física y los agentes de la jurídica, a quienes corresponde la dirección o representación de la entidad, va siendo revaluada. 'No habría que concluír, desde luego, en la identidad de los órganos de una persona moral con los órganos de una persona física; existe entre los unos y los otros una oposición de naturaleza: el órgano de la persona moral es el asiento de la voluntad que la dirige, en tanto que los órganos de las personas físicas son los instrumentos inconscientes de una voluntad que los mueve'. (Planiol, Ripert, y Savatier. Traité Practique de Droit Civil Francais, T. VI, Nº 93). Y haciendo referencia concretamente a la responsabilidad de los entes morales, agregan estos tratadistas que 'la distincion del órgano y del agente desde el punto de vista de la responsabilidad civil parece inútil... Además, empleado u órgano, es necesario que el agente haya obrado en el ejerccio de sus funciones, sin que haya de darse a esa expresión dos sentidos diferentes según el caso'. Walline destaca —como es sabido—, las dificultades que rodean la calificación jurídica de los órganos de la entidad moral, dificultades que conllevan otras tantas para aplicar la concepción organicista...

"La persona natural obra por sí y en razón de sí misma; goza no solo de entendimiento y voluntad, sino también de los medios u órganos físicos para ejecutar sus decisiones. La persona moral, no; su personalidad no decide ni actúa por sí misma, siendo a través del vehículo forzoso de sus agentes sin los cuales no pasaría de ser una abstracción.

"Por eso se ha dicho que su voluntad es la voluntad de sus agentes. Entonces, sin la coexistencia de la entidad creada y de sus agentes, a través de la 'incorporación' de éstos en aquélla —apelando a un vocablo en uso constituye un todo indivisible, que no admite tal discriminación.

"Y por ello la tesis organicista es también inequitativa. O todos los agentes, cualesquiera que sean su posición, atribuciones y tareas, son órganos, con igual aptitud para obligar directamente a la entidad a que pertenecen, por los actos culposos que ejecuten en el desempeño de sus cargos con apoyo en el artículo 2341; o ninguno lo es, para que la responsabilidad del ente jurídico sea simplemente indirecta, con respaldo en los artículos 2347 y 2349; pero, como tal conclusión es también inadmisible en esta hora, es la equiparación de todos los agentes el resultado que se impone, ya que, además, su clasificación práctica presenta serios tropiezos.

"De lo anteriormente expuesto fluye la inaplicabilidad de la tesis de la responsabilidad indirecta, por 'el hecho ajeno', y del

mismo modo, la organicista, construída sobre tan improcedente discriminación.

"En cambio, el problema se desata en forma satisfactoria, desde el ángulo de la persona jurídica privada, mediante la tesis de la responsabilidad directa, en una palabra por ser los actos de los agentes, sus propios actos..." (G. J. XCIX. Pág. 96 ss.).

Estas tesis, según lo afirmado en la misma sentencia, tienen los siguientes distintivos generales:

"a) La culpa personal de un agente dado compromete de manera inmediata a la persona jurídica, porque la culpa de sus agentes, cualesquiera que éstos sean, es su propia culpa; subsiste, por tanto, como base de responsabilidad el hecho dañoso de un agente determinado;

b) Las obligaciones de elección y vigilancia diligentes, propias de la responsabilidad por los hechos "ajenos" de las personas naturales, que contempla el artículo 2347, no explican la responsabilidad de los entes morales; y desaparecen, en consecuencia, las presunciones de culpa de éstos fundadas en dichas obligaciones;

c) La entidad moral se redime de responsabilidad probando un hecho extraño (caso fortuito, hecho de terceros o culpa de la víctima);

d) Responden del daño, solidariamente, la persona jurídica y el autor, y aquella puede exigir de este el valor de la reparación satisfecha a la víctima;

e) La acción contra la persona moral prescribe conforme al derecho común, en veinte años; contra el agente, en tres años, y

f) Arranca esta nueva forma de tratar la responsabilidad de los entes morales, del artículo 2341 del Código Civil, fundamento general de la responsabilidad extracontractual". (G. J. XCIX, Pág. 92).

De consiguiente, aunque respecto del delito de lesiones personales por el que fue condenado Jorge Antonio Fonseca Gutiérrez la sociedad demandada es un tercero, en cambio, respecto al daño que él causó a los demandantes y a la obligación que tiene de repararlo civilmente, ya la sociedad demandada no es un tercero, pues quedó visto que los actos culposos de sus agentes, para efectos de la responsabilidad civil por delitos y culpas, son actos propios del ente colectivo.

II. Cuando se demanda civilmente a una persona jurídica de derecho privado para el pago de la indemnización de perjuicios ocasionados por el hecho doloso o culposo de uno de sus subalternos, no se está demandando a ese ente moral en su calidad de tercero obligado a responder de los actos de sus agentes, sino que se le demanda como parte directamente responsable, ya que por la naturaleza de las personas colectivas, su obrar se exterioriza a través del de sus dependientes. En tales condiciones, es apenas lógico concluir que existiendo una responsabilidad directa de la persona jurídica, como en el caso sub-lite, no le es aplicable la prescripción de corto tiempo, consagrada en el segundo inciso del artículo 2358 del C. Civil únicamente en beneficio de los terceros responsables. Por tanto, el quebranto denunciado por falta de aplicación de este precepto, no existe, como tampoco el que se denuncia por aplicación indebida del primer inciso del mismo artículo, puesto que el Tribunal no lo aplicó. Mal podía emplear la norma acusada, cuando la pretensión se dirigió contra la persona jurídica a cuyo servicio laboraba Jorge Antonio Fonseca Gutiérrez en el momento de producirse el hecho era la persona punible por el delito culposo, dañoso; ella no fue dirigida contra ésta que caso en el cual sí debía haberse empleado este precepto.

III. Los artículos 2347 y 2349 tratan de la responsabilidad indirecta como se dejó visto en la transcripción de la sentencia de la Corte de junio 30 de 1962, tesis que hoy se reitera en cuanto a la responsabilidad directa de las personas jurídicas por los hechos dañosos de sus agentes o dependientes. Por manera que ventilándose en este proceso un asunto de responsabilidad de esta naturaleza, aquellos dos artículos no son aplica-

bles, pues ellos se refieren a la responsabilidad indirecta que no es la de los entes morales. Y del mismo modo no existe indebida aplicación de los artículos 2341 y 2343 del C. Civil; no del primero porque esa norma es precisamente la que sirve de fundamento a la tesis de la responsabilidad directa de las personas jurídicas y, por tanto, es la aplicable al presente caso, y no del segundo porque no fue aplicado por el Tribunal y no habiéndolo sido es imposible que se presente su indebida aplicación.

Suficiente es lo anterior para desechar el cargo.

Fallo

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 7 de noviembre de mil novecientos sesenta y siete (1967) proferida por el Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá en el juicio ordinario que, contra la sociedad "Archila Briceño & Cía. Ltda.", promovieron Valentín Niño y otros.

Las costas del recurso de casación quedan a cargo de la sociedad recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese e insértese en la Gaceta Judicial y vuélvase el expediente al Tribunal de procedencia.

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

SIMULACION

Incongruencia. Medio nuevo en casación. No se requiere que el reivindicante "haya perdido la posesión" sino que "no esté en posesión.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Ernesto Cediel Angel).

(Aprobación: Acta Nº 62 de 2 de julio de 1971).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 7 de mayo de 1969, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo en el proceso ordinario de mutua petición de Eloísa Fajardo v. de Cerón contra Manuel Fonseca Sierra.

El litigio

Ante el juez civil del circuito de Duitama, Eloísa Fajardo v. de Cerón demandó a Manuel Fonseca Sierra a efecto de que se declarase absolutamente simulado el contrato de compraventa recogido en la escritura 205 de 15 de marzo de 1963, otorgada en la Notaría Primera de Duitama, por medio de la cual la primera le vendió al segundo el inmueble determinado en ese instrumento: y subsidiariamente rescindido aquel por lesión enorme.

Como fundamento de su pretensión afirma la demandante, en síntesis, que conmovida por el estado de probreza de Manuel Fonseca Sierra, quien se hallaba a su servicio, procedió a otorgar la escritura 205 precitada "con el compromiso de que se la devolvería el día que tal exigencia le hiciera, o que tuviera mal comportamiento con su patrona"; que por ser simulada la venta se fijó como precio la cantidad de $ 19.000.00, cuando en realidad el inmueble valía más de $ 50.000.00; que la vendedora continuó en posesión material de dicho bien, la que ha hecho respetar por conducto de las autoridades; que por la época en que se otorgó la escritura referida el demandado Fonseca Sierra era pobre de solemnidad y aun sigue siéndolo; que la vendedora no tuvo intención de transferir el dominio de su finca, ni el comprador la de adquirirlo; que al exigirle aquella a éste que "le devolviera la escritura de confianza que le había hecho del inmueble materia de esta litis..., se negó violentamente, desconociéndole todo derecho y haciéndola víctima de ultrajes, llegando hasta ocuparla de hecho por lo cual se vio precisada a acudir por medio de su apoderado a las autoridades de policía.... logrando así la declaración del demandado de que realmente se trataba de una venta que no era real".

El demandado se opuso a las pretensiones de la demandante, negó los hechos en que éstas se apoyan, y, a su vez, promovió contra ella demanda de reconvención a efecto de que se la condenase a restituir a Fonseca Sierra el inmueble que éste le compró mediante la escritura 205 mencionada.

En la **causa petendi** de su demanda expresa el reconveniente que por medio de la escritura 205 antes citada se le transfirió, a título de venta, el derecho de dominio sobre el inmueble materia de la litis; que pagó a la vendedora el precio estipulado, según consta en ese instrumento; que en la actualidad es dueño del bien que reivindica; que valiéndose de la autoridad de policía la ven-

dedora le arrebató aquel "en forma por demás curiosa, porque no medió juicio escrito o diligencia de ninguna naturaleza, sino simplemente un acto de lanzamiento que, por lo mismo, le quita todo valor o significación"; y que como Eloísa Fajardo v. de Cerón detenta actualmente el inmueble, Fonseca Sierra se ha visto obligado a demandar su reivindicación.

La contrademandada se opuso a la pretensión del reconveniente, negó los hechos en que ésta se funda y propuso las excepciones que denominó petición de modo indebido, ineptitud sustantiva de la demanda de reconvención y falta de causa en el contrademandante para reivindicar.

Trabada en esta forma la controversia, el juzgado la desató en sentencia de 13 de julio de 1966, así:

"Primero. - Declárase rescindido por lesión enorme, sufrida por la vendedora y demandante Eloísa Fajardo v. de Cerón, el contrato de compraventa contenido en la escritura Nº 205 de fecha 15 de marzo de 1963, otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Duitama por la demandante Eloísa Fajardo v. de Cerón a favor del demandado Manuel Fonseca Sierra, por cuanto el precio acordado para el inmueble allí determinado, y aún no pagado, es inferior a la mitad del justo precio dado por los peritos para el momento en que se celebró el respectivo contrato.

"Segundo. - Declárase que el derecho que la ley ofrece a la parte demandada, surgido del Art. 1948 del C. C., no podrá ejercitarse después de registrada esta sentencia.

"Tercero. - Absuélvese al demandado de las demás peticiones de la demanda excepto las costas de este juicio cuya mitad deberá pagar.

"Cuarto. - Absuélvese a la demandante de las peticiones de la demanda de reconvención".

Apelada esta decisión por las dos partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo la confirmó mediante el fallo de 7 de mayo de 1969, contra el cual interpuso el demandado el recurso de casación que hoy se decide.

Motivación de la sentencia impugnada

Por cuanto la inconformidad del recurrente se contrae, como es obvio, a lo desfavorable de dicha sentencia, o sea en cuanto decretó la rescisión impetrada en la demanda principal y denegó las peticiones de la de reconvención, de la motivación de la misma solo interesa conocer las razones en que se fundan tales decisiones.

En relación con el decreto de rescisión por lesión enorme impetrado en la demanda incoativa del proceso, expuso el sentenciador:

"El dictamen emitido por los peritos avaluadores en la primera instancia, dando al inmueble un valor de $ 50.000.00, tiene las condiciones que reclama el artículo 721 del C. J., pues es uniforme explicado y debidamente fundamentado y hace por tanto plena prueba según dicha norma. De él se dio traslado a las partes sin haber sido materia de objeciones. En cambio el dictamen de los peritos que intervinieron en la inspección ocular en esta segunda instancia, no tiene la nota de uniformidad que exige el citado Art. 721 como quiera que uno de los peritos principales emitió por separado su dictamen dando un avalúo de $ 20.900.00, lo que da una diferencia que excede del 50% en dicha prueba pericial.

"Permanece pues en pie el primer dictamen pericial por las razones dichas.

"El apoderado del demandado Fonseca alega que la prueba trasladada del juicio de lanzamiento por ocupación de hecho, carece de mérito en razón de haber sido anulada por la Sección de Justicia del Departamento la actuación en dicho juicio.

"El tratadista de pruebas judiciales Dr. Enrique A. Becerra, al hablar de la prueba trasladada de juicio anulado, dice lo siguiente: 'Si se trata de juicio que ha sido anulado, y refiriéndose a prueba simple, debe decirse que conserva todo su valor y siempre

que se haya recibido con las formalidades legales y la nulidad no se refiera a la misma prueba sino a algo distinto'. (Teoría y Práctica de las pruebas judiciales según la Legislación Civil Colombiana. Tomo I, Nº 10).

"Conserva, pues, su valor la confesión extrajudicial de Fonseca, vertida en la cuestionada diligencia de lanzamiento por ocupación de hecho, no obstante que la actuación haya sido anulada por la Sección de Justicia del Departamento, según consta en copias que obran a folios 25 y siguientes del cuaderno 7º, porque esa anulación se debió únicamente a deficiencia de formalidades de que debía ir acompañada la demanda de lanzamiento, por ocupación de hecho, según el Decreto 992 de 1930, reglamentario del Art. 15 de la Ley 57 de 1905. Pero los hechos ocurridos dentro de la diligencia de lanzamiento y especialmente las palabras que allí pronunciara Fonseca, subsisten, no obstante la anulación del procedimiento, según expone el Dr. Enrique A. Becerra, en transcripción que precede. Esa confesión extrajudicial, que lo es por haber sido vertida ante funcionario de Policía y no ante el juez de la causa, no tiene alcance distinto al hecho de no haber pagado hasta el momento de la diligencia dinero alguno a la vendedora en razón del precio del inmueble; y el haber realizado la ocupación de hecho del mismo.

"Acertado es, por lo tanto, la declaración de rescisión por lesión enorme, pronunciada en el numeral primero de la parte resolutiva; lo mismo que la declaración del numeral segundo de la misma sentencia, atinente a la opción que de acuerdo con el artículo 1948 del C. C. tiene a su favor el demandado Fonseca. También la absolución al demandado de las demás peticiones de la demanda, con la salvedad de las costas judiciales en cuya mitad se condenó al demandado. Esta condena en costas y en la cuantía referida se justifica por el éxito de la petición subsidiaria de la demanda y consiguiente absolución de las demás peticiones".

Y tocante con la demanda de reconvención expresó:

"La absolución a la demandante de las peticiones de la demanda de reconvención, se funda en que la acción reivindicatoria allí propuesta vino a resultar incompatible con la declaración de rescisión por lesión enorme, en cuya virtud la demandante recobra su título de dominio sobre el inmueble de la compraventa. Y no cabría objetar que al perseverar en el contrato el demandado, éste continuaría siendo titular del dominio, porque faltaría para la acción reivindicatoria el elemento posesión quieta y pacífica de que el demandado hubiera sido despojado, y que esa situación hubiera durado un año completo (Art. 976 C. C.).

"Lo que quiere decir que es acertada la absolución a la demandante de las peticiones de la demanda de reconvención, objeto del numeral cuarto de la parte resolutiva".

La demanda de casación

Aunque los tres cargos que en ella se formulen —uno por la causal segunda y los otros dentro del marco de la primera— encuentran apoyo, al decir del censor, en los dos primeros motivos de casación que consagraba el artículo 520 del C. J., hay que entenderlos fundados en el precepto que subrogó esa disposición, o sea en el artículo 52 del Decreto 528 de 1964.

Sobre esta base procede la Corte a examinar en primer término el cargo por inconsonancia, por exigirlo así el despacho lógico de las causales aducidas.

Cargo tercero

"La sentencia recurrida —dice textualmente el censor— no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por la parte demandada y endilgadas en la demanda de reconvención y cuyos hechos fueron ampliamente demostrados en el juicio.

"El demandado Manuel Fonseca Sierra es propietario legítimo del inmueble 'El Diamante', materia del presente juicio, y la demandante Eloísa Fajardo viuda de Cerón,

confiesa en su escrito de demanda principal y en la contestación a la contrademanda (folios 20 y vuelto C. Nº 1); y como se estableció de las copias del juicio de lanzamiento policivo, ventilado entre las partes, a Manuel Fonseca Sierra lo despojó la demandante de la posesión material de su citado predio. Y, no obstante haberse probado plenamente, esas situaciones y los hechos que las aparejan, el sentenciador absolvió a la parte demandante de ese cargo, denegando a favor del demandado el derecho a que se decretase la restitución del citado inmueble. Y esa equivocación del sentenciador lo llevó a violar directa y ostensiblemente los artículos 946, 947, 950 y 952 del C. C., puesto que se denegó como se dice, sin razón alguna, el claro derecho del demandado a la reivindicación del inmueble materia del juicio".

La Corte considera

1. El cargo de incongruencia que se le formula a la sentencia del Tribunal es infundado, pues mediante ella confirmó éste la decisión del a-quo que absolvió a la contrademandada "de las peticiones de la demanda de reconvención", y por sabido se tiene que el fallo absolutorio no es inconsonante desde luego que no decide sobre puntos ajenos a la controversia (extra petita), ni provee más allá de lo pedido (ultra petita), ni deja sin decidir algún punto de la demanda o de las excepciones (mínima petita), únicas hipótesis en que se produce la incongruencia.

2. Distinto de no decidir un extremo de la litis es resolverlo en forma adversa al peticionario. En el primer caso el fallo sería incongruente y, en consecuencia, podría ser atacado en casación con base en la causal segunda; en el otro no, puesto que el fallo adverso implica un pronunciamiento del sentenciador sobre la pretensión de la parte, que solo podría ser impugnado a través de la causal primera si con él se violó directa o indirectamente la ley sustancial. De lo contrario se llegaría a la conclusión de que el fallo solo sería congruente cuando fuera favorable a las pretensiones del demandante, lo que a todas luces es inaceptable.

3. "Fuera de la falta de consonancia entre lo demandado y lo sentenciado, que es el motivo de casación autorizado en el numeral que invoca el recurrente en esta parte, todo lo demás relacionado con el fondo mismo de la cuestión controvertida, las acusaciones que conduzcan a calificar legalmente los fundamentos o motivación jurídica del fallo, como es el de haberse otorgado lo pedido por un concepto de derecho diferente al que ha servido de apoyo al demandante, son materia exclusiva del primero de los motivos de casación que engloba las diversas maneras de violación de la ley sustancial". (LII, 21).

La acusación es impróspera.

Cargo primero

Denúnciase en él violación de ley sustancial por error de hecho consistente "en tener como pruebas de la sentencia de primera instancia, plenamente confirmada por el Tribunal fallador", las siguientes: a) La declaración hecha por el demandado en la diligencia de lanzamiento practicada por el Inspector Municipal de Policía de Duitama el 30 de enero de 1964; b) El acta de la inspección ocular practicada en la primera instancia, visible a los folios 12 y 13 del cuaderno 2º; y c) El dictamen de los peritos Hildebrando Carreño y Alfonso Escobar Rodríguez que obra al folio 31 del mismo cuaderno.

El error de hecho en que habría incurrido el Tribunal en relación con el primero de esos medios de prueba hácese consistir, esencialmente, en que "el sentenciador de primera instancia" le atribuyó a Manuel Fonseca Sierra una supuesta confesión sobre no pago del precio hecho por "Miguel Fonseca" en la diligencia de lanzamiento precitada, y en que la declaración sobre no pago del precio se refiere a una escritura pasada ante el Notario Segundo de Duitama, siendo así que la escritura de venta de la demandante al demandado se otorgó en la Notaría Primera de esa ciudad. Agrega el censor que no obstante ser inexistente esa confesión del demandado, "el sentenciador de primera

instancia toma esa supuesta confesión de Manuel Fonseca Sierra como realmente existente, sin existir en forma alguna, como acaba de establecerse, y la refiere y concreta sobre el contrato de compraventa del bien inmueble contenido en la escritura pública 205 de 15 de marzo de 1963, pasada ante el Notario Primero del Circuito de Duitama". Que, es, por consiguiente, equivocada la conclusión a que llegó "el sentenciador de primera instancia... de que el demandado hizo confesión extrajudicial de no haber pagado jamás precio alguno del inmueble que le vendiera Eloísa Fajardo viuda de Cerón, y declarar en la parte resolutiva de la sentencia que 'por cuanto el precio acordado para el inmueble allí determinado, y aún no pagado es inferior a la mitad del justo precio dado por peritos para el momento en que se celebró el respectivo contrato', fallo confirmado in-integrum por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo". Y que por causa de este error violó los artículos 604, 608, 601, 593, 471, 472 y 596 del C. J., y 740, 756, 765, 1849, 1857 y 1494 del C. C., al desconocerle el derecho de dominio que Fónseca Sierra tiene sobre el predio "El Diamante", y al imponerle la obligación implícita en la sentencia de pagar a la demandante el precio estipulado.

A intento de fundar la censura que denuncia error de hecho en la apreciación del acta de la inspección ocular practicada en la primera instancia, dice el recurrente que "la diligencia a que hace referencia dicha acta es nula o inexistente, como quiera que dicha diligencia fue decretada por auto de fecha 3 de septiembre de 1964... para ser practicada el día 'miércoles treinta de los corrientes', y el acta de que se trata hace constar que la diligencia de inspección ocular se practicó el día veintinueve de septiembre"; que con el acto arbitrario de practicar dicha prueba en fecha distinta a la señalada se desconocieron los derechos de la parte demandada, pues no intervino en esa diligencia, como lo demuestra el hecho de no aparecer suscrita el acta respectiva por Fonseca Sierra ni por su apoderado; que no existe, por tanto, la diligencia de inspección ocular decretada a solicitud de la parte demandante, pues la de que da cuenta el acta del folio 12 del cuaderno 2º "jamás fue decretada por el juzgado de primera instancia, y por lo mismo, carece de valor alguno en este juicio"; que al tener como existente la diligencia de inspección ocular decretada por el juzgado, sin existir esa prueba, violó el sentenciador los artículos 593, 597, 601, 724, 725, 727 y 730 del C. J., y 740, 742, 743, 745, 749, 756, 759, 1757, 1959, 1765, 1849, 1857, 1822, 1946, 1947, 1494, 1502 y 1762 del C. C., al desconocerle el derecho de propiedad del demandado sobre el predio "El Diamante", y "el artículo 1947 del mismo C. C. al aplicarlo indebidamente en el caso sublite para concluír y fallar sobre la lesión enorme de que se supone haber sufrido la demandante y vendedora Eloísa Fajardo viuda de Cerón".

En fin, el error de hecho que se le imputa al sentenciador en la apreciación del dictamen de los peritos Hildebrando Carreño y Alfonso Escobar, se hace consistir en que "como esta prueba se sustenta directa y esencialmente sobre la anteriormente analizada, o sea la inspección ocular, que jamás se practicó ni existió, el dictamen pericial también es inexistente como que los peritos jamás ni en ningún momento visitaron el terreno materia del juicio ni lo analizaron ni estudiaron en forma alguna. Y al aceptar, de esa forma, el sentenciador la prueba pericial, dándole toda su plenitud legal, violó las disposiciones de los artículos 705, 716, y 721 del C. J. y por ese medio quebrantó las mismas disposiciones sustantivas señaladas en el acápite inmediatamente anterior, o sea las que definen el derecho de propiedad del inmueble de que se trata y regimentan la lesión enorme en materia de compraventa de bienes inmuebles".

La Corte considera

1. El Tribunal encontró acertada la apreciación que hizo el **a-quo** de la declaración hecha por el demandado en la diligencia de lanzamiento del 30 de enero de 1964, al estimar que aquella solo entrañaba la aceptación por parte de Fonseca de no haber pagado el precio de la compraventa, pero no la de que ésta fuera simulada, "porque en verdad —son sus palabras—, lo dicho por Fon-

seca en la mencionada diligencia se limita a admitir que no había dado un centavo del precio, pero afirmando a la vez ser real la venta y reconocer en la vendedora el derecho a usufructuar la finca conforme a documento privado, al cual también se refirió la misma demandante, pero que no fue traído al expediente". Acontece, empero, que en lugar de atacar el recurrente la apreciación que hizo el Tribunal del acta de la diligencia de lanzamiento precitada, montó la censura en el error en que habría incurrido el juez de primera instancia al atribuírle a Manuel Fonseca Sierra la confesión de no haber pagado el precio, cuando en sentir del censor no existe esa confesión, y sabido es que lo que constituye la sujeta materia de la demanda de casación es la sentencia de segunda instancia, no la de primera. Esta falla hace ineficaz la acusación.

2. Mas si hubiere de entenderse formulada ésta contra la sentencia de segundo grado por la circunstancia de haber acogido el ad-quem la conclusión a que en el punto llegó el juez de primera instancia, la acusación resultaría impróspera dado que no existe el manifiesto error de hecho en que pretende fundarse.

Hácese consistir el referido yerro fáctico, en efecto, en haber atribuído el sentenciador a Manuel Fonseca Sierra la declaración sobre no pago del precio hecha en la diligencia de lanzamiento, cuando tal declaración la hizo "Miguel Fonseca S.", quien firma el acta; y en no haber visto que esa declaración se refiere a un contrato contenido en instrumento pasado ante el Notario Segundo de Duitama, y no al contrato de compraventa celebrado entre demandante y demandado, de que da cuenta la escritura 205 otorgada en la Notaría Primera de esa ciudad.

Obsérvase, en relación con el primer reparo, que la afirmación del sentenciador de que la declaración mencionada la hizo Manuel Fonseca Sierra no peca de contraevidencia, pues tiene firme apoyo en el acta de la diligencia, en la cual se expresa que el ocupante del inmueble materia de la misma es Manuel Fonseca Sierra, y que fue éste quien hizo esa declaración. A lo cual cabe agregar que el número de la cédula que aparece al pie de la firma que dice "Miguel Fonseca S." (C. 3, f. 12 v.), es exactamente el mismo de la cédula con que se identificó Manuel Fonseca Sierra al presentar el poder que en este negocio le confirió a su abogado, tal como aparece de la nota secretarial visible al folio 8º del cuaderno 1º, con lo cual queda establecida la identidad entre quien firmó el acta con el nombre de Miguel y el demandado Manuel Fonseca Sierra.

Y tocante con el segundo nota la Corte que el sentenciador tampoco incidió en contraevidencia al entender que la declaración hecha por Fonseca sobre no pago del precio se refería al contrato de compraventa litigado, no obstante su afirmación de que la escritura le fue otorgada ante el Notario Segundo de Duitama, puesto que el declarante se refiere expresamente a la venta que Eloísa le hizo del inmueble materia de la diligencia, y dicha venta es la que se contiene en la escritura 205 otorgada en la Notaría Primera de esa ciudad. Para evidenciar la existencia del error que le imputa al Tribunal, habría tenido el recurrente que mostrar que en el expediente obra la escritura de venta pasada ante el Notario Segundo, cosa que no hizo.

Al fallar la acusación en su punto de partida, la censura no puede prosperar.

3. Atribúyesele al sentenciador error de hecho en la apreciación del acta de la inspección ocular practicada en la primera instancia, por cuanto "la diligencia a que hace referencia dicha acta es nula o inexistente, como quiera que dicha diligencia fue decretada por auto de fecha 3 de septiembre de 1964... para ser practicada el día 'miércoles treinta de los corrientes', y el acta de que se trata hace constar que la diligencia de inspección ocular se practicó el día veintinueve de septiembre", por lo cual carece de valor; y por cuanto tuvo como existente la diligencia de inspección ocular decretada por el juzgado, sin existir esa prueba.

El cargo así formulado cae por su base con solo advertir que, en el recurso extraordinario, la censura por error manifiesto de

hecho del sentenciador en el tratamiento de las pruebas ha de recaer sobre la presencia objetiva de las mismas, esto es, porque haya preterido aquel una prueba que obra en el proceso o supuesto la que no existe en él, hipótesis éstas que comprenden la desfiguración de la prueba por haber mutilado su real contenido o héchole decir lo que no expresa. En el caso que se examina no se trata de ninguna de esas hipótesis, sino de que el Tribunal apreció como prueba el acta de la inspección ocular practicada en la primera instancia, siendo así que, según el recurrente, no podía ser estimada por haberse llevado a cabo en fecha distinta a la señalada. De donde resulta que el error en que habría podido incurrir el sentenciador a este propósito no sería de hecho, pues no se trata de una suposición de prueba como dice la censura, ya que el acta de la inspección sí obra en el proceso, sino de derecho por haberle dado un mérito de que, según aquella, carece. Por tanto, al decidir la acusación en el campo del error de hecho en que se planteó, la Corte tendrá que desecharla por infundada.

4. Igual suerte ha de correr la censura que le atribuye al Tribunal error de hecho en la apreciación del dictamen pericial rendido por Hildebrando Carreño y Alfonso Escobar Rodríguez, pues se funda no en que el sentenciador hubiera supuesto la prueba, ya que ella existe en el expediente, o en que hubiera alterado su contenido, sino en haberle dado el valor de plena prueba sin tenerlo. Lo cual significa que la acusación ha debido formularse por la vía del error de derecho y no del de hecho, como se hizo.

Se rechaza el cargo.

Cargo segundo

Acúsase en él la sentencia de segundo grado por violación de ley sustancial a causa del error de derecho en que habría incurrido el Tribunal al estimar el mérito de la declaración hecha por "Miguel Fonseca" en la diligencia de lanzamiento a que se hizo referencia, de la inspección ocular practicada en primera instancia y del dictamen de los peritos Hildebrando Carreño y Alfonso Escobar.

El error de derecho en que habría incurrido el Tribunal en relación con la primera de tales pruebas hácese consistir en que le dio valor de confesión extrajudicial en contra de Manuel Fonseca Sierra a la declaración que en la diligencia de lanzamiento hizo una persona distinta, Miguel Fonseca, quien suscribe el acta respectiva; y en haberle dado el valor de tal a una versión que "hace referencia a contrato y escritura pública distintos a los que son materia de este juicio". "Asimilar a confesión extrajudicial tal versión —dice el censor— es dar una estimación probatoria de elemento convictivo inexistente, lo que llevó al sentenciador a violar el Art. 604 del C. J., al aplicarlo indebidamente para el caso sub-lite lo mismo que los Arts. 593 y 596 del C. J. para quebrantar en definitiva las disposiciones de los Arts. 740, 756, 762, 765, 1849 y 1857 del Código Civil e imponer indebidamente la obligación de deber el demandado Manuel Fonseca Sierra la cantidad de diez y nueve mil pesos, o sea el precio pactado en la compraventa que recoge la citada escritura número 205, aplicando erróneamente el citado Art. 604 del C. J. y violando el 1494 del C. C., puesto que no existe causa alguna en el acervo de pruebas para imponer dicha obligación al demandado".

Y el error de derecho que la censura le imputa al Tribunal en relación con los otros dos medios de prueba, se hace consistir:

a) "En atribuírle valor legal a una diligencia de inspección ocular que jamás se practicó, puesto que la realizada por el juez de primera instancia lo fue en fecha distinta a la señalada por el auto que decretó dicha prueba (folios 4 vuelto y 12 y 13 del cuaderno número 2) y que por lo mismo es inexistente, violando el sentenciador, de esa forma, los Arts. 593, 596, 724, 725, 727 y 730 del C. J., con quebrantamiento de los Arts. 1946, 1947 y 1948 del C. C., indebidamente aplicados, puesto que jamás ha habido le-

sión enorme en el contrato de compraventa del bien inmueble materia del juicio.

b) "Y en atribuírle valor legal de plena prueba al dictamen pericial visible a los folios 31 y 32 del cuaderno número 2, siendo así que dicho dictamen se sustenta en una diligencia de inspección ocular inexistente, como es la analizada en el acápite anterior violando el sentenciador los Arts. 705 y 721 del C. J. con quebrantamiento de las disposiciones de los Arts. 1946, 1947 y 1948 del C. C., aplicados erróneamente para concluír en la lesión enorme que se dice sufrió la demandante".

Se considera

1. Dejóse visto, al despachar el cargo anterior, que el sentenciador le atribuyó a Manuel Fonseca Sierra la declaración sobre no pago del precio contenida en el acta de la diligencia de lanzamiento antes mencionada, no obstante aparecer firmada por "Miguel Fonseca S.", y que entendió que esa declaración se refería a la escritura 205 pasada ante el Notario Primero de Duitama, no obstante la afirmación de aquel de que dicho instrumento se otorgó ante el Notario segundo de esa ciudad; y dejóse visto, asimismo, que las apreciaciones del Tribunal al respecto no van contra la evidencia que surge de la prueba. Resulta por tanto, falta de fundamento la censura que por error de derecho se formula en este segundo cargo a la sentencia impugnada, con base en que el Tribunal le dio valor de confesión extrajudicial en contra del demandado a la declaración que en la diligencia de lanzamiento hizo una persona distinta y en que esa declaración se refiere "a contrato y escritura pública distintos a los que son materia de este juicio", pues para el sentenciador quien firmó el acta de dicha diligencia y Manuel Fonseca Sierra son la misma persona, y la escritura de venta a que se refiere la declaración de no pago del precio y la que es materia de este juicio son una misma. A lo cual se agrega que la censura adolece de una falla técnica que por sí sola la hace ineficaz, cual es la de no haber citado, como infringido por el ad-quem el precepto de disciplina probatoria que señala la fuerza de convicción de la confesión extrajudicial, ya que de los artículos del Código Judicial invocados por el recurrente, el 604 se limita a dar las nociones de confesión judicial y extrajudicial, y los otros dos, el 593 y el 596, no regulan en manera alguna el valor probatorio de la confesión extrajudicial.

2. Estima el recurrente que el Tribunal incurrió en error de derecho al "atribuirle valor legal a una diligencia de inspección ocular que jamás se practicó, puesto que la realizada por el juez de primera instancia lo fue en fecha distinta a la señalada por el auto que decretó dicha prueba y que por lo mismo es inexistente".

El fundamento del error de derecho que en esta censura se denuncia,, es a saber que la inspección ocular se practicó en fecha distinta de la señalada por el juzgado, constituye un medio nuevo, inadmisible en casación, pues la prueba no fue atacada por ese motivo en las instancias, y, por consiguiente, el reparo que ahora se formula no fue sometido a los juzgadores de primera y segundo grados ni oficiosamente considerado por ellos. "Se violaría el derecho de defensa —ha dicho la Corte— si uno de los litigantes pudiera echar mano en casación de hechos, extremos o planteamientos no alegados o formulados en instancia, respecto de los cuales, si lo hubiesen sido entonces, la contraparte habría podido defender su causa... La sentencia no puede enjuiciarse en casación sino con los materiales que sirvieron para estructurarla; no con materiales distintos, extraños y desconocidos. Sería, de lo contrario, una lucha desleal, no solo entre las partes, sino también respecto del Tribunal fallador, a quien se le emplazaría a responder en relación con hechos o planteamientos que no tuvo ante sus ojos, y aún respecto del fallo mismo, que tendría que defenderse de armas para él hasta entonces ignoradas". (LXXXIII, 76).

3. No constituye medio nuevo, empero, toda cuestión no debatida en instancia, sino solo la concerniente a los hechos en que se fundan las pretensiones de la demanda o las excepciones propuestas por el demandado, y a la prueba de tales hechos. Los argumen-

tos de puro derecho y los medios de orden público jamás constituyen materia nueva en casación, y, en consecuencia, la Corte está obligada a considerarlos. Son, por tanto, admisibles en el recurso extraordinario todos los argumentos, razones o planteamientos que tenga a bien formular el recurrente con el fin de demostrar el yerro jurídico en que incurrió el sentenciador, háyalos o no expuesto en instancia. A las razones estrictamente jurídicas expuestas ante el juzgador de primer grado pueden agregarse otras ante el de segunda, y alegarse unas nuevas en casación que la Corte tendría que examinar, puesto que, como ésta lo ha dicho, "el recurrente se presenta como defensor de la ley y a más de que la ignorancia de ésta no sirve de excusa (C. C. Art. 9º), mal podría pretender el opositor que se desoyesen argumentaciones de orden estrictamente legal y mal podría la Corte negarse a considerarlas a pretexto de que en instancia no se debatieron, ni sensato sería exigir discusion previa en instancia acerca de un fallo que dentro de ellas no puede conocerse y que es solo después de dictado cuando las partes pueden saber en qué sentido se dicta y por que camino ha llegado a pronunciarlo el Tribunal". (LXIII, 731). Y son igualmente admisibles en casación los llamados medios de orden público, siempre que se aduzcan con total prescindencia de ataques a la apreciación de las pruebas hecha por el sentenciador. Tal acontece v. gr., con la nulidad absoluta que el juez debe declarar de oficio cuando aparezca de manifesto en el acto o contrato, que aunque no se haya alegado en instancia es de recibo su planteamiento en casación por ser de orden público la norma que la consagra (L. 50 de 1936, Art. 2º). En este sentido se ha pronunciado invariablemente la Corte en numerosas decisiones. (XLIV, 687; XLV, 226; LXXIV, 35; LXXXIII, 78; XC, 589).

4. De las muchas sentencias en que esta Corporación ha declarado inadmisibles los cargos formulados en casación por fundarse en medios nuevos cabe destacar las siguientes: a) La de 15 de febrero de 1932 (XXXIX, 478), que rechaza el reparo de hallarse unas cuentas extendidas en papel común cuando según la ley debían haberlo sido en papel sellado, por no haberse alegado ese hecho en instancia; b) La de 12 de marzo de 1936 (XLIII, 731), que repudia la alegación de invalidez de una hijuela por falta de formalidades, por no haber sido atacada la prueba en el juicio por ese aspecto; c) La de 23 de junio de 1961 (XCVI, 101), que desecha la censura por error de derecho fundada en que la partida de nacimiento de origen eclesiástico allegada al proceso carecía de estampillas de timbre nacional, por no haberse alegado tal hecho en las instancias ni tratádose en ninguna de las sentencias; y d) La de 16 de agosto de 1969 (CXXXI, 144), que desestimó la acusación por error de derecho basada en que el Tribunal le dio el valor de plena prueba a la copia de una sentencia que carecía igualmente de estampillas, "por cuanto la prueba no fue atacada en ningún momento en las instancias y, por consiguiente, el reparo que ahora se le formula no le fue sometido al sentenciador".

Esto, precisamente es lo que ocurre con la censura que se estudia, según se expresó anteriormente, pues el hecho de aparecer practicada en fecha distinta de la que se había señalado no fue alegado en ninguna de las instancias ni considerado en ninguna de las sentencias, razón por la cual se desestima.

5. Igual suerte ha de correr la que le imputa al Tribunal error de derecho en la ponderación del dictamen de los peritos Carreño y Escobar, puesto que se hace consistir en que "dicho dictamen se sustenta en una diligencia de inspección ocular inexistente, como es la analizada en el acápite anterior", y acontece que tal diligencia sí se practicó como aparece del acta respectiva a que se ha hecho referencia. Y si la tacha de inexistencia radica en el hecho de haberse practicado la inspección en fecha distinta a la señalada, por no haberse formulado esa tacha en las instancias ni tenido en cuenta en las sentencias, el fundamento de la acusación constituye un medio nuevo que lleva necesariamente a su rechazo.

Es impróspero el cargo.

6. En el propósito de satisfacer la finalidad primordial del recurso de casación, cual es la de unificar la jurisprudencia nacional, estima indispensable la Corte rectificar la afirmación que se hace en la sentencia recurrida de que para la prosperidad de la acción reivindicatoria se requiere que el demandante haya estado en posesión quieta y pacífica del bien durante un año completo y que el demandado lo haya despojado, pues el artículo 946 del C. C. no exige que el dueño de la cosa singular que se vindica haya perdido la posesión de la misma sino que no esté en posesión de ella.

"Al otorgarle el artículo 946 esta acción al dueño de cosa singular 'de que no está en posesión' adoptó esta fórmula del proyecto inédito de Bello que sustituyó la consignada en el 1853 (artículo 1030) que expresaba: 'cuya posesión haya perdido'. De esta suerte quedó clara y acertadamente definida la milenaria polémica doctrinal acerca de si para la procedencia de la reivindicación era o no necesario que el actor ya hubiera entrado en posesión de la cosa, v. gr. porque le hubiera sido entregada por su tradente y que posteriormente hubiera perdido dicha posesión. Se dice que la solución de nuestro Código es la acertada porque, se repite, que la acción reivindicatoria emana directamente del derecho de dominio, y además, porque en el sistema del mismo Código este derecho se adquiere mediante la sola inscripción registral del título traslaticio en tratándose de inmuebles, o por una tradición ficta o simbólica de los bienes muebles". (CXXIX, 110).

Resolución

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha siete (7) de mayo de mil novecientos sesenta y nueve (1969), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en el presente juicio ordinario iniciado por Eloísa Fajardo v. de Cerón contra Manuel Fonseca Sierra.

Sin costas.

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

FILIACION NATURAL

La falta de aceptación de la herencia por el demandado no produce nulidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casasación Civil. — Bogotá, D. E., siete de julio de mil novecientos setenta y uno.

(Redactó el Doctor: Ricardo Uribe-Holguín, Abogado Asistente).

(Aprobado según Acta Nº 59 de fecha veintitrés de junio de mil novecientos setenta y uno).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha 25 de abril de 1968, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en el juicio ordinario de filiación natural y petición de herencia promovido por **Bárbara Orjuela vda. de Rocha**, en representación legal de su hijo menor **Rafael Alfonso Orjuela o Goyeneche**, contra **Rosa María Goyeneche de Pinzón**, en su carácter de heredera única de su hermano **Rafael Alfonso Goyeneche**.

I

El juicio

1. En la demanda con que se inició, se pide que se hagan las siguientes condenaciones:

"Primero. Que Rafael Alfonso Orjuela o Goyeneche, menor de edad impúber, es hijo natural de Rafael Alfonso Goyeneche, con los derechos inherentes a este estado civil.

"Segundo. Que como consecuencia de la declaración anterior, Rafael Alfonso Orjuela o Goyeneche tiene derecho a la herencia de su padre natural Rafael Alfonso Goyeneche, conforme a las reglas de la sucesión intestada, y a que se le restituyan de acuerdo con su derecho o cuota, las cosas corporales e incorporales de la herencia, con sus aumentos y frutos de acuerdo con el inventario llevado a cabo en el Juicio de Sucesión de su padre natural Rafael Alfonso Goyeneche, que cursa en el Juzgado Segundo Civil Municipal del Municipio de Tunja".

2. Se apoyaron estas súplicas en hechos que cabe resumir así:

a) Desde enero de 1964 hasta el 5 de agosto de 1965(fecha la última en que falleció Rafael Alfonso Goyeneche, éste y Bárbara Orjuela vivieron como marido y mujer, hasta diciembre de 1964 en una casa situada sobre la Avenida Alfonso López, de Tunja, y luego en la número 6-29 de la calle 21 de la misma ciudad;

b) De esas relaciones sexuales estables fue fruto Rafael Alfonso Orjuela, quien nació el 7 de mayo de 1965;

c) Rafael Alfonso Goyeneche dio a este hijo suyo el tratamiento de tal, presentándolo con esa calidad ante parientes, amigos, vecinos y relacionados; y

d) Goyeneche sufragó los gastos de sostenimiento de Bárbara Orjuela y, después de nacer su hijo Rafael Alfonso, contribuyó a la subsistencia de éste, pagando hospital, alimentación y ropas.

3. Rosa María Goyeneche de Pinzón contestó la demanda manifestando oponerse a todas las peticiones de la parte actora y negando los hechos en que se fundan.

4. El Juez Promiscuo del Circuito de Tunja, quien conoció del negocio en la primera instancia, decidió en su sentencia:

"1º Declarar que Rafael Alfonso Orjuela, hijo de Bárbara Orjuela, nacido el 7 de mayo de 1965, es hijo natural del causante Rafael Alfonso Goyeneche con todos los derechos inherentes a tal estado civil.

"2º Declarar que Rafael Alfonso Goyeneche Orjuela, tiene derecho a la herencia de su padre natural Rafael Alfonso Goyeneche, con arreglo a la ley 45 de 1936.

"3º Ordenar la cancelación del registro de la demanda. Líbrese despacho.

"4º Condenar en costas a la parte vencida. Tásense".

II

El fallo acusado

Contra la decisión del Juez, la parte demandada interpuso el recurso de alzada. Agotados los trámites de la segundà instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja dictó sentencia cuya parte motiva la Corte sintetiza así:

1. Primeramente dice el sentenciador: "El recurrente alega como cuestión fundamental que Bárbara Orjuela ha llevado una vida bastante libre; que tiene varios hijos de diferentes padres; que varios deponentes hablan de que no obstante haber sido amigos de Rafael Alfonso Goyeneche nunca le conocieron hechos de los que configuren relaciones sexuales estables con la citada Bárbara Orjuela". Y como encuentra que "la prueba allegada al expediente no es uniforme", entra en el estudio de ella "para establecer el valor real que pueda tener".

2. Observa el juzgador de segundo grado que los testigos Juan Sánchez Avila, Alejandrina Díaz de Sánchez y Jaime Valderrama Prías, aunque dan fe de relaciones sexuales entre Rafael Alfonso Goyeneche y Bárbara Orjuela, se refieren a la concepción y nacimiento de un niño que, habida consideración de las épocas en que estos dos hechos ocurrieron, no puede ser Rafael Alfonso Orjuela. Pero luego analiza las declaraciones testimoniales de Carmen Julia Espitia, Flor de María Rojas de Vargas, Julio Moreno, Francisco Vargas Niño, María Reinalda Rivera Piñeros, Luis Romero y María Leticia Pérez Sandoval, para concluir que mediante tales testimonios sí está plenamente probada "la existencia de unas relaciones íntimas habidas entre Rafael Alfonso Goyeneche y Bárbara Orjuela por la época en que tuvo que ser engendrado el menor Rafael Alfonso. Y eran tan estrechas e íntimas esas relaciones que, según el dicho de varios declarantes, hacían aparecer a la pareja como un matrimonio legítimo. Las personas que declaran sobre los hechos de estas relaciones tuvieron oportunidad de estar muy cerca de la vida de Rafael Alfonso Goyeneche y Bárbara Orjuela por la época a la cual ellos se refieren".

3. El Tribunal admite que los testigos traídos por la parte demandada, a pesar de ser amigos de Rafael Alfonso Goyeneche, nunca observaron circunstancias indicativas de relaciones sexuales estables entre éste y Bárbara Orjuela, y sí, en cambio, hechos de los cuales se infiere que esta llevaba vida disoluta y entregada al libre goce sexual. Mas de lo primero deduce que las declaraciones de personas que presenciaron determinados sucesos y las de personas que nunca los percibieron, no son contradictorias entre sí; y de lo segundo concluye que la conducta licenciosa de una mujer no excluye que haya tenido relaciones sexuales con determinado hombre en cierta época, de las cuales pueda inferirse con certeza que en su transcurso fue concebido el niño cuya filiación natural respecto del padre se pide declarar.

4. Finalmente, pone el fallador de relieve que "Rafael Alfonso Goyeneche no podía desconocer la vida licenciosa que llevaba Bárbara antes de convivir con él. Pero también estaba tan convencido de su calidad de padre dél menor Rafael Alfonso que no tuvo inconveniente en pagar los gastos de alumbramiento en el Hospital de San Rafael y de atender a los gastos de subsisten-

cia tanto de este niño como de su madre Bárbara Orjuela".

5. Y en cuanto a la segunda súplica de la demanda, expresa el Tribunal: "La declaración del fallo apelado, en la que se dice que Rafael Alfonso Goyeneche Orjuela tiene derecho a la herencia de su padre natural Rafael Alfonso Goyeneche, no es muy propia de este juicio, toda vez que esa calidad se la da el reconocimiento de hijo natural llevado al respectivo juicio de sucesión".

Con base en estas consideraciones, el Tribunal resolvió:

"1º CONFIRMAR la declaración primera del fallo apelado, la cual se hizo en el sentido de declarar que Rafael Alfonso Orjuela, hijo de Bárbara Orjuela, nacido el 7 de mayo de 1965, es hijo natural de Rafael Alfonso Goyeneche;

"2º Avisar al Notario 2º del Cto. de Tunja, una vez en firme este fallo, para que se tome nota al margen de la partida correspondiente de Rafael Alfonso Goyeneche Orjuela, de acuerdo con lo establecido en los artículos 370 del C. C. y 33 del Decreto 1003 de 1939;

"3º Revocar la declaración segunda;

"4º Confirmar la declaración tercera".

III

La demanda de casación

Contra esta decisión del Tribunal, la parte demandada interpuso el recurso extraordinario de casación, que la Corte pasa a estudiar y resolver.

Formula el recurrente cinco cargos: dos por la causal 1ª y tres por la causal 4ª de las previstas en el artículo 52 del Decreto Nº 528 de 1964.

Se despacharán primero los tres últimos, por cuanto se fundan en yerros de procedimiento.

Tercero, cuarto y quinto cargos

Se apoyan todos tres, como queda dicho, en la causal 4ª de casación, que consiste en "haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el artículo 448 del Código Judicial, siempre que la nulidad no haya sido saneada de conformidad con la ley".

El recurrente los formula diciendo que, con base en la expresada causal, el sentenciador incurrió en las siguientes violaciones: a) "Del Art. 26 de la Constitución Nacional, por infracción directa, que condujo a quebrantar por aplicación indebida el numeral 4 del Art. 4º de la Ley 45 de 1936, y el 19, 20, 21 ibídem, y se violaron indirectamente los Arts. 578, 1282, 1289, 1297 y 1958 del Código Civil y por falta de aplicación de los Arts. 690 y 693 del C. J."; b) "Del Art. 26 de la Constitución Nacional", por violación indirecta, y "de manera directa el Art. 758 del C. J., 760, 761, 762, 763 ibídem y el Decreto 243 de 1951" y c) "Del Art. 26 de la Constitución Nacional", por violación indirecta, "al pronunciarse el fallo, no habiéndose aplicado los Arts. 690 y 693 del C. J. y 597 del C. J. 675 (sic)".

Los fundamentos en que basa la censura estos tres cargos pueden sintetizarse así: a) La demanda se dirigió contra Rosa María Goyeneche de Pinzón en su carácter de heredera de Rafael Alfonso Goyeneche, mas no se adujo prueba de que ésta hubiera aceptado la herencia; b) En la segunda instancia del juicio no se decretó término probatorio, a pesar de que la demandada tenía derecho a que se decretara; y c) En la primera instancia se recibieron los testimonios pedidos por la parte demandante sin dar a la demandada la oportunidad procesal de contrainterrogar.

La Corte observa

Las causas de nulidad procesal, lo mismo que las de nulidad en lo civil, son de carácter taxativo.

El artículo 448 del Código de Procedimiento Civil expresa textualmente: "Son causas de nulidad en todos los juicios: 1º

La incompetencia de jurisdicción; 2º La ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes, o en quien figure como su apoderado o representante; y 3º La falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio".

Los tres reparos que alega el censor no están comprendidos en ninguno de los casos previstos en la disposición transcrita. Lo concerniente al término probatorio en la segunda instancia y al derecho de contrainterrogar testigos, es del todo extraño a la competencia, a la personería y a la citación o emplazamiento para comparecer al proceso. Lo tocante con la falta de prueba de que la señora Goyeneche de Pinzón aceptara la herencia, tampoco tiene relación alguna con la competencia, ni con la forma como fue citada al proceso. Por último, la circunstancia de que no apareciera demostrada la aceptación de la herencia por parte de la demandada, no determinaría ilegitimidad de su personería, sino falta del requisito procesal denominado "capacidad para ser parte", cuya ausencia no produce nulidad de lo actuado, sino impedimento para proferir fallo de fondo. Los tres cargos no podían fundarse en la causal 4ª de casación, como los fundó la censura, sino en la causal 1ª.

No prospera, pues, ninguno de estos cargos.

Primero y segundo cargos

Los hace consistir la censura en que: a) El Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho, consistente en dejar "de apreciar todas las pruebas presentadas por la parte demandada" y en "valorar las pruebas de la parte demandante" en forma equivocada, violando en consecuencia el ordinal 4º y el inciso segundo del ordinal 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936; y b) Incurrió además el sentenciador "en manifiesto error de hecho al apreciar las pruebas de la parte actora, porque el ordinal 4º del Art. 4º de la Ley 45 de 1936, dispone que se declarará la paternidad natural en caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido de manera NOTORIA, RELACIONES SEXUALES ESTABLES...".

En desarrollo del primero de estos cargos, el impugnador hace notar que "Según lo dijo la H. Corte Suprema de Justicia en casación de 16 de octubre de 1946, la ley colombiana, al permitir el reconocimiento del hijo natural por las relaciones sexuales entre los padres, parte de la base de la relativa conducta moral de la mujer" (subraya la Sala). Luego se ocupa el censor en hacer prolijo y detallado examen de todas las pruebas, del cual deduce que "Bárbara Orjuela es mujer de vida licenciosa, porque se acreditó que tiene cinco hijos de distinto padre, que trabaja en cafés..., luego se puede concluir quién es doña Bárbara... Tiene carnet de mujer de vida licenciosa, y usa nombre falso, porque se ha hecho figurar como: Bárbara de Gayón, de Rocha, de Boyeneche, de Borda (Historia Clínica) y de Moreno; entonces está completa la prueba que acredita que es meretriz".

Al explicar el segundo cargo, vuelve el recurrente a estudiar pormenorizadamente el acervo probatorio y sienta esta conclusión: "Rafael Alfonso Goyeneche sí pudo tener esporádicamente relaciones sexuales con la demandante, pero éstas nunca fueron estables y notorias (se subraya); es indispensable que el grupo social al cual pertenecen los concubinos se dé cuenta, y es curioso que el grupo social al cual pertenecía el causante, no se hubiera dado cuenta".

Considera la Corte

1. El Tribunal no dejó de apreciar ninguna de las pruebas traídas al proceso, ni incurrió en contraevidencia alguna al estimar el contenido de cada una de ellas. Todo el material probatorio fue tomado en consideración en su sentencia. Solo que, a juicio suyo, las pruebas de la parte demandada no están en contradicción con las de la demandante, y estas últimas dan fe de las relaciones sexuales notorias y estables que existieron entre Rafael Alfonso Goyeneche y Bárbara Orjuela, dentro de las cuales aparece que fue concebido el niño Rafael Alfonso Orjuela.

Dice, en efecto, el sentenciador: "En este negocio se encuentran testimonios en don-

de aparecen hechos que acreditan relaciones sexuales estables habidas entre Rafael Alfonso Goyeneche y Bárbara Orjuela. Otros hablan de que, no obstante haber sido amigos del citado Rafael Goyeneche, nunca apreciaron hechos de esta naturaleza ni le oyeron confesión alguna de su calidad de padre del menor por quien hoy se reclama. Claro que la circunstancia de que una persona no tenga conocimiento ni observe lo que otra conoció y observó, no implica que haya contradicción en el dicho de las dos".

Y más adelante agrega: "Bárbara tuvo varios hijos de distintos padres y ha llevado una vida más bien entregada al libre goce sexual. Con todo, estas circunstancias no implican que deban desconocerse las relaciones sexuales estables habidas por una época determinada con Rafael Alfonso Goyeneche y que llevan a una firme convicción de que fue a través de éstas que se engendró al menor Rafael Alfonso, en cuyo nombre se demanda hoy la declaración de estado".

La sola lectura de los apartes de la sentencia acusada que se dejan transcritos, pone de manifiesto la inexistencia de los errores de hecho que el censor imputa al Tribunal. Ni dejó éste de apreciar "todas las pruebas presentadas por la parte demandada", ni estimó equivocadamente "las pruebas de la parte demandada". Se limitó el fallador a afirmar que no encuentra contradictorios esos dos grupos de pruebas, y no hay en ello contraevidencia alguna, pues unos testigos aseveran la existencia de determinados hechos, mientras los otros no la niegan, sino que se limitan a afirmar que tales hechos no les constan.

2. En cuanto a la circunstancia de que, durante el tiempo en que se presume que tuvo lugar la concepción de Rafael Alfonso Orjuela, su madre tuviera relaciones sexuales con otros hombres, no hay prueba alguna en el expediente. La referencia que a tales relaciones hace uno de los testigos, no indica la época en que tuvieron lugar.

3. Finalmente, los dos cargos que se estudian pecan además de un mismo defecto de técnica, bastante por sí solo para que la Corte tenga que rechazarlos: no expresar ninguno de ellos el concepto por el cual fueron infringidas las disposiciones sustanciales que cita el recurrente. Debió éste expresar si la violación por la vía indirecta consistió en aplicación indebida o en falta de aplicación de tales preceptos, como se exige en el ordinal 1º del artículo 52 del Decreto Nº 528 de 1964.

Por lo expuesto, ninguno de estos cargos prospera tampoco.

IV

Resolución

En mérito de las razones anteriores, 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 materia de este recurso extraordinario.

Las costas del mismo son de cargo de la parte que lo interpuso.

Cópiese, notifíquese, publíquese, devuélvase e insértese en la Gaceta Judicial.

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

SIMULACION

La donación remuneratoria debe ser siempre expresa y constar por escrito. —. No cabe en ella simulación. — Dación en pago. — El artículo 1947 del Código Civil no es norma sustancial. — Buena o mala fe del poseedor calificado por la ley.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

(Aprobado según Acta número 64 de 6 de julio de 1971).

Se decide el recurso de casación que, tanto demandante como demandado, interpusieron contra la sentencia de 23 de octubre de 1968, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este juicio ordinario suscitado por Cecilia Peraza de Bradford contra Carlos J. Peraza.

El litigio

Ante el Juez 3º Civil del Circuito de Bogotá, Cecilia Peraza de Bardford demandó a Carlos J. Peraza para que, previos los trámites del juicio ordinario, se hicieran las siguientes declaraciones:

1ª Que es relativamente simulado el contrato que se consignó en la escritura número 2129 de 28 de mayo de 1958, otorgada ante el Notario 7º de esta ciudad, por el cual Evangelina Ballesteros de Peraza dijo transferir al demandado, a título de dación en pago, el derecho de dominio y la posesión de un solar, formado por la unión de dos lotes de terreno contiguos, con sus edificaciones, demás mejoras y anexidades, distinguido con los números 46-40 y 46-70 de la calle 13 del Distrito Especial de Bogotá y alindado como se dice en la demanda con la que se promovió este proceso.

2ª Que el verdadero acto contenido en esa escritura es una donación, la cual, por no haberse insinuado, es absolutamente nula en cuanto excede de dos mil pesos ($ 2.000).

3ª Que, como consecuencia de las dos declaraciones anteriores, se disponga que los bienes a que se refiere la escritura citada "pertenecen por su ubicación y linderos anteriores, a la sucesión de la señora Evangelina Ballesteros de Peraza".

4ª Que, en fuerza de lo anterior, el demandado Peraza restituirá a la sucesión de Evangelina Ballesteros de Peraza los bienes a que se refiere la escritura 2129 apuntada, "purificados de hipoteca y de cualquier otro gravamen real y con sus frutos naturales y civiles desde la fecha de la transferencia simulada".

5ª En subsidio de esta petición anterior, que los citados bienes transferidos al demandado "forman parte de su legítima rigorosa en la sucesión de la señora Evangelina Ballesteros de Peraza, hasta concurrencia del valor de ellos y que el exceso debe restituirlo a la sucesión, con sus frutos naturales y civiles, y libre de todo gravamen real".

6ª Que se ordena la cancelación de la matriz de la referida escritura 2129 en la Notaría de su otorgamiento y la de su inscripción en la Oficina de Registro de Bogotá.

7ª Que se condena al demandado al pago de las costas procesales.

En subsidio de las cinco primeras solicitudes, se demandaron las siguientes declaraciones:

Primera. Que Evangelina Ballesteros de Peraza sufrió lesión enorme "en el contrato de dación en pago contenido en la escritura pública 2129 de 28 de mayo de 1958 de la Notaría 7ª de Bogotá".

Segunda. Que consecuencialmente se declare rescindido ese "contrato" y se ordene al demandado Peraza restituir a la sucesión de Evangelina Ballesteros los bienes determinados en aquella escritura, "libres de gravámenes reales y con sus frutos naturales y civiles desde la fecha de la demanda".

Los hechos constitutivos de la causa petendi son, en síntesis, los siguientes:

1º Por escritura 2129 otorgada ante el Notario 7º de esta ciudad el 28 de mayo de 1958, Evangelina Ballesteros de Peraza, a título de dación en pago, transfirió al demandado Carlos J. Peraza los inmuebles que singulariza dicho instrumento.

2º Aquella falleció en esta ciudad el 1º de enero de 1959.

3º El demandado es hijo de la tradente fallecida y en tal calidad es su heredero.

4º La demandante, Cecilia Peraza de Bradford, también es hija de la causante y su heredera.

5º La escritura citada antes, recoge una donación disfrazada de dación en pago.

6º Esa liberalidad no fue insinuada judicialmente.

7º El monto de la legítima rigorosa de la demandante se menoscabó con esa donación.

8º La causa de la dádiva o regalo se hizo consistir en el "reconocimiento y pago por parte de la señora de Peraza a favor de Carlos J. Peraza, del valor de las gestiones que, desde el fallecimiento de su esposo Manuel M. Peraza, viene adelantando, así como de las que continuará adelantando como apoderado suyo y hasta su completa terminación, en los pleitos que se siguen contra el Municipio de Bogotá por indemnización de trabajos públicos en la carrera décima, y contra la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca por devolución de impuestos, y que se hallan en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en el Consejo de Estado, así como la negociación de un lote con el Municipio en parte de pago de los pleitos (si ello resulta conveniente), y por representarla legalmente como apoderado ante cualquier autoridad en atención de sus intereses".

9º Por no tener título profesional el demandado no puede ejercer representación en juicio.

10. El juicio adelantado contra el Municipio de Bogotá para obtener indemnización por trabajos públicos, lo decidió definitivamente el Consejo de Estado, con anterioridad al otorgamiento de la citada escritura que recoge la dación en pago aludida, y en dicho proceso, el demandado Peraza no actuó ni como apoderado ni como gestor.

11. La reclamación para que se devolvieran los impuestos en exceso, fue resuelta por el Consejo de Estado el 9 de septiembre de 1954, es decir, con antelación a la fecha de otorgamiento de la escritura 2129 y también a la fecha cierta del documento privado que se protocolizó con esa escritura pública; además, allí no intervino el demandado como gestor o mandatario judicial.

12. La escritura 4121 corrida ante el Notario 7º de Bogotá el 6 de septiembre de 1955 contiene el poder general conferido al demandado por Evangelina Ballesteros de Peraza.

13. Desde esa fecha hasta la muerte de la poderdante y con remuneración mensual de $ 1.000, que siempre recibió, Carlos J. Peraza actuó como mandatario general.

14. Además, en forma judicial, ésta obtuvo que los demás herederos de su madre le reconocieran la suma de $ 10.625.00 "por concepto de prestaciones sociales provenientes de los servicios que prestó como apoderado general".

15. Como consta en el acta de conciliación, el demandado recibió, por honorarios en el ejercicio del mandato general, la suma de $ 61.625.00.

16. Al momento de su enajenación, los inmuebles a que refiérese la escritura 2129 precitada, tenían valor superior al doble del que se les señaló en el instrumento de transferencia.

17. En el momento de otorgarse la escritura por medio de la cual se hizo la dación en pago, el avalúo catastral de la propiedad enajenada, era de $ 210.000.00.

Con oposición del demandado se adelantó la primera instancia, la que terminó con sentencia de 28 de abril de 1965, proferida por el Juez 3º Civil del Circuito de Bogotá, por medio de la cual se denegaron las cinco primeras peticiones principales, concernientes a la acción de simulación, y se decretó la rescisión por lesión enorme, del contrato contenido en la escritura 2129 precitada "en que se dijo enajenar por la suma de $ 70.000.00 al señor Carlos J. Peraza los dos lotes de terreno a que se refiere la petición primera principal"; consecuencialmente se dispuso que el demandado debía restituir a la sucesión de Evangelina Ballesteros de Peraza, "libres de gravámenes y con sus frutos naturales y civiles percibidos desde la fecha de la demanda", los bienes que fueron materia de la dación en pago citada. Resolvióse, además, que el demandado, si no consintiere en la rescisión, optaría por completar el justo precio dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria, con la deducción legal; y que en el evento de consentirla, "se ordena la cancelación de la escritura 2129 de 28 de mayo de 1958" y se dispone que la parte demandante devuelva al demandado "el dinero que fue precio de la dación y sus intereses legales desde el día de la demanda hasta el pago, previas las deducciones legales".

Ambas partes apelaron de esta providencia. Rituada la segunda instancia, el Tribunal superior del Distrito Judicial de Bogotá profirió el fallo de 23 de octubre de 1968, por medio del cual confirmó la sentencia apelada, con los siguientes cambios o reformas:

"Primero. Declárase que el demandado señor Carlos J. Peraza Ballesteros, de condiciones civiles conocidas de autos, tiene derecho a que se le paguen las expensas necesarias empleadas en la conservación del inmueble de que trata el presente juicio, cuyo monto se determinará conforme al procedimiento indicado en el artículo 553 del C .J.

"Segundo. El mismo procedimiento del artículo 553 del C. J. deberá seguirse para determinar el monto de los frutos naturales y civiles a cargo del demandado cuya condena se impuso en el literal b) del punto 2º de la parte resolutiva de la sentencia de primer grado, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

"Tercero. Inscríbanse la presente sentencia y la de primera instancia en el libro correspondiente de la oficina de registro de instrumentos públicos y privados de Bogotá.

"Cuarto. Las anteriores declaraciones tienen lugar en el caso de que la parte demandada consienta en la rescisión del contrato de dación en pago de que se ha hecho mérito, cuya rescisión se decretó en la sentencia de primer grado".

Contra esta providencia interpusieron el recurso de casación ambas partes.

Fundamentos de la sentencia del Tribunal

En sus consideraciones afirma el fallador que es copiosa tanto la doctrina como la jurisprudencia "acerca del fenómeno de la simulación, para fijar su naturaleza jurídica, distinguirla de la nulidad, precisar cuándo la simulación es absoluta y cuándo relativa, cómo se demuestra según la posición de cada interesado en su declaratoria judicial, esto es, si se trata de la parte misma interviniente en el respectivo acto, de terceros, de los herederos de una parte o de su

cónyuge, y determinar los correspondientes efectos o alcance". Que como todos esos aspectos "son suficientemente conocidos", el estudio se concretará a "clarificar si es viable o no un pronunciamiento de simulación del acto jurídico impugnado", contenido en la escritura número 2129 de 28 de mayo de 1958, que recoge la transferencia que, a título de dación en pago, le hizo Evangelina Ballesteros de Peraza a su hijo Carlos J. Peraza Ballesteros del inmueble allí singularizado.

Expresa luego el sentenciador que está probado que la enajenante era la madre legítima del adquirente demandado; que el valor de las gestiones que éste hizo en favor de aquella se fijó en $ 70.000 y el inmueble que se dio en pago valía $ 210.000; que el demandado era apoderado general de su madre y "recibió el monto de su remuneración mensual y prestaciones sociales cuando terminó en sus funciones"; que aunque de lo anterior resultan varios indicios de simulación, el estudio de todo el material probatorio "no conduce a conclusión indubitable de que en verdad con la dación en pago... haya querido ocultarse o disimularse acto de donación, el propósito de la señora Ballesteros de Peraza de transmitir gratuitamente a su descendiente el bien raíz de que trata el memorado instrumento, total o parcialmente"; que como con la escritura de dación en pago se protocolizó un documento privado de 1º de septiembre de 1955 que recoge la promesa que la señora Ballesteros hizo a su hijo de transferirle el dominio del bien litigado, resulta que, desde antes de efectuarse la dación en pago, era ya conocida la causa de la tradición del bien raíz; que, "en otras palabras, la determinación del móvil de la respectiva tradición resulta establecido desde antes "del otorgamiento de la escritura pública que contiene la dación en pago, que las gestiones que el demandado se obligó a ejecutar a nombre de su madre, fueron cumplidas, "como lo revelan las copias traídas a los autos, y entonces faltaría una base de desconocimiento de la referida causa que no puede negarse por la ocurrencia de que el demandado no tenga la calidad de abogado, como que a éste recurrió aquel, y tampoco porque una escritura en favor del municipio de Bogotá la haya otorgado la señora causante, lo que no descarta las gestiones que se retribuyeron mediante la dación en pago"; que el hecho de que el demandado haya recibido pago separado por sueldo mensual y prestaciones como apoderado de su madre, no desnaturaliza la dación en pago atacada, "por cuanto que aquello se refirió al desempeño común de gestiones en beneficio de los intereses de la señora Ballesteros de Peraza, pero no a las especiales o particulares que señalaron las partes al contratar, que comprendieron de manera singular o separada, las que de suyo muestran especialidad de objeto y modalidades de específica trascendencia, aun desde el aspecto económico, las que no desaparecen tampoco por la circunstancia de que otra persona haya desempeñado funciones de contador de la causante y en veces haya recibido valores de arrendamiento de inmuebles suyos". Que de todo lo anterior se concluye que "no se dispone en el expediente de una base sólida e indubitable para considerar que adolezca de simulación el acto impugnado".

Entra luego el Tribunal a estudiar la acción subsidiaria de lesión enorme. Encuentra que la ley la establece para la compraventa en los artículos 1945 y ss. del C. Civil, pero que también es procedente en la dación en pago pues con ella se busca "un relativo equilibrio contractual y no propiciar estabilidad de actos jurídicos en los cuales una parte hubiera contratado forzada por situación de precariedad o con desconocimiento siquiera aproximado de la significación económica de determinado bien". Concluye que aunque no existe norma expresa de que sea rescindible por lesión la dación en pago de inmuebles, sí opera ella "precisamente por cuanto que el monto del crédito que se quiere solucionar representa un precio o valor cierto a cambio del cual se hace la transmisión de un bien raíz"; que "iguales razones a las que fundamentan la acción rescisoria en la compraventa, son de operancia cuando se trata de la dación en pago de un in-

mueble". Agrega el Tribunal que para la prosperidad de esta acción rescisoria es necesario acreditar que el vendedor (o el permutante o quien dio en pago un inmueble), recibió menos de la mitad del justo precio del inmueble suyo, en armonía con los principios generales (artículos 1757 y ss. del C. C. y 593 y ss. del C. J.)", lo cual se comprobó en el caso sub-lite, pues con prueba pericial se demostró que el valor comercial del inmueble litigado era de $ 325.390.20, y que, por ende, "la señora Ballesteros de Peraza —hoy la sucesión suya— sí sufrió lesión enorme en la enajenación de que da cuenta la escritura pública número 2129 de 28 de mayo de 1958 de la Notaría 7ª de Bogotá".

A continuación el Tribunal estudia las prestaciones mutuas. Afirma después que el efecto jurídico de la rescisión de un contrato de compraventa o de dación en pago "en caso de no consentir el comprador en ella, radica en que el pacto cesa para lo futuro y a la vez se extingue retroactivamente; significa esto que la decisión judicial que decreta la rescisión tiene virtualidad de poner las cosas en el estado en que se hallarían las partes si el convenio no se hubiere realizado, restituyéndose mutuamente lo que haya recibido bajo la condición resolutoria o en vía de perfeccionar el correspondiente contrato". Por lo cual el demandado deberá restituir no solo el inmueble sino los frutos naturales y civiles producidos desde la fecha de entrega, y no solo los percibidos, sino los que la parte actora hubiera podido percibir con mediana inteligencia y cuidado de haberlo tenido en su poder, según lo dispone el artículo 964 del C. C." Que de conformidad con el numeral 3º del artículo 1932 del mismo Código, aplicable por analogía a este caso, al demandado, tenido como poseedor de mala fe, debe reconocérsele el derecho que, para los poseedores de esa clase vencidos en juicio, consagra el artículo 965 ibídem, esto es, "el abono de las expensas necesarias empleadas en la conservación de la cosa objeto de restitución"; que como el artículo 1932 citado "tiende a establecer regla de equidad o proporción..., en la presente decisión se debe tener en cuenta que la restitución de frutos a cargo del demandado cabe decretarla en la proporción que corresponde a la parte del precio dejada de pagar como adquirente del inmueble"; que él, a su vez, "tiene derecho a que se le restituya lo que hubiere pagado, junto con los intereses legales correspondientes desde la fecha de tal pago hasta su total restitución; y, además, al mismo debe reconocérsele el derecho consagrado en el artículo 965 del C. C., esto es que se le abonen las expensas necesarias invertidas en la conservación del inmueble objeto de la litis", todo lo cual será regulado por la vía del artículo 553 del C. J. "ya que no se dispone en los autos de suficientes elementos de convicción para fijar de modo preciso tales cuestiones".

El recurso de casación

Fue interpuesto por ambas partes, las que presentaron las demandas correspondientes que la Corte entra a estudiar separadamente.

Ataque de la demandante

La demanda de casación de ésta contiene dos cargos dentro de la órbita de la causal primera.

Primer cargo

En él acúsase la sentencia "por violación directa de los artículos 1491 y 1493 del Código Civil; por errónea interpretación del artículo 1524 ibídem y de los principios generales de derecho contenidos en la doctrina y jurisprudencia en materia de simulación, con falta de aplicación del artículo 8º de la Ley 153 de 1887 y con quebranto, de igual modo y final, de los artículos 1741, 1847 y 1458 del Código Civil y 2º de la Ley 50 de 1936".

I. En desarrollo del cargo dice el censor que la súplica de simulación tuvo como base que madre e hijo no celebraron una dación en pago, sino una donación, lo cual se deduce de lo siguiente. a) Que la enajenante era la madre legítima del adquirente; b) Que entre éste y aquella existió gran intimidad; que este hijo era el predilecto de la madre, quien le confió la administración de sus bienes, lo designó su apoderado general, le dio el manejo de su cuenta corriente y lo nom-

bró su albacea con tenencia de bienes; c) Que las supuestas gestiones remuneradas eran propias del desempeño de un apoderado general y habían sido concluídas cuando el demandado intervino para su liquidación; d) Que el valor de esas gestiones fue pagado periódicamente, "de suerte que la dación, caso de haber existido, constituyó un sobreprecio o retribución adicional"; e) Que éste fue tasado por las partes en la suma de $ 70.000 que fue el precio que se le fijó al inmueble litigado en la dación en pago, lo que contrasta con el valor catastral del mismo en esa fecha que era de $ 210.000 y con el que le fijaron los peritos dentro del juicio que fue de $ 325.390.20.

Precisa el recurrente que "dicha súplica es de simulación relativa, pues se trata de una donación encubierta bajo el ropaje de dación en pago". Que el Tribunal no vio que nuestro Código contempla varias clases de donación entre las que se cuenta la donación remuneratoria, la cual en cuanto exceda del valor de los servicios prestados debe insinuarse, como lo preceptúa el artículo 1491 del C. Civil; que, en este evento, es necesario distinguir entre lo que constituye "la retribución, que se justificará compensatoriamente y se regulará por las normas de los contratos onerosos y bilaterales, de la atribución patrimonial gratuita, sometida a las normas sobre donación".

Que el Tribunal afirmó que no existió simulación o al menos que no está plenamente probada, "porque mediaron servicios del adquirente en favor de la enajenante, indicados en la escritura y en un documento privado que la antecedió, factores estos que acreditan, según él, el móvil de la enajenación tal como se manifestó en la escritura, no desvirtuados en el proceso y que resulta incompatible con la idea de donación". Concluye, entonces, el censor que "es aquí donde reside el yerro fundamental e inicial de la sentencia, consistente en ignorar que puede haber una donación remuneratoria", por lo cual se violó directamente el artículo 1491 por "el olvido de que existen donaciones remuneratorias y del artículo 1493 ibídem, al ignorar que las donaciones remuneratorias deben ser insinuadas en lo que exceda de la contraprestación o valor de los servicios remunerados y que en tal excedente están sometidas a las reglas del Título 13 del Libro 3º del Código Civil".

II. Arguye el recurrente que "delante de una afirmación de simulación por donación encubierta bajo el nombre y la apariencia de dación en pago, el deber del sentenciador era averiguar si había o no una donación, fuese total o parcial, fuese simple o remuneratoria, y no limitarse a decir que por cuanto hubo servicios y pago de ellos, no pudo haber donación o que por cuanto no se probó la ausencia de servicios retribuíbles o que éstos no se hubieran pagado o remunerado con la dación, no puede declararse la existencia de donación y, por ende, de la simulación y nulidad de aquella en todo lo que excede de dos mil pesos, por encima de lo puramente retributivo que encerrara". Que aunque la liberalidad pueda ser causa suficiente de las obligaciones, "no significa que siempre lo sea", porque "si en la donación declarada o confesada por las partes, cuando es remuneratoria, debe distinguirse entre su sector oneroso y su sector de beneficencia, con mayor razón en una dación en pago de servicios personales acusada por simulación, por cuanto allí hubo un regalo, ánimo de beneficencia, debe indagarse si todo fue pago, o si no hubo tal pago porque no había obligación qué cancelar, o si hubo en parte pago y en parte exceso, solamente explicable por la liberalidad o espíritu de beneficencia, cuyo hallazgo significaría la presencia de una simulación y, por consiguiente, la necesidad de declararla, con su consecuencia, tal como se pidió en la demanda".

Que de todo lo anterior se desprende que el Tribunal violó, por interpretación errónea, el artículo 1524 del C. Civil, "al creer que el móvil de la dación en pago no puede y debe ser descompuesto", ya que pueden coexistir dación en pago y donación" y creer en cambio, que la causa es solo la que las partes declaran y que al impugnante le es necesario su desconocimiento pleno. En otras palabras, el yerro de la sentencia consistió, por este aspecto, en exigir para la prosperidad de la simulación, la prueba de la ausen-

cia de toda posibilidad y efectividad de cualquier remuneración, dentro de una concepción muy estrecha de lo que es causa y de las variedades y matices diferentes que puede asumir dentro de los contratos, según los designios de las partes... En fin, el quebranto de la norma sustancial consistió en creer que la causa es una sola, única, indivisible, aquella que las partes declaran o que corresponde a la naturaleza del acto que han dicho celebrar, siendo así que en derecho y en la práctica, dentro de un mismo contrato y bajo un mismo nombre, pueden darse combinaciones de contratos y, más todavía, combinaciones de causas, especialmente en lo que se refiere a la combinación de causa onerosa y causa gratuita".

III. Que el Tribunal al dar a entender que un contrato de dación en pago impugnado por ser donación, solo puede ser "oneroso o gratuito, o dación en pago o donación", desconoció que una dación en pago puede ser parcialmente tal y parcialmente donación y, por lo tanto, puede encerrar una simulación a la vez relativa y parcial. El Tribunal ignora, pues, que la simulación puede tener multitud de grados y referirse a multitud de aspectos del contrato, por lo cual "incurrió en errónea interpretación de los principios que informan la figura de la simulación", con lo que infringió el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, que no fue aplicado al caso.

La Corte considera

I. Obsérvase, en primer lugar, que el sentenciador, después de analizar todo el haz probatorio, encontró "varios indicios de simulación", mas desprovistos, individual o conjuntamente considerados, de virtud plena para demostrarla, en razón de que "no conducen a conclusión indubitable de que en verdad con la dación en pago... haya querido ocultarse o disimularse acto de donación, el propósito de la señora Ballesteros de Peraza de transmitir gratuitamente a su descendiente el bien raíz de que trata el memorado instrumento, total o parcialmente..."

Estas conclusiones que dedujo el Tribunal del examen del material probatorio, llegan a la Corte amparadas bajo presunción de acierto, y solo pueden ser modificadas en casación a través de la demostración plena de que el Tribunal hubiera incurrido en error trascendente, ya de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos, ya de derecho.

Más como el censor denuncia infracción de la ley sustancial por la vía directa, vale decir, quebranto que no proviene de la comisión de yerros de facto o de jure, síguese que él está conforme con la apreciación que de las pruebas hizo el sentenciador de segunda instancia y con las conclusiones derivadas de su examen.

Tomando, entonces, como punto de partida la conclusión del Tribunal de que "no se dispone en el expediente de una base sólida e indubitable para considerar que adolezca de simulación el acto" impugnado, síguese inexorablemente que, en casación, no puede alcanzarse la variación de ese criterio denunciado exclusivamente, como lo hace la censura, quebranto de normas sustanciales, si al mismo tiempo no se demuestra que ese quebrantamiento proviene de la comisión de yerros del Tribunal en la apreciación probatoria. Si, como sucede en el cargo que se estudia, el censor se limita a denunciar infracciones de ley sustancial por la vía directa, la Corte está en el imperioso deber de respetar los juicios del Tribunal no solo respecto a la existencia objetiva de las pruebas, sino al valor persuasivo de las mismas.

II. Es cierto que hay varias especies de donación entre vivos, mas lo es también que el Tribunal no ha sostenido lo contrario; la circunstancia de que él no se hubiera referido expresamente a las donaciones remuneratorias, no puede interpretarse como que desconozca o niegue su existencia en nuestro derecho. Tampoco ha rechazado el sentenciador la tesis de que un acto de donación entre vivos, al mismo tiempo pueda tener causa gratuita en parte y en parte onerosa, como sucede en la donación remuneratoria cuyo objeto tenga valor superior a los servicios que con ella se remuneran; lo

que ha manifestado el fallador es cosa distinta; que no existiendo prueba de que el acto acusado sea simulado, debe respetarse la calificación expresa de dación en pago que le dieron las partes, que surge también de los mismos términos en que está redactada la escritura que la contiene.

De otro lado, en la hipótesis de que el Tribunal halle que una datio in solutum u otro acto o contrato, cualquiera que sea, oculta una donación entre vivos, no podría, en ningún caso, calificar como remuneratoria la liberalidad encubierta, pues las liberalidades de esa especie nunca pueden presentarse en forma tácita; siempre tienen que ser expresas por mandato manifiesto de la ley, so pena de considerarse gratuitas.

En efecto, el artículo 1490 del C. Civil dispone. "Se entenderán por donaciones remuneratorias las que expresamente se hicieren en remuneración de servicios específicos, siempre que éstos sean de los que suelen pagarse.

Si no constare por escritura privada o pública, según los casos, que la donación ha sido remuneratoria, o si en la escritura no se especificaren los servicios, la donación se entenderá gratuita".

Fluye, entonces, nítidamente de lo anterior, que no habiéndose consignado expresamente en la escritura atacada que el acto que contiene fuera donación remuneratoria para recompensar servicios específicos no cobrados por quien los prestó, el Tribunal, de ninguna manera habría podido calificar como donación remuneratoria la dación en pago apuntada.

El solo hecho de que en la escritura no se hubiese indicado en forma clara que se trataba de una donación remuneratoria, impedía al Tribunal calificarla como tal.

III. Distínguese las remuneratorias, de otras donaciones, en que siempre deben consignarse por escrito, por lo cual todas son solemnes; en que nunca pueden ser tácitas, pues en el documento que las contenga debe hacerse constar expresamente que la donación es remuneratoria y especificarse los servicios que con ella se remuneran; en que solo son rescindibles y revocables en la parte que exceden al valor de los servicios específicos, y en que, en cuanto equivalgan al valor de los servicios remunerados no requieren insinuación, la cual solo se exige en la parte en que el monto de la donación exceda a este valor.

De todo lo expuesto se concluye que nunca podrá existir simulación de donación remuneratoria, pues exigiendo la ley que ésta siempre debe ser expresa e imperando que cuando no se hace constar su calidad de tal, se presume gratuita, síguese que la donación remuneratoria nunca puede estar escondida bajo el ropaje de otro acto jurídico.

Por lo expuesto, el ataque no prospera.

Segundo cargo

Dentro del marco de la causal primera denúnciase violación indirecta, por "falta de aplicación, de los principios generales sobre la simulación acogidos por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, falta consecuencial de aplicación de los artículos 1741, 1746 y 1458 del C. C., resultante de desconocimiento de varias pruebas contentivas de indicios necesarios o decisivos de la simulación, y de correlación lógica entre éstos y los demás mencionados en la sentencia, para así llegar a la más completa contraevidencia", todo lo cual a consecuencia "de errores flagrantes de hecho".

En desarrollo del cargo, la censura afirma que el Tribunal no tuvo en cuenta: 1º Que el Dr. Julio C. Rey Rojas, apoderado inicial del padre del demandado, después de su viuda y de sus herederos, "fue retribuído por unos y otros por su intervención judicial para obtener la devolución de $ 11.598.70 en dinero, y $ 1.718.62 en bonos del Instituto de Crédito Territorial", según sentencias del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y del Consejo de Estado, de 25 y 9 de septiembre de 1953 y de 1954, respectivamente. "Error de hecho consistente en no tener en cuenta la declaración de aquel profesional (cuaderno 3º, folio 18) y la copia de las

providencias dichas (cuaderno 2º, folio 15 y ss.), y no haber reparado en las fechas de los varios acontecimientos". 2º Que cuando Carlos José Peraza empezó a actuar, de los tres asuntos en que dijo haber intervenido, solo estaba pendiente de decisión uno, con lo cual se desconocieron "la declaración del abogado Rey Rojas, las copias de las providencias del Tribunal Administrativo y del Consejo de Estado, ya citadas, el ejemplar de Anales del Consejo Administrativo (C. 3º, folio 1º) que en su página 83 menciona como fecha del fallo del Consejo de Estado el 20 de junio de 1961 y la escritura 7345 del 13 de diciembre de 1957, Notaría Cuarta (cuaderno 3º, folio 32), cuando cita la fecha del fallo de la Corte". 3º Que no tuvo en cuenta el estado de los litigios para cuando entró a actuar el apoderado general, ni el hecho de que al frente de ellos existía abogado remunerado que continuó interviniendo hasta el final, ni la carencia de título profesional en el apoderado general, pues "ni el propio valor de los intereses y la calidad de las gestiones explica un honorario a favor de él en cuantía de $ 70.000, agregado al de administrador general y ordinario que fue de $ 60.000"... Que por las gestiones a que se refiere la escritura de mandato "recibía remuneración mensual, fuera de los gastos de la oficina y de la remuneración de los empleados encargados de caja y contabilidad", como resulta de la confesión del propio demandado en posiciones y de las declaraciones de Florentino Suárez y Manuel Muñoz (C.2..., folio 33). 4º Que "tampoco tuvo en cuenta, para los efectos de la simulación, que el inmueble que se dijo enajenar por $ 70.000, valor de supuestos servicios del adquirente, pendientes de pago o de pago anticipado, valía realmente para entonces, la cantidad de $ 325.000, más de cuatro veces el precio de la afirmada operación onerosa, con olvido del avalúo pericial rendido en el juicio".

Expresa luego el censor que, en estos cuatro casos "al no tenerse presentes las pruebas citadas", se cometió error evidente de hecho, pues "encarnan cada cual un indicio de la simulación".

Luego afirma que el mismo error se produjo "al analizar el resto de factores (parentesco, remuneración periódica, calidad personal no profesional del apoderado y valor catastral del fundo y los contrarios, gestiones especiales y documento antecedente), porque su interpretación repugna a la evidencia", ya que el sentenciador no procedió a "evaluar las presunciones de hombre en sí y cada cual en función de las demás y relacionadas todas con la materia del litigio y a extraer de ellas las conclusiones que la misma lógica y el derecho le impongan, sin que pueda bastarse, como aquí aconteció, con la aseveración de que si convence o no convence, no solo apriorísticamente, sino lo que es peor, en forma arbitraria".

Para terminar dice el censor que la prueva de indicios lleva a concluír que no existió dación en pago, sino acto de liberalidad, pues la madre dijo remunerar al hijo por gestiones que ya había adelantado un profesional del derecho al que se remuneró por el mismo concepto; que el error de hecho se cometió por el Tribunal "al ignorar unos indicios y al no captar la conclusión que éstos y los demás imponía, para llegar a la contraevidencia. Y por último, al dejar de aplicar las normas sobre simulación, nulidad absoluta por falta de forma y restitución consiguiente a la nulidad".

La Corte considera

Aparece del primer párrafo de la sentencia, antes transcrito, que el Tribunal no omitió considerar la presencia objetiva de todos los documentos aportados al proceso, pues hizo como él mismo lo dice "el análisis detenido de las diversas piezas que forman el expediente". De lo cual infiérese claramente que si no consideró como indicios ciertas inferencias que pudieran deducirse de los medios probatorios que indica la censura, es porque no los encontró con fuerza suficiente, dentro de la discreta autonomía de que al efecto goza, para darles la calidad de pruebas indiciarias.

Como lo ha expresado la Corte: "los Tribunales son soberanos en esto de apreciar la prueba de indicios, suponiendo que tuvie-

ran este carácter los hechos a que se refiere el recurrente, lo cual obra en el ánimo según el criterio de cada uno, y su aplicación implica necesariamente un acto inseparable de la conciencia individual del juez; y porque no pudiendo la Corte de Casación cambiar la estimación de la prueba hecha por la Sala en tratándose de error de hecho, sino cuando éste aparece de un modo evidente, arbitrario sería que aquella, sustituyendo su propio criterio al de la Sala y hallando diferencia de apreciación, decídese solo por eso que el Tribunal incurrió en error evidente. Trataríase en tal caso de una simple diversidad de criterio al estimar el valor de una prueba, y en ello, como es perfectamente obvio, podría caber error, si se quiere, pero no en los términos que la ley de casación exige para que en razón de él se pueda infirmar una sentencia. De otro modo la Corte se convertiría, lisa y llanamente, en Tribunal de Instancia". (G. J., T. 18, Nos., 886 y 837, años 1907 y 1910, Pág. 168).

En otra ocasión dijo:

" 'Por regla general, dice el artículo 665 del C. J., los indicios no necesarios forman plena prueba cuando son en número plural, graves, precisos y conexos entre sí, de modo que concurren todos a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido. La apreciación de estas cualidades de gravedad, precisión y conexión las confía la ley al juez de la causa, quien se mueve a darles el valor de prueba legal cuando primeramente tales indicios han producido en su ánimo un valor más moral que jurídico, de manera que su juicio ponderativo es intocable en casación... **La declaración sobre su ningún valor inicial está, pues, implícita al no haberlas considerado como base de lo que juzgó** (se subraya), y al no haberlas destacado al igual de otras a las que sí dio conducencia y algún valor de prueba'...

" 'El juez es soberano en el justiprecio de la fuerza de convicción que corresponde a los indicios porque la ley ha dejado a su juicio calificar su carácter de gravedad y precisión según las relaciones y conexiones entre los hechos que los constituyen y los que se trata de averiguar. A la inferencia lógica deducida judicialmente de un hecho, al cálculo de probabilidad que funda en él, no se puede oponer en ataque de pruebas, otra inferencia distinta, otra interpretación del hecho. Los cargos contra la prueba indiciaria son conducentes y eficaces solamente si se enderezan contra la existencia misma del hecho en que se genera el indicio, o su descalificación, por ejemplo por falta de conexión lógica con el hecho que se trata de demostrar'...

"No sería razón suficiente para infirmar la sentencia la de que el fallador no hubiera visto hechos y pruebas que el recurso indica, si como sucede en el caso de autos, los analizados por el Tribunal se sustraen a la jerarquía de la casación y, si la declaración de no existir prueba alguna que demuestre la simulación no afirma la inexistencia de indicios que la patenticen. Esto en el supuesto del silencio a que se refiere la censura". (G. J., T. CVIII, Pág. 190 ss.).

Por todo lo anterior es menester concluir con las mismas palabras de esta corporación al decidir caso semejante: "si el reconocer o no a un hecho acreditado en el proceso el valor de indicio, es función que se refugia en la autonomía del juzgador de instancia; si el proceso mental que mueve al sentenciador a darle a un hecho el valor de indicio obedece a un juicio ponderativo inseparable de su discrecionalidad, intocable en casación; si el no haber estimado el juzgador con fuerza de indicios las pruebas que señala el recurrente, lleva implícita la declaración sobre su ningún valor indiciario; y si la censura se funda precisamente en no haber visto el sentenciador la prueba indiciaria que resulta del conjunto de los hechos indicadores, no hay duda, según lo expuesto, de que el Tribunal no incurrió en error de hecho por no haberle dado al conjunto de prueba que se señala el valor de indicios, por lo cual, el cargo no prospera". (Sentencia aún no publicada, de febrero dos (2) de 1971, proferida en juicio ordinario de Moisés Sabogal Novoa contra el Banco de Bogotá).

El ataque, por tanto, no prospera.

Cargos presentados por el demandado

Cuatro formula éste contra la sentencia del Tribunal, todos dentro del marco de la causal primera de casación.

Cargo primero

El recurrente dice formularlo dentro de la causal primera del artículo 520 del C. Judicial, y lo concreta así: "acuso la sentencia recurrida por violación directa de los artículos 1946, 1947 y 1948 del C. Civil que regulan la acción rescisoria por lesión en los contratos de compraventa; y 1864 del mismo, a causa de la aplicación indebida al caso del pleito, de estas disposiciones".

Expresa la censura que como la dación no es un contrato aunque está precedida de éste, sino un "acto por el cual se enajena una cosa para solucionar una deuda", está constituída por "la tradición del bien con que se paga". Que ella no equivale a un contrato, pues "tiene como causa el contrato de donde dimana la obligación que se pretende cancelar", por todo lo cual no admite la acción de rescisión por lesión enorme propia del contrato de compraventa, sanción que por su naturaleza es de estricta interpretación y que, de consiguiente, no puede ser aplicada por analogía. Que la señora Peraza no hizo más que "darle cumplimiento a la promesa de dación de ese inmueble celebrada años antes en pago de la suma de $ 70.000, valor de los servicios que la dadora se había comprometido a pagar con el inmueble, "y que con la dación no hizo pago del precio de una compraventa.

Remata el censor arguyendo que "en la enajenación materia de este juicio no hubo precio. El fenómeno fue el de extinción de un crédito con el traspaso de un inmueble. Luego a esa figura jurídica mal se le pueden aplicar preceptos relativos a la compraventa".

La Corte considera

1. El artículo 520 del C. J. que la censura cita como soporte de la causal primera de casación, fue sustituído íntegramente por el artículo 52 del Decreto 528 de 1954, disposición que redujo a cuatro las casuales de casación, por lo cual debe entenderse que la demanda se funda en esta última disposición, vigente cuando se presentó el libelo acusatorio.

2. Es secular la disputa sobre la naturaleza de la dación en pago. Desde la época de los romanos ya se discutía si puede asimilarse el contrato de compraventa, y algunos sostuvieron que sí, mas solo en el evento en que la dación tuviera por objeto una cosa por una obligación pecuniaria (rem pro pecunia), pues encontraban que, entonces, "dare in solutum est quasi vendere".

Otros propugnan la tesis de que la naturaleza jurídica propia de la dación es la de un modo de pago, y un tercer grupo defiende la de que en el fondo es una clase de novación.

3. La datio in solutum no está reglamentada en nuestro Código Civil, tal vez porque, como lo ha dicho Claro Solar, "no ha sido estimada digna de consideración por los legisladores como para darle cabida en los Códigos". La acepta y reconoce, empero, pues en el artículo 2407 dispone: si el acreedor acepta voluntariamente del deudor principal, en descargo de la deuda, un objeto distinto del que éste deudor estaba obligado a darle en pago, queda irrevocablemente extinguida la fianza, aunque después sobrevenga evicción del objeto.

4. La doctrina jurisprudencial de la Corte, hasta la sentencia de 31 de mayo de 1961 (G. J., XCV, 926), vaciló en la fijación de la naturaleza jurídica de la dación en pago, pues en ocasiones afirmó que existía similitud completa entre ésta y la compraventa; en otras, que era un modo de extinguir las obligaciones, idéntico al pago, y, en otras, que implicaba una verdadera novación. Mas a partir del fallo citado, en el que se dieron las razones de porqué la datio no es una novación o una forma de pago con rasgos propios, la Corte ha sostenido, como ya lo había insinuado desde 1909, que a la dación en pago por la clara analogía que entre ella y el contrato de compraventa exista, le deben ser aplicadas las normas de éste.

"La analogía entre la dación en pago de una cosa por un crédito de dinero, y la venta —reza aquella sentencia— es generalmente reconocida, sin exceptuar a quienes se pronuncian por la tesis del pago o de la novación. Se habla de analogía, no de identidad. Si se tratara de identidad el problema no existiría, y no hay jurisprudencia ni doctrina que la sostenga. Debe tomarse en este sentido la expresión de "similitud perfecta" que emplea la citada casación de esta Corte, de 16 de septiembre de 1909, y la de que si la dación se hace por un crédito en dinero, "tal acto constituye una venta", de que se vale la sentencia de 24 de mayo de 1926, también mencionada anteriormente.

"La ley civil no ha definido la naturaleza de la dación en pago; tampoco ha regulado expresamente todos sus efectos; es decir, no hay ley exactamente aplicable al caso aquí controvertido, en el cual se discute sobre el alcance jurídico de la dación en pago, y en concreto si en ella funciona la acción de la lesión enorme.

"Mas, dado el paralelismo existente entre los elementos esenciales de la compraventa y los que se destacan en la dación en pago de una cosa mueble o inmueble por un crédito de dinero, y el carácter conmutativo de ambas operaciones, la Corte, sin desconocer a las demás tesis expuestas el mérito de sus fundamentos, y siguiendo la enseñanza de algunos de sus fallos, reconoce que hay una clara analogía entre las expresadas convenciones y que son aplicables, por tanto, las normas que rigen la venta y sus efectos, a la dación de cosas en pago de obligaciones de aquella especie.

"La Corte se apoya para ello en la disposición del artículo 8º de la Ley 153 de 1887, que así provee a la función de la doctrina como fuente de Derecho Positivo, encargada de actualizar la ley y renovar la jurisprudencia.

"Consecuencialmente, el fenómeno de la dación en pago no puede sustraerse al estatuto de la lesión enorme de la venta. Ha sido llamada la dación en pago "convenio oneroso de enajenación", y algunas decisiones de esta Corte destacan la equivalencia que debe existir entre el crédito debido y la cosa que se entrega, de manera que cuando al carácter oneroso se agrega la virtud de la equivalencia, se produce el rasgo conmutativo sustancial de la dación en pago, o sea, el equilibrio económico de las prestaciones, el cual se manifiesta y sanciona, en un primer plano, en el contrato de compraventa, por medio de la acción de lesión enorme, en materia de inmuebles, y, después de las demás figuras jurídicas en que está consagrada, signo en todas ellas del afán de la ley en asegurar ese equilibrio sin menoscabo de una mesurada libertad contractual. Así, en la partición (1405), el mutuo remunerado (2231) y la anticresis (2456). El artículo 1601 tras una norma reguladora de la pena convenida por las partes, en las condiciones allí prescritas, y aun deja a la prudencia del juez la facultad de moderarla en determinados casos, con mira al mismo propósito. Y la jurisprudencia de la Corte ha aplicado las reglas sobre la lesión enorme, el contrato de permuta, como puede verse en las casaciones de 14 de marzo de 1958 (LXXXVII, 2194, 445 y 28 de enero de 1959 - XC, 2207 a 2209, 8).

"Estos ordenamientos tienden a lograr en los actos jurídicos el imperio de una justa simetría entre las prestaciones que de ellos se originan a cargo de los contratantes, dada la supradicha calidad de ser conmutativos, y con un mayor acento sin duda en el contrato de venta".

5. Síguese de lo anterior que al hacer actuar el caso debatido los preceptos de los artículos 1946, 1947 y 1948 del C. Civil, el Tribunal no hizo una indebida aplicación de esas normas, por lo cual no las violó por ese concepto.

El ataque no prospera, entonces.

Cargo segundo

Dice el censor que "se violaron los siguientes preceptos: el artículo 1947 del C. Civil por errónea interpretación de la frase: 'el justo precio se refiere al tiempo del contrato'. Pues la fecha del contrato bien com-

prende la fecha de la promesa. Siendo esta la causa de la enajenación, y el documento que fija el precio, nada más natural que el precepto debe entenderse en cada caso, en el sentido de que el justo precio se refiere a todo el lapso de tiempo entre la fecha de la promesa y la escritura de enajenación. Por falta de aplicación también se violaron el artículo 1502 del C. Civil en relación con el 89 de la Ley 153 del 87, regulador de las promesas del contrato, ya que el objeto de la causa del contrato de que habla el artículo 1502 se contiene en la promesa; de ahí que la promesa y el acto de su cumplimiento son el todo indivisible que obliga a las partes".

Sirven de fundamento a la acusación algunos pasos tomados de la obra de Jaime Rodríguez Fonnegra: "Del contrato de compraventa y materias aledañas", donde se sostiene que la compraventa hecha en cumplimiento de antecedente promesa de celebrarla, no admite lesión enorme, y que "la compraventa que se hace para pagar no está en las condiciones del contrato cuya rescisión se permite, pues en el pago no cabe lesión alguna y menos enorme. Si acaso la habrá en el contrato u otro acto causante de la obligación que se paga; mas la promesa de contrato no es rescindible por este motivo. Otra cosa podrá decirse en el derecho francés..."

Agrega luego el recurrente que cuando la convención de enajenación fue precedida del contrato de promesa, aquella "consta de dos partes de las cuales la primera es la principal", pues en el escrito de promesa debe determinarse de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales, de tal manera que "la enajenación misma no es más que el cumplimiento de la promesa, con la cual forma un todo inseparable". Remata, entonces, así su argumentación la censura: "Por ende, si se demanda la rescisión del acto jurídico contenido en la escritura pública de enajenación, la demanda será inadmisible, por razón de que, anulada la tradición, queda subsistente el contrato de promesa con todas sus consecuencias".

Finalmente expresa que como en la demanda incoativa del juicio no se reclamó la nulidad de la promesa, "que es la verdadera causa generadora de la tradición de lo prometido", ha debido desecharse.

La Corte considera

Si es o no rescindible por lesión enorme el contrato de compraventa celebrado en cumplimiento de precedente promesa, lo ha definido ya la doctrina jurisprudencial de la Corte, como aparece entre otras, en su sentencia de 23 de julio de 1969 (G. J., CXXXI, 45, en la que expresó:

"La tesis que descarta la sanción de la lesión enorme, aun en los pocos casos en que la ley la condena, so pretexto de que el acto viciado sea consecuencia de una promesa de obligatorio cumplimiento, restringe indebidamente el menguado ámbito legal de esa institución; pugna con los dictados de la equidad y con expresos preceptos de la ley, y patrocina el fraude y la mala fe en la contratación. Exige la justicia que en todos los actos de tal promesa en muchos casos en que los interesados no pueden o no quieren perfeccionar y cumplir de inmediato el negocio que se proponen, aunque sí procuren asegurar de antemano las condiciones de éste, mediante el otorgamiento de aquella. Tal suele ocurrir con inusitada frecuencia en las transacciones sobre mercaderías por fabricar y, en general, sobre cosas futuras; en las que son necesarios para su celebración y cumplimiento el lleno de ciertas formalidades habilitantes o la cancelación de gravámenes; en las que se hacen depender de la obtención de financiaciones; en las que el aplazamiento de la tradición de la cosa vendida se usa a manera de garantía del pago de su precio, especialmente cuando se trata de conceder facilidades para dicho pago, etc.

"La aludida generalización del uso de la promesa de contratar también ha alcanzado notable auge en el ámbito de las transacciones inmobiliarias. El resurgimiento del formalismo y la institución del registropúblico, con miras a dotar a dichas transacciones de mayor seguridad y publicidad, permiten y

hasta obligan la prudencia de quienes pretenden adquirir derechos sobre inmuebles a estudiar la situación histórico-jurídica de los mismos antes de perfeccionar la negociación proyectada, lo que ha inducido a los interesados a definir las condiciones de ésta en una promesa cuyo cumplimiento se subordina a los resultados satisfactorios de ese estudio. Por otra parte, el enorme desarrollo urbanístico y la creciente parcelación de la propiedad rural también le han dado a la promesa de contratar nuevos empleos todavía más importantes que los hasta ahora apuntados. Las empresas urbanizadoras, constructoras de vivienda y parceladoras de fundos se han visto en la necesidad de fomentar su tráfico, concediéndole a su clientela plazos largos o medianos para el pago del precio de las ventas por cuotas o instalamentos sucesivos, con lo cual aquellas logran el incremento de sus operaciones y una nueva fuente de financiación en el ahorro de sus clientes, a la vez que éstos pueden hacerse anticipadamente al goce de los inmuebles que deseen adquirir y se beneficien con las ventajas que apareja el pago escalonado del precio de los mismos en un plazo más o menos largo. El proceso de esta modalidad relativamente nueva de las transacciones inmobiliarias se inicia también con la celebración de una promesa de compraventa cuyo cumplimiento se suele diferir por el tiempo necesario para que las empresas vendedoras ejecuten las obras a su cargo y entreguen los bienes prometidos, o para que los compradores cancelen la totalidad del precio o cierta parte del mismo. Puede, entonces, ocurrir que en el interregno entre la promesa y el perfeccionamiento del contrato prometido, circunstancias económicas de orden general, como las devaluaciones monetarias, y aún otras particulares como la valorización intrínseca de los inmuebles prometidos, debida al progreso de la zona de su ubicación, a las obras adelantadas por el prometiente vendedor o por las entidades públicas, etc., lleguen a variar considerablemente el valor comercial de tales bienes, hasta el punto de que la variación alcance a rebasar el límite a partir del cual el desequilibrio entre ese precio comercial y el convenido en la promesa pudiera reputarse como constitutivo de lesión enorme. Claro es que en estas hipótesis y en otras semejantes al funcionamiento mecánico de la institución, referido exclusivamente a las condiciones económicas del negocio al tiempo de su culminación, o sea con absoluta prescindencia de las que existían al planearlo y concretarlo en una promesa quizás concertada con mucha anticipación según la propugna la tesis que ahora se critica, desconoce los móviles y la real voluntad de las partes, como también desvía la institución de la lesión enorme de los fines que han determinado su establecimiento legal, convirtiéndola eventualmente en instrumento de fraude e iniquidad. Piénsese, si no, en la caótica situación social y jurídica que se presentaría al permitírsele a las ya aludidas empresas urbanizadoras, constructoras y parceladoras que se sirven del ahorro de su clientela para el fomento de su tráfico, desconocer las condiciones de las promesas que con ésta suelen celebrar precisamente con tal objetivo, so pretexto de que esas condiciones hayan variado en el transcurso de un lapso más o menos largo y aun por causas extrañas, como lo son las fluctuaciones monetarias o el desarrollo urbano o rural.

"Todas las anteriores reflexiones inducen a la Corte, según quedó anunciado, a prohijar una solución intermedia que mejor consulte la realidad social y los dictados de la justicia, solución esta que claramente surge de una interpretación científica de nuestros actuales ordenamientos legales con las siguientes determinaciones: a) La promesa de celebrar un contrato en condiciones que ya desde el otorgamiento de la misma acusen una lesión enorme, no es obligatoria, siempre y cuando que dicho contrato sea de aquellos que la ley permite rescindir por tal motivo, como la compraventa común de bienes inmuebles o la permuta de los mismos. El artículo 89 de la Ley 153 de 1887 expresamente le ofrece al prometiente que ha de resultar lesionado una excepción perentoria para enervar las acciones de su contraparte: no la de lesión enorme, porque este vicio carece de operancia legal en la promesa de contratar, en sí misma considerada, y que solo genera obligación de hacer, la de celebrar el contrato prometido; sino la excepción de nulidad de dicha promesa, fundada

en el numeral 2º del precitado artículo, o sea por referirse ésta, a su vez, a un contrato que la ley declara ineficaz.

"Lo dicho significa que la Corte tampoco comparte la opinión de quienes piensan que "los contratos ineficaces" a que se refiere aquel precepto legal sean únicamente los afectados de nulidad absoluta y no aquellos otros que solo son rescindibles por adolecer de nulidad relativa.

"El aludido precepto no autoriza tal distinción; por el contrario la condena. La fórmula de Bello y del Código Chileno expresó en general: '2º, que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces'. Innecesaria y erróneamente nuestro legislador de 1887 agregó: 'Por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 (quiso citar el 1502) del Código Civil'. Pues bien, tanto en aquella fórmula original como en esta adición quedan incluídos todos los requisitos que, conforme a los artículos 1740 y siguientes del C. Civil, de faltar el tiempo del otorgamiento del acto respectivo, aparejan la ineficacia o nulidad de éste. Así, por ejemplo, la incapacidad legal de los agentes, sea absoluta o relativa, genera dicha ineficacia. Luego, el precepto que se comenta cobija por igual, la nulidad absoluta y la relativa.

"b) Perfeccionado el acto prometido, el agente que se considere lesionado puede incoar las acciones de la ley. Entonces, de conformidad con las reglas generales pertinentes a la carga de la prueba, le corresponderá acreditar idóneamente, tanto la existencia del acto impugnado como la consumación al tiempo de la celebración del mismo de la lesión enorme sufrida. Pero el demandado no queda por ello desprovisto de defensa, sino que a su vez puede proponer a manera de excepción el hecho de que el negocio en cuestión no se realizó de manera instantánea, sino que fue el fruto de un proceso de gestación más o menos dilatado en el cual las condiciones del mismo quedaron definitivamente preestipuladas en una promesa otorgada cuando tales condiciones no estructuraban lesión en el grado sancionado por la ley. Desde luego, la prosperidad de esta excepción depende de la plena demostración de sus elementos axiológicos, a saber: la existencia de la promesa válida, otorgada por escrito como lo prescribe la ley ad-substantiam, y que las condiciones económicas pactadas en dicha promesa eran entonces equitativas o, a lo menos, que no alcanzaban a estructurar el vicio legal.

"Las preindicadas determinaciones que implica la solución intermedia adoptada por la Corte encuentran también firme apoyo en el postulado de buena fe en la ejecución de los actos jurídicos consagrado en el artículo 1603 del C. Civil, el que resultaría manifiestamente quebrantado cuando quien ha prometido la celebración de un acto en condiciones normales y justas, y, por ende, benéficas para él, pretende después prevalerse de expresiones literales empleadas por la ley como las de los artículos 1947 y 2231 para aprovecharse de modificaciones económicas que también eran normalmente previsibles dada la índole del negocio y la prospectada duración de su desarrollo".

Fluye de todo lo anterior que aunque el acto atacado se ejecutó en desarrollo de la promesa de celebrarlo que le antecedió, sí es vulnerable, demostrándose que adolece de lesión de ultra mitad.

Por lo cúal, conclúyese que el cargo no prospera.

Cargo tercero

Dice el censor que por haber incurrido el Tribunal en "manifiesto error de hecho a causa de que se basó en un dictamen pericial alejado de todas las realidades que ha debido enfocar", indirectamente violó "el artículo 1947 del C. Civil tomado con la recta interpretación que en el capítulo anterior se le fijó a la última cláusula del precepto".

Como soporte de esta acusación aduce las siguientes razones:

Que el juez y el Tribunal acogieron el dictamen de los doctores Olarte de Mier y Rincón Lara como demostrativo de la lesión enorme sufrida por la señora de Peraza al enajenar en $ 70.000 lo que valía

$ 325.390.20; que "no se tuvo en cuenta que el precio de la enajenación dado en la escritura era el que se había convenido en la promesa, cerca de tres años antes; que los peritos "limitaron sus investigaciones" a la fecha del 28 de mayo de 1958, día del otorgamiento de la escritura de traspaso con la cual se cumplió lo prometido; que no se dieron cuenta de que de 1955 a 1958 varios factores económicos hicieron oscilar el precio de la propiedad raíz como lo demuestran los distintos avalúos catastrales, pues "el globo de terreno de la calle 12", de 1953 al segundo semestre de 1955, tuvo un valor de $ 250.000, a partir del segundo semestre el avalúo bajó a $ 107.000 y durante el año de 1957 figuró con un avalúo de $ 6.000; que "en cuanto a las transacciones de finca raíz son dignas de atención algunas de las que cita el perito Sánchez": que en la escritura 5382 de 7 de octubre de 1955, "pocos meses después de suscrita la promesa de dación en pago Carlos J. Peraza y doña Evangelina de Peraza le vendieron al Distrito Especial de Bogotá una zona de terreno segregada del inmueble materia de este pleito" a $ 35.00 la vara cuadrada; que Carlos J. Peraza vendió al mismo Distrito, como consta en escritura 7346 corrida el 13 de diciembre de 1957, "cinco meses y medio antes del 28 de mayo de 1958, fecha de la escritura de dación en pago" un lote de terreno en la calle 13 a $ 6.00 la vara cuadrada.

Termina la censura expresando que ninguno de estos elementos de juicio tuvieron en cuenta los peritos Olarte y Rincón, porque se les pidió dictamen sobre el precio del inmueble a la fecha de la escritura de dación en pago. "Error fatal que desquicia el dictamen haciéndole insuficiente. Pues la investigación ha debido comprender todo el lapso corrido desde la época de la promesa de dación hasta su cumplimiento. Fue un experticio manifiestamente incompleto".

La Corte considera

La única norma que señala como transgredida la censura es el artículo 1947 del C. Civil, que reza:

"El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que pagó por ella.

"El justo precio se refiere al tiempo del contrato".

Limítase esta disposición, como aparece de su texto, a describir cuándo se parece la lesión por una o por otra parte contratante. Esa norma, en presencia de la situación fáctica que contempla, ni crea, ni declara, ni modifica, ni extingue relaciones jurídicas entre las partes, ni frente a terceros, por lo cual no es norma sustancial.

Por consiguiente, apuntando el motivo primero de casación al restablecimiento de los preceptos de esta naturaleza quebrantados por los Tribunales, síguese que si la censura, dentro del marco de la causal primera, no indica como infringida norma alguna de ese linaje, el cargo es impróspero.

Así sucede en el caso presente.

Cuarto cargo

Denúnciase infracción del "ordinal 3º del artículo 1932 del C. Civil por aplicación indebida resultante de que la disposición que ha debido aplicar era el inciso segundo del artículo 1948 citado, en relación con los artículos 964, numeral 3º, 965 y 1966 del mismo Código, que gobiernan lo relativo a los derechos del poseedor de buena fe".

Expresa el censor que el Tribunal aplicó, por analogía, lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 1932 del C. C. para la resolución del contrato de compraventa por no haberse pagado el precio, por lo cual consideró al demandado como poseedor de mala fe y, por tanto, con derecho únicamente a que se le abonen las expensas necesarias empleadas en la conservación de la cosa objeto de restitución como lo manda el artículo 965 ibídem.

"De semejante aplicación analógica infiere el Tribunal la calificación de mala fe con que debe considerarse al adquirente vencido en la acción rescisoria por lesión enorme al enajenante.

"Pero resulta que el Tribunal no vio que precisamente en el capítulo del C. Civil que reglamenta la acción rescisoria de la venta por lesión enorme, encuéntrase el artículo 1948, cuyo numeral segundo regula el caso del comprador vencido, que no deberá intereses o frutos sino desde la fecha de la demanda. Es decir que la misma ley coloca a ese comprador en el campo de la buena fe, a la luz del ordinal 3º del artículo 964 ibídem".

La Corte considera

1. La doctrina jurisprudencial ha dicho insistentemente que la calificación que haga el Tribunal sobre si una persona es poseedor de buena o mala fe, es asunto que solo puede variarse en casación si se demuestra que el fallador cometió un error evidente de hecho en esa conclusión. Pero esta doctrina no tiene la rigidez que aparentemente resulta de la forma como siempre se ha enunciado, pues admite excepciones que son precisamente los casos en que esa calificación no es el resultado de una operación dialéctica del Tribunal, sino su acatamiento de norma legal que califica previamente como poseedor de buena o mala fe a determinada persona por encontrarse dentro de la situación que la misma disposición legal contempla. Cuando el artículo 1932 del C. Civil determina que para el abono de los deterioros al vendedor, en el caso de resolución de la venta por no haberse pagado el precio, el comprador será considerado como poseedor de mala fe, a menos que pruebe haber sufrido en su fortuna, y sin culpa de su parte, menoscabos tan grandes que le hayan hecho imposible cumplir lo pactado, está haciendo una calificación que, de no ser aceptada por el fallador, determinaría su violación. De consiguiente, si el Tribunal en el ejemplo propuesto, considerara al comprador como poseedor de buena fe, contrariando lo que la misma norma estatuye, no violaría la ley de modo indirecto por la comisión de un error de hecho, sino por vía directa, por falta de aplicación de la norma que previamente ha calificado como poseedor de mala fe al comprador cuando la venta ha sido resuelta por falta de pago del precio y no demostró la causa de exculpación que la misma ley señala.

2. Ajústase, entonces, a la técnica de casación el ataque formulado en este último cargo; y es acertado, además. En efecto, expresamente dispone el artículo 1948 del C. Civil que, decretada la rescisión por lesión enorme, no se deberán intereses o frutos sino desde la fecha de la demanda, ni podrá pedirse cosa alguna en razón de las expensas que haya ocasionado el contrato.

Entonces, si para resolver una situación expresamente contemplada en el artículo 1948 citado, atinente a la rescisión por lesión enorme, el Tribunal aplicó lo dispuesto en el artículo 1932 de la misma obra que regula una situación diferente que concierne a resolución del contrato de venta por no haberse pagado precio, conclúyese certeramente que infringió por la vía directa y por aplicación indebida esta última disposición y, por falta de aplicación, la primeramente citada.

Por lo expuesto, el cargo prospera y conduce a la casación de la sentencia recurrida.

Fundamentos de la sentencia de instancia

Como fueron imprósperos los cargos que se dirigían a quebrar las conclusiones del Tribunal en cuanto negó las pretensiones principales de simulación relativa y sus consecuenciales, y en cuanto decretó la rescisión por la lesión enorme sufrida por la solvens en la dación en pago a que se refiere la escritura atacada, tales decisiones quedan en firme.

Para fundar la concerniente a prestaciones mutuas, aspecto que fue la precisa materia del cargo que prosperó, se considera:

El juez de primer grado estimó acertadamente que por ser procedente el pronunciamiento de la rescisión por lesión enorme debía darse aplicación al artículo 1948 del C.

Civil, inciso 2º, en cuanto dispone que, decretada la rescisión, "no se deberán intereses o frutos sino desde la fecha de la demanda", y que, por tanto, como se solicitó en la segunda petición subsidiaria, in-fine, del libelo introductorio de este juicio, los herederos de la solvens, deben devolver al accipiens el valor de la dación con sus intereses legales desde el día de la demanda, y éste, a su vez, debe restituir a aquellos el inmueble con sus frutos naturales, desde la misma fecha.

De consiguiente, por este aspecto, la sentencia de primer grado no ofrece ningún reparo, razón por la cual también debe ser confirmada en ese punto.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de veintitrés (23) de octubre de mil novecientos sesenta y ocho (1968), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario adelantado por Cecilia Peraza de Bradford contra Carlos J. Peraza, en cuyo lugar y actuando como juzgador de instancia, RESUELVE: Confírmase la de primer grado proferida por el Juez 3º Civil del Circuito de Bogotá, el veintiocho (28) de abril de mil novecientos sesenta y cinco (1965).

Las costas de la segunda instancia corren a cargo de los apelantes.

Condénase a la parte demandante al pago de costas en el recurso extraordinario.

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

Ernesto Cediel Angel, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Luis Acevedo Acevedo, Conjuez, *Alfonso Peláez Ocampo.*

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO

Interés para recurrir en casación. (No lo tiene quien no apeló del fallo de 1ª instancia).

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

(Magistrado Ponente: Doctor José María Esguerra Samper).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 18 de octubre de 1968, en el juicio ordinario promovido por la Sociedad "Rascovsky & Roldán Ltda.", contra Gabriel Junca Ospina.

La litis

La mencionada sociedad demandó por la vía ordinaria al ingeniero Gabriel Junca Ospina, ante el Juzgado Civil Municipal de Cali, para que se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

1º Decretar la resolución del contrato suscrito entre las partes en esa ciudad el 25 de marzo de 1966, como consecuencia de haber incumplido el demandado las obligaciones que dicho contrato le imponía;

2º Condenar al demandado Junca Ospina a restituir a la sociedad actora la cantidad de $ 40.426.47 más los intereses legales desde que empezaron a causarse hasta la fecha del pago;

3º Condenar al mismo demandado a resarcir a la sociedad demandante los perjuicios que le causó con el incumplimiento del contrato en cuestión y que estimó en la cantidad de $ 10.000.00 "o los que resulten demostrados a justa tasación de peritos dentro del plenario"; y

4º Condenar al demandado a pagar a la sociedad demandante "la suma de doscientos pesos ($ 200.00) diarios a partir del plazo señalado para la entrega de la obra y hasta la aceptación de la misma, conforme a lo estipulado en la cláusula décima tercera del contrato incumplido".

Como fundamento de sus pretensiones la parte actora adujo los hechos que a continuación se resumen:

1. Rascovsky & Roldán Ltda. y el ingeniero Gabriel Junca Ospina celebraron un contrato que hicieron constar en documento suscrito en Cali el 25 de marzo de 1966 "con el objeto de efectuar la construcción de la explanación de la banca, debidamente terminada y recibida por la interventoría de Insfopal ... trabajo correspondiente a la construcción del carreteable K. 20 al 25. F.F. C.C. del Pacífico (Empate con la carretera Buga-Madroñal-Buenaventura)".

2. Las obligaciones del ingeniero Junca Ospina consistían, en resumen, en iniciar los trabajos dentro de los ocho días siguientes a la firma del contrato; retirar del lugar de las obras los materiales que el interventor considerase inaceptables o inadecuados; desechar y efectuar de nuevo las obras que a juicio del mismo interventor no se ajustasen al plano y a las especificaciones respectivas; realizar los trabajos con las debidas precauciones para evitar accidentes; invertir los $ 20.000.00 que recibió de manos

de la sociedad, a título de anticipo, para cubrir los gastos de instalación, de acuerdo con la relación de inversiones presentada previamente; hacer relaciones de gastos con inclusión de las planillas semanales; y "entregar la explanación de la banca, debidamente terminada y recibida por la Interventoría de Insfopal, entre las abcisas K. 0. 00 al K. 6 x 300 en un plazo no mayor de cinco (5) meses calendario a partir de la firma del presente contrato".

El apoderado de la parte demandada dio respuesta al libelo manifestando que al contrario de lo que allí se afirmaba, era la sociedad actora la que había incumplido con el mencionado contrato, y en el mismo escrito propuso las siguientes excepciones: a) "carencia de acción porque quien debería demandar el incumplimiento del contrato debió (si) ser mi mandante, por falta de pago total de las obras realizadas..."; b) inepta demanda, "porque ... se ha dirigido contra el doctor Gabriel Junca Ospina, que no está obligado ni ha incumplido el contrato, toda vez que quienes no han pagado es (sic) la sociedad demandante..."; y también "por no reunir los requisitos legales de que habla el artículo 205 del Código de Procedimiento Civil, pues cita disposiciones en los fundamentos de derecho, del Código Civil, cuando debieron citar las que señala el Código del Trabajo, que es el aplicable en estos casos"; y c) "declinatoria de jurisdicción que hago consistir en que como se trata de un contrato de trabajo, es la justicia laboral a quien corresponde conocer y no a la civil ordinaria".

Aunque algunas de tales excepciones eran de previo y especial pronunciamiento, el Juzgado de primera instancia no ordenó su tramitación y se limitó a proseguir la actuación del juicio que concluyó con la sentencia del 1º de abril de 1968 en la cual, sin pronunciarse tampoco sobre los medios exceptivos que adujo el demandado, se declaró resuelto el contrato sub-judice "por incumplimiento de las obligaciones a cargo del demandado doctor Gabriel Junca Ospina" y se condenó a éste en abstracto "al pago de todos y cada uno de los perjuicios que el incumplimiento ocasionó a la sociedad Rascovsky & Roldán Ltda.".

De esta sentencia apelaron el apoderado de la parte actora y personalmente el propio demandado Junca Ospina, no obstante lo cual el juzgador le concedió el recurso a ambos.

III. La sentencia impugnada

Comienza el Tribunal por hacer un recuento de las súplicas de la demanda, de los hechos que constituyen la **causa petendi** y de la respuesta del demandado, y después de advertir que la actuación no adolece de ningún vicio que la invalide, se expresa así: "Dados los términos del fallo..., el Juzgado decretó la resolución del contrato mas respecto de la condenación relativa a la indemnización de los perjuicios sufridos por la parte actora, la condena la hizo en abstracto. Es cierto que el recurso se interpuso de parte y parte, pero solo es viable el del demandante en consideración a la condena que él pidió se haga en concreto y en los términos del libelo, siendo así que contra el **ius postulandi** consagrado en la Ley 69 de 1945, la apelación no la interpuso ni refrendó el apoderado del señor Junca Ospina sino éste, que no es abogado inscrito".

El sentenciador de segundo grado, luego de valorar las pruebas del juicio, llegó a las siguientes conclusiones: que el contrato celebrado entre los litigantes se acreditó en forma plena; que el demandado incumplió obligaciones a su cargo provenientes de tal contrato; que como consecuencia, la parte actora, sufrió perjuicios que Junca Ospina le debe indemnizar, y agrega que por no haber apelado éste válida y legalmente del fallo de primer grado, su misión está circunscrita a determinar lo referente a la condena **in generi** que hizo el Juzgado. A este respecto dice que el demandante redujo a cuatro partidas los perjuicios cuya indemnización solicita, a saber: $ 40.426.47 "con los correspondientes intereses legales causados hasta el pago efectivo de esta suma, por concepto de simple devolución"; $ 40.000.00 "o la que resulte demostrada a (sic) virtud de concepto pericial, por con-

cepto de perjuicios"; "la que se liquide a razón de doscientos pesos ($ 200.00) diarios, a partir de la fecha del vencimiento del contrato hasta la aceptación de la obra contratada en virtud de la multa por la mora; y por último, la relativa a las costas del juicio".

Analiza en seguida el dictamen que rindieron los peritos acerca de la diferencia entre los abonos recibidos por Junca Ospina por cuenta del precio contractual estipulado y lo que éste había invertido en la obra hasta el 27 de mayo de 1966, fecha en que la sociedad actora asumió directamente los trabajos; estima que la expresada diferencia vale $ 40.426.47 "suma a que asciende la cantidad de dinero que el demandado doctor Gabriel Junca Ospina debe reintegrar" y que esa "diferencia representa, evidentemente, el perjuicio principal que a juicio de la Sala y por concepto de daño emergente hubo de sufrir la sociedad actora. Tal diferencia —continúa el sentenciador— es la suma que a fuer de indemnización principal y para suplir el cumplimiento del contrato por parte del doctor Junca, hubo de desembolsar la firma demandante para, a su turno, cumplir ésta su compromiso con el Instituto Nacional de Fomento Municipal"; que "a esto hay que agregar la multa que por incumplimiento del contrato que a su turno y para el mismo objeto había celebrado con la misma sociedad, ésta como contratista, el Instituto Nacional de Fomento Municipal. Tal sanción pecuniaria, por la cantidad de $ 1.200.00, le fue impuesta a la actora según las resoluciones 729 del 30 de agosto de 1966 y 838 del 11 de octubre de 1966, del expresado Instituto"; agrega luego que no hay lugar a reconocer perjuicio alguno como "valor de las explanaciones adicionales que, en cuantía de $ 10.615.98, hubo de hacer la sociedad", porque ha debido demostrarse la necesidad de dicha obra, un convenio expreso entre las partes para realizarla, o al menos "su aceptación tácita por parte de la actora" y finalmente, porque su valor de $ 10.615.98 no era susceptible de demostrarse con prueba de testigos.

En cuanto a la sanción por mora que se impetra en la demanda, dice el sentenciador que resulta impertinente en el caso subjudice, de acuerdo con el artículo 1546 del Código Civil, porque la parte actora "para librarse de perjuicios mayores provenientes de su condición de contratista en el contrato con el Instituto Nacional de Fomento Municipal, resolvió apersonarse en los trabajos que incumplió el demandado antes que exigir de éste el debido cumplimiento". Por último, expone que en el "relativamente extenso dictamen pericial..., inmotivado en la parte que a ellos correspondía deponer, fija en la cantidad de $ 50.000.00 el valor de los perjuicios de que es garantía la póliza de seguro 2343 de la Compañía de Seguros Atlas S. A., pero en absoluto concreta, determina siquiera, cuáles son esos perjuicios, de modo que no hay por qué tomar en cuenta lo que es tan solo una afirmación". Luego de otras consideraciones de orden probatorio, el Tribunal llega a concluir que el demandado no logró probar plenamente algunos asertos que hizo en su defensa, y que "los perjuicios por indemnizar alcanzan, pues, la cantidad de cuarenta y un mil seiscientos veintiséis pesos con cuarenta y siete centavos ($ 41.626.47), que es a lo que ha de reducirse el valor de la condena".

Contra el fallo que se deja reseñado, el apoderado de la parte demandada interpuso inicialmente recurso de reposición (sic) que el Tribunal obviamente rechazó, y luego el extraordinario de casación que ahora se decide.

III. La demanda de casación

Tres cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal: el primero de ellos con base en la causal 4ª, porque considera que en este proceso se incurrió "en la nulidad que contempla el ordinal 1º del artículo 448 del Código Judicial, o sea, incompetencia de jurisdicción, que consiste en haberse tramitado el proceso por la vía ordinaria estando atribuído su conocimiento a los jueces laborales, por el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo"; y los dos restantes, dentro del ámbito de la causal primera, por supuestos quebrantos de los artículos 1546 y 1609 del Código Civil y 634, 640, 641, 660 y 674 del Código de Comercio.

IV. Cuestión previa

Para que un recurso de casación sea jurídicamente viable, vale decir, para que la Corte pueda decidirlo en el fondo, se requiere la concurrencia de los requisitos que brevemente se exponen en seguida:

1º Que se haya interpuesto oportunamente y por apoderado judicial de parte legítima (a menos que ésta tenga el derecho de postulación) contra una sentencia de segunda instancia proferida por Tribunal Superior de Distrito Judicial, en alguno de los juicios mencionados en la Ley de procedimiento;

2º Que haya sido concedido por el Tribunal o por la Corte, en su caso y declarado admisible por esta última, siendo de advertir que esa providencia no la vincula u obliga, ya que al dictar sentencia la misma Corte puede declarar que el recurso no era procedente (XC. Pág. 330; XCIII, Pág. 159; LXX, Pág. 850).

3º Que la sentencia de segundo grado sea desfavorable al recurrente, pues en caso contrario carecería de interés para interponer el recurso; y

4º Que quien interpuso el recurso, haya formulado su demanda en tiempo oportuno y sujetándola a los requisitos legales.

Como consecuencia de lo expuesto en el punto tercero, debe insistirse en que el recurrente debe tener interés jurídico en la casación de la sentencia, lo cual exige que ésta le haya sido desfavorable, y que de prosperar el recurso su situación pueda mejorar. Si para ese recurrente, la de primer grado fue también desfavorable, no obstante lo cual no la apeló o lo hizo en forma inoportuna o inválida, es claro que carece de interés para el recurso extraordinario, porque el agravio que puede haber sufrido no proviene del fallo de segunda instancia, ya que éste no podía mejorar su situación en ningún caso, habida cuenta que el de primer grado quedó ejecutoriado para él, por no haberlo apelado. "Es necesario —dice la Corte— que la sentencia contra la cual se interpone la casación infiera agravio a la parte recurrente, porque la casación, lo mismo que la apelación, legalmente ha de entenderse interpuesta en lo desfavorable al recurrente" (LXIV, Pág. 792).

"I. Si el interés es el supuesto de toda pretensión deducida en juicio, hasta el punto de no concebirse acción sin un interés, ya de orden económico, ya de orden moral, que la sustente, no escapa al rigor de este imperativo el recurso extraordinario de casación. El que, si bien tiene como principal fin el de unificar la jurisprudencia nacional, sin embargo no se mueve a ese superior resultado, en cada caso concreto, sino por el impulso del interés particular del litigante o litigantes a quienes la sentencia de segunda instancia haya sido desfavorable en algún sentido. Lo que se corresponde a cabalidad con la misión del poder jurisdiccional, constituído como está, primordialmente, para declarar el derecho, impartiendo justicia, en las contraposiciones y pugnas de los intereses humanos, jurídicamente considerados.

".....

"Quiere decir que en el recurrente en casación debe haber un interés real para que se infirme la sentencia acusada, por resultarle de ésta o una condenación o un demérito de su situación de derecho preexistente o un estado de incertidumbre jurídica. Es decir que ese interés ha de significarle al recurrente el beneficio de evitarse un daño o riesgo actual de daño, si obtiene la infirmación del fallo recurrido.

".....

"Es así doctrina constante de la Sala, como puede verse de sus pronunciamientos de 14 de junio de 1940, XLIX, Pág. 517; 27 de septiembre de 1946, LXII, Pág. 42; y 18 de marzo de 1954, LXXVII, Pág. 107, que "el interés indispensable para recurrir en casación puede no existir, desaparecer o haberse hecho imposible en su ejercicio... porque la sentencia del Tribunal no infiera ningún agravio al recurrente". (Cas. Civ. 16 de octubre de 1961, XCVII, Pág. 119 y 120).

En el caso sub-lite, la sentencia de primera instancia quedó ejecutoriada para el demandado, porque éste, no siendo abogado inscrito y careciendo por tanto de ius postulandi, no podía apelarla válidamente. El Juzgado obró mal al haberle concedido tal recurso, el cual quedó circunscrito, como acertadamente lo expuso el Tribunal, al que interpuso la parte actora y solo en lo relativo a los pronunciamientos de primera instancia que fueron desfavorables a ésta.

Lo resuelto por el Juez de Cali al acoger las súplicas impetradas por la parte actora quedó inmodificable, dado que ese fallo adquirió el sello de la ejecutoria para el demandado y cualquier decisión posterior que llegara a perjudicar al demandante, infringiría lo dispuesto en el artículo 494 del Código Judicial entonces vigente. Dícese que fue mal concedida la apelación que interpuso el mismo demandado contra la sentencia de primera instancia, porque interponer recursos es una manera de litigar, derecho éste que está reservado a los abogados inscritos (Art. 40 C. N.), salvo en los casos excepcionales que autorizaba la Ley 69 de 1945, en ninguno de los cuales se encuentra el que está sub-judice. Ese auto, pues, por ser antiprocesal, no vincula en forma alguna a quienes intervinieron en este juicio y por tanto debe tenerse como no pronunciado. En esas condiciones, tal como lo consideró el Tribunal, la sentencia del juzgador de instancia quedó en firme para el demandado y solo fue apelada por la parte actora, de suerte que, se repite, el demandado carecía por completo de interés jurídico para recurrir en casación el fallo de segundo grado.

Es consecuencia de lo expuesto, que la demanda formulada ante la Corte no puede prosperar.

Por tanto, 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 dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 18 de octubre de 1968.

Condénase en costas al recurrente.

(Esta sentencia fue discutida y aprobada por la Sala como consta en el Acta número...).

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

FILIACION NATURAL

Notoriedad en punto a posesión de estado. — Al apreciar la prueba testimonial los Tribunales pueden y DEBEN someterla a las reglas de la crítica racional. — Las declaraciones del testado no hacen plena fe contra terceros. — Los Arts. 597 y 648 del C. Judicial no son normas de valoración probatoria.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., julio veintiuno (21) de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

(Aprobado según Acta número 68 de julio 15/71).

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de diez (10) de abril de mil novecientos sesenta y nueve (1969), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio ordinario que suscitó Rosa Elvia Dávila frente a los herederos de Carlos Castillo Pulido.

El litigio

Ana Elisa Jiménez de Díaz, Concha Jiménez de Fonseca, Tulia Jiménez de Cadena, Lola Jiménez de Roldán, María Grosso de Osuna, Elvira Grosso Castillo, Armando Roldán Jiménez, Guillermo Roldán Jiménez y Luis Alberto Castillo, en su calidad de herederos testamentarios de Carlos Castillo Pulido, fueron demandados por Rosa Elvia Dávila ante el Juez Noveno Civil del Circuito de Bogotá para que, previos los ritos del juicio ordinario, se le declarase hija natural del causante Castillo Pulido con derecho a sucederlo, como legitimaria, en las tres cuartas partes de la herencia, y para que, consecuencialmente, se reformase el testamento del padre natural en el sentido de que las disposiciones testamentarias solo pueden hacerse efectivas sobre la cuarta de libre disposición, pues el resto integra la asignación forzosa que corresponde totalmente a la demandante.

La causa para pedir la constituyen los siguientes hechos que se resumen:

1º Que durante muchos años sostuvieron relaciones sexuales notorias y estables Carlos Castillo Pulido y Evarista Dávila.

2º Que ésta, con el fin de terminar las citadas relaciones, resolvió viajar a los Estados Unidos de Norteamérica; que estando lista para empezar el viaje, Carlos Castillo "la bajó personalmente del mismo tren en el que estaba por partir para el citado viaje...".

3º Que como fruto de esas relaciones sexuales "las que se estabilizaron aún más después del hecho narrado, nació el 30 de mayo de 1920 Rosa Elvia Dávila; y que en las mismas fue engendrado Carlos Eduardo Dávila.

4º Que Castillo Pulido desde cuando Evarista Dávila se vio obligada a dejar la casa paterna por el primer embarazo, "se encargó de los gastos y atenciones" que éste demandó.

5º Que durante toda su vida, Carlos Castillo Pulido cuidó de la demandante "proveyendo a su subsistencia, sostenimiento, educación y establecimiento, mediante el cumplido suministro de víveres y dinero, tanto para su alimentación como para la de su madre Evarista Dávila, así como mediante el pago de las pensiones de los colegios donde la tuvo estudiando".

6º Que la demandante, después de terminar sus estudios, por gestiones de Carlos Castillo Pulido, "consiguió colocaciones o empleos en varios establecimientos comerciales".

7º Que aquel, al saber que su hija "hacía vida marital extramatrimonial", padeció gran disgusto, no obstante lo cual, con dinero suyo compró para aquella y sus menores hijos, la casa de habitación distinguida con el número 19-55 de la carrera 21-A Sur de Bogotá.

8º Que aunque él personalmente gestionó la compra y pagó el precio con dinero suyo, sin embargo dispuso que el vendedor otorgara la respectiva escritura de transferencia del dominio en favor de Rosa Elvia y de sus hijos, ya que no quería que su legítima mujer conociera esta donación.

9º Que, con causa en lo anterior, la demandante se había obligado a no iniciar juicio de filiación natural contra su presunto padre.

10. Que fueron de tal manera públicas y notorias las relaciones sexuales, que en Zipaquirá, donde Castillo Pulido ejercía la actividad de comerciante, era hecho ostensible que éste era el padre natural de la demandante, lo que además se deducía del trato que daba a su hija delante de los vecinos.

11. Que finalmente, ante el Notario de Facatativá, por medio de la escritura número 38 corrida el 9 de enero de 1963, Carlos Castillo otorgó testamento nuncupativo en el cual instituyó como únicos herederos a los demandados, ninguno de los cuales es legitimario suyo.

Con oposición de estos se adelantó la primera instancia, que culminó con sentencia de 19 de junio de 1967 por medio de la cual se acogieron todas las súplicas del libelo introductorio del juicio.

Rituada la segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá le puso término con fallo calendado el 10 de abril de 1969, confirmatorio del de primer grado.

Fundamentos de la sentencia del Tribunal

Expresa el sentenciador después de "analizar con el detenimiento debido" las declaraciones de Rita Julia Prieto (fs. 24 y 76, cuad. 2º); Ana González de Rodríguez (fs. 30 y 77, cuad. 2º), Bárbara Garzón (fs. 8 y 78 del mismo), Alfonso Saravia Wiesner (fs. 27 y 79), Luis Domingo Hernández (fs. 35 vto. y 80), Alfonso Pardo García (fs. 33 y 81), Hernando Escobar G. (fs. 22 y 81 vto.), Lucía Rodríguez (fs. 82), María Anselma Gómez de R. (fs. 60 y 105), Pedro Jiménez (fs. 40 y 119), Víctor María Vásquez (fs. 55 y 126), María Elena Vargas (fs. 35 y 134) y Ana Cecilia Rojas de Morales, que figuran en el cuaderno 2º, que estos testigos, en quienes no concurre ninguna causal de impedimento, "no fueron tachados y dieron la razón de su dicho", por lo cual permiten concluir "la demostración de que la demandante en este juicio tuvo la posesión notoria del carácter de descendiente extramatrimonial del finado Carlos Castillo Pulido, por un término superior a diez años. En efecto, los testigos dijeron conocer directa y personalmente al de cujus y a la actora, con quienes tuvieron relaciones de una u otra índole y estuvieron en aptitud de constatar los respectivos hechos por esas relaciones o como vecinos, y rindieron su exposición en forma que permite reconocerles credibilidad, como que no cayeron en contradicciones y sus dichos revelan imparcialidad".

"Los testigos en mención aseveran que el extinto suministraba a la demandante, con intervención de diversas personas, y también a su madre, mercados y dineros; que

igualmente suministró lo necesario para los correspondientes estudios; que hizo manifestaciones en el sentido de reconocer que era hija suya; que le daba a la actora el trato de hija y ella el de padre a él, sin que por ello mostrara contrariedad; que solucionó el monto de trabajos odontológicos a la misma, que le mandaba confeccionar zapatos, que le buscó empleos o colocaciones; que el vecindario de Zipaquirá reconoció y tuvo a la accionante como hija natural del señor Castillo, etc. ...".

Luego hace el Tribunal algunas consideraciones sobre lo que es la posesión notoria del estado de hijo, para concluir que aquellos testimonios "hacen ver que están reunidos los hechos constitutivos de la posesión de estado", con la advertencia de que "en las constancias procesales no obra elemento de convicción alguno que demerite las exposiciones de los testigos referidos, que permitiera inferir que el comportamiento del señor Castillo se debiera a causa o motivo diferente de la paternidad".

Agrega que, además, de las declaraciones de José de J. Dávila Q., tío de la actora (fs. 20 y 76), Guillermo Alfonso Quintana, hermano de la misma (fs. 11 vto. y 78), Mercedes Gil de Dávila, cuñada de la madre de la actora (fs. 63 y 101), Herminia Dávila, tía de ella (fs. 42 y 123) y Bernardo Tinjacá, cónyuge de una tía de la misma, aparecen probados los mismos hechos a que se refieren los testigos arriba enumerados, pues estas declaraciones "coinciden en su fondo con las que antes fueron mencionadas", por lo cual "es fundado tomarlas como respaldo de las demás exposiciones testimoniales".

Puntualiza el sentenciador que "los deponentes no afirman todos unos mismos hechos, que todos no hacen referencia a una sola época, que no son unas mismas circunstancias las del conocimiento de los hechos, que unos aluden a un período de tiempo y algunos a otros", lo cual "no entraña desmejora de la prueba testimonial", pues aquellos deben armonizarse y conjugarse. Que "son las normas de persuación racional las que enseñan que la prueba de testigos se toma en su conjunto para valorarla, que los diversos testimonios producidos con regularidad y que no adolezcan de vicios, son considerados en sí y también en relación entre los mismos para analizar si de todos ellos es dable o no extraer determinada conclusión".

Remata, entonces, el sentenciador este aspecto del fallo, afirmando que "en realidad el examen atento de la prueba de que se trata, convence de la posesión del estado civil invocada en la demanda, sin que sea menester pormenorizar aquí acerca de lo dicho por cada testigo, pues ello aparece transcrito parcialmente en la sentencia de primer grado..."

Respecto a la causal de relaciones sexuales estables y notorias, alegada también en la demanda, dice el Tribunal que es innecesario estudiarla, en vista de la prosperidad de la de posesión notoria del estado de hija.

Luego expresa la sentencia que, tomando como punto de partida que la demandante es hija natural de Carlos Castillo Pulido y como éste no dejó otros descendientes, ni ascendientes, ni cónyuge, aquella "es heredera suya en las tres cuartas partes de los bienes relictos, según el precepto contenido en el artículo 20 de la Ley 45 de 1936", por lo cual prosperará la pretensión de reforma del testamento, en virtud de que el testador le desconoció su legítima al dejar todos sus bienes a otras personas. Que la facultad de la demandante para pedir la reforma del testamento surge de lo dispuesto en el artículo 1274 del C. Civil.

Termina la sentencia afirmando que la prosperidad de la acción de petición de herencia, consagrada en el artículo 1321 y ss. de la misma obra, fluye como lógica consecuencia de todo lo expuesto arriba.

El recurso extraordinario

Cuatro ataques se enfilan contra la sentencia del Tribunal, todos dentro del marco de la causal primera.

Primer cargo

Dice el censor que, a consecuencia de errores de derecho en la estimación de la prueba testimonial que determina, cometidos al quebrantar los artículos 593, 601, 688, 684, 691, 698, 689 y 701 del C. Judicial, el sentenciador incurrió en violación indirecta de los artículos 398 y 399 del C. C. por falta de aplicación, y del 4º numeral 5º, y del 6º de la ley 45 de 1936, por aplicación indebida.

En este capítulo la censura combate la apreciación que el Tribunal hizo de las declaraciones de Mercedes Gil de Dávila, Herminia Dávila de Tinjacá, Bárbara Garzón Pinzón, Ana González de Rodríguez, Rita Prieto, Pedro Jiménez y Luis Domingo Hernández, así: que el sentenciador "erró de derecho" al estimar el testimonio de la primera, pues en su declaración extrajuicio "figura leyendo personalmente su declaración y firmándola, en tanto que al ratificarla dice no saber firmar, por lo cual "no ofrece seguridad y certeza"; que, además, "se observa, en la declaración extrajuicio, que se dejó en blanco el lugar para anotar el número de la cédula y que luego se llenó con tinta y a mano", con lo que se violó el artículo 691 del C. J.; que la segunda de las declaraciones citadas, por contradecirse "no tiene valor probatorio alguno", ya que la testigo no sabe cuál es la declaración que está ratificando, ni sabe cuándo declaró, por lo cual "erró de derecho el Tribunal al dar valor probatorio a una declaración cuya ratificación no es clara, concreta y específica"; que también carece de valor la diligencia de ratificación de la tercera, pues al tenor del artículo 684 del C. J., como la testigo no sabía firmar debió dejarse expresa constancia de quién fue el testigo que firmó a su ruego, lo cual no se hizo, a pesar de que él sí firmó; que los últimos cuatro de los testigos citados, "no señalan un hecho, un elemento concreto y específico de los integradores de la posesión de estado", pues se limitan a dar conceptos genéricos, por lo cual no tienen validez, ya que no son testimonios, "en razón de ello se exige que los testimonios concuerden en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar y que den la razón de su dicho". Que los cuatro elementos de la posesión notoria de estado "deben concurrir copulativamente. Un solo elemento no integra la posesión de estado. No se encuentra en los testimonios en examen, que ellos relatan un hecho concreto, específico". Y, en fin, que del mismo modo son conceptuales los tres primeros testimonios examinados.

Que como "la posesión de estado es un hecho notorio", ella "no puede surgir de ayudas ocultas o subjetivas"; que la misma demandante admite que su padre la auxiliaba "a través de terceras personas", lo cual está diciendo que "no era público el tratamiento que pretende. El tratamiento integrador de la posesión de estado no puede ser oculto. Lo oculto no es notorio. Sin hechos notorios no puede inferirse una voluntad tácita de reconocimiento".

Luego asevera el censor que erró "el Tribunal, al considerar que los testimonios en examen son idóneos para probar los hechos, porque 'son las normas de la persuación racional las que enseñan que la prueba de testigos se toma en su conjunto para valorarla, que los diversos testimonios producidos con regularidad y que no adolezcan de vicios, son considerados en sí y también en relación entre los mismos..." Que como la ley establece una rígida tarifa legal para demostrar la posesión notoria, síguese que utilizar el sistema de la persuasión racional, no autorizado al efecto, constituye error de derecho. "El Juzgador no puede cambiar a su libre arbitrio el sistema de valoración probatoria, porque él tiene que administrar justicia de acuerdo con la ley. Solo el legislador puede variar los sistemas de valoración probatoria".

Termina la censura con la afirmación de que "lo que se aprecia en conjunto no es el testimonio en sí, sino los hechos relatados por el testigo en sus conexiones y circunstancias de modo, tiempo y lugar. Si no se relatan hechos concretos, no hay nada qué apreciar en conjunto. No se suman conceptos de testigos. Se ponderan en conjunto hechos objetivos y concretos, ubicados es-

pecial y temporalmente. Lo demás es subjetivismo judicial. Por eso se exige que el testimonio sea exacto, responsivo y completo para que tenga virtualidad probatoria".

Cargo segundo

Denuncia la censura transgresión de los artículos 398 y 399 del C. Civil, por falta de aplicación, y los artículos 4º, numeral 5º, 6º y 7º de la Ley 45 de 1936 y 1274 y 1321 del C. Civil, por aplicación indebida, a consecuencia de errores de derecho en la valoración de los testimonios que determina, por infracción de los artículos 593, 601, 688, 697, 698, 699 y 701 del C. Judicial.

Dice la censura que el Tribunal apreció mal las declaraciones rendidas por Alfonso Saravia Wiesner, Alfonso Pardo García, Hernando Escobar González, Lucio Rodríguez, María Anselma Gómez de Rincón, Víctor María Vásquez, María Elena Vargas y Ana Cecilia Vargas de Morales.

Se afirma que el Tribunal cometió error de derecho en la estimación de cada uno de los testimonios antes apuntados, con base en lo siguiente:

A. Que los testigos 1º, 2º y 3º y 8º "hablan de situaciones presentadas en Bogotá y la demanda y los diversos memoriales de pruebas de la actora y su apoderado sitúan los hechos integradores de la posesión de estado en Zipaquirá". Que "cuando la norma medio o instrumental exige que el testimonio concuerde en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, está indicando que deben describirse las conductas integradoras de los elementos de la posesión de estado, en forma clara, precisa y nítida". Que esos "testigos son vagos e imprecisos". Que la prueba de la posesión de estado está sujeta a una "rígida tarifa legal" y que para llegar al convencimiento de su existencia no puede emplearse el sistema de la persuasión racional", como lo creyó erradamente el Tribunal.

"B. Que si los medios de prueba, como sucede en este caso, no demuestran en toda su entidad y objetividad los supuestos fácticos, expresados en forma dogmática y conceptual en la norma, como ya se observó, copulativamente considerados —trato, nombre, fama, tiempo— y la sentencia los admite como consecuencia de un juicio equivocado sobre la eficacia de la prueba, de acuerdo con la exigencia de las normas instrumentales —artículos 399 del C. C., 688 y 697 del C. J.— **existe en toda su entidad el error de derecho** en la estimativa probatoria".

C. Que yerra el Tribunal cuando a las apreciaciones subjetivas de los testigos, por encontrarlas objetivas, les concede valor probatorio. "Determinar si los supuestos integradores de la posesión de estado, dogmático-conceptuales, están plenamente probados en los autos, copulativamente examinados, no es una cuestión de hecho sino una cuestión jurídica, una cuestión legal".

D. Que los testimonios que se aducen para probar la posesión de estado, deben formar un conjunto fidedigno que la establezca de modo irrefragable, y deben indicar "concreta y específicamente los hechos generadores de tal posesión, concordando en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar...", pero que de los testigos señalados en esta censura "ninguno indica un hecho claro, nítido, concreto y específico que tenga la calidad de notorio; ninguno de los testigos señala objetivamente un hecho constitutivo del nombre, pues ninguno habla de que la demandante llevara el apellido del pretendido padre; ninguno indica un hecho que materialmente constituye el trato, esto es haber sido tratada en calidad de hija, un hecho de donde se colija lógicamente que Carlos Castillo Pulido obraba como padre; ninguno de los testigos, ninguno, señala el nombre de un deudo o amigo, de un amigo, de donde se deduzca el consenso general sobre la existencia notoria del vínculo, esto es, la fama. Ninguno dice que ese trato empezó en tal año. Hablan simplemente, conceptualmente, que duró diez años. Conclusión: no existe objetividad, fidelidad, en los testimonios, toda vez que no relatan hechos, y mucho menos hechos notorios..."

Arguye el censor que el causante, al otorgar testamento, manifestó que disponía libremente de sus bienes por carecer de hijos naturales y de otros legitimarios, por lo cual "esa declaración del causante demuestra que nunca tuvo el propósito de aceptar que la demandante fuera su hija natural. De ella no quiso percatarse el Tribunal. Error de hecho manifiesto en los autos, pues estaba obligado a ver esa declaración, de donde se infiere que nunca existió un reconocimiento tácito de la misma".

Finaliza el cargo con la afirmación de que el "error de derecho" ocurrió porque los testigos apuntados arriba no relatan "un conjunto de hechos permanentes, competentes, sucesivos, que establezcan de manera fidedigna e irrefragable" los elementos de la posesión de estado, no obstante lo cual el Tribunal, equivocadamente, vio esos hechos y con base en ello dio valor de plena prueba a las declaraciones citadas.

La Corte considera

1. Los dos cargos, cuyo extracto quedó atrás, vienen formulados con base en que el Tribunal incurrió en error de derecho que, especialmente, se hace consistir en que los testigos indicados por la censura, no deponen sobre hechos concretos de los que configurarían la posesión notoria; que son eminentemente conceptuales, que no coinciden en los hechos y en las circunstancias de tiempo, modo y lugar, y que no dan la razón de su dicho.

Es ilógica y antitécnica esta formulación del ataque, pues basta considerar que el juicio del sentenciador de instancia sobre las condiciones de responsividad, claridad, sinceridad y exactitud de los testimonios, lo mismo que su calificación sobre la concordancia en el hecho y circunstancias de tiempo, modo y lugar, o sobre la contradicción de los mismos, por ser cuestiones concernientes a hechos, solo pueden ser vulnerados por la vía del error fáctico, y no, como lo hizo la censura, por el camino del yerro de derecho, puesto que las conclusiones del Tribunal sobre esos aspectos no son fruto de la buena o mala aplicación de normas que determinan el valor persuasivo de los medios de prueba, sino el resultado de la apreciación objetiva de las declaraciones. Aquellas son cuestiones eminentemente fácticas.

Repetidamente ha dicho la Corte (G. J. CVI. 141) que apreciar las calidades de responsividad, exactitud y cabalidad de las declaraciones de testigos, es tarea que compete al juzgador de instancia, como llamado a decidir la controversia; y en cuanto tales calidades estén constituídas por elementos de hecho, es claro que el concepto que él se forme de ellas es intocable en casación, mientras no resulte convicto de arbitrariedad evidente.

Ese defecto en la formulación del ataque es suficiente para declararlo ineficaz.

2. Los cargos fúndanse también en que no era notorio el trato de hija que a la demandante daba el presunto padre, pues los gastos de sostenimiento y educación no se hacían públicamente, sino "a través de otras personas". También esta censura es equivocada en cuanto al error que podría constituir, pues siendo la notoriedad una cuestión fáctica, no podía basarse la impugnación en error de derecho. A pesar de esta defectuosa formulación, la Corte observa, como ya lo había expresado en casación de 22 de octubre de 1953, aún no publicada, que el elemento notoriedad, en tratándose de la posesión de estado, "no es un valor absoluto" de tal manera que hechos uniforme y repetidamente realizados ante distinta persona cada vez, o ante un conjunto más o menos reducido de ellas, no tuvieren la condición de notoriedad, simplemente por no haber sido ejecutados frente a una gran concurrencia de personas o de tal manera que ese suceso no hubiera quedado oculto a nadie. No busca la ley que los actos exteriores que demuestran el trato paternal tengan que ser realizados siempre y en cada caso ante un conjunto de personas, de tal manera que si los mismos actos se realizaren, pero en forma separada y solo ante cada uno de los que forman aquel conjunto, no sirvieren para concluir que el trato es notorio. Por tanto, la notoriedad no se opone a que ella haya resultado de hechos privados repe-

tidos ante distintas personas y de tal manera que no haya incertidumbre sobre su expresión. El trato no requiere ser tumultuario, basta ser privado, aunque no secreto. Cuando el legislador en el artículo 6º de la Ley 45 de 1936 habla de que además, para la posesión de estado, los deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general deben haber reputado, a quien la invoca, como hijo de dicho padre o madre, a virtud del tratamiento de cualquiera de éstos, no está diciendo que si el progenitor, de alguna manera oculta a su cónyuge este trato, no se configura la mentada posesión notoria, ni está expresando que tal causal de declaración de paternidad natural no pueda prosperar cuando uno solo de los parientes o de los amigos, o de quienes componen el vecindario, no se da cuenta de ese tratamiento, ya porque intencionalmente se le hayan ocultado los hechos en que consiste o que por cualquier otra circunstancia no los ha presenciado.

3. Conviene también rectificar el criterio del recurrente respecto a que "como la ley establece una rígida tarifa legal para demostrar la posesión notoria, síguese que utilizar el sistema de la persuación racional, no autorizado al efecto, constituye error de derecho". La doctrina jurisprudencial de la Corte ha sido muy clara en ese particular: "Tratándose de la prueba testimonial en sí misma considerada, no ha querido la ley que en su ponderación quede el juzgador sometido a la prevalencia de un rigor formal sobre las deficiencias internas del testimonio. Por eso, el verificar las condiciones de responsividad, exactitud, cabalidad y sinceridad de cada deposición, y, luego, la concordancia de dos o más declaraciones en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, es atribución que por imperativo lógico corresponde al juzgador, llamado a conocer de los hechos del proceso y afirmar su criterio sobre los mismos a través de las pruebas aducidas. Con esta orientación ha podido decir la Corte, fijando el espíritu del artículo 967 del C. J., que este artículo significa que el juez puede dar por plenamente demostrado un hecho con dos testimonios que reunan esas calidades, pero no que necesariamente deba tenerlo como demostrado, es decir, que, aun en el caso en que haya dos o más testimonios contestes acerca del hecho y sus circunstancias, el juzgador conserva la facultad de aplicarles las reglas de la sana crítica, rechazándolos en el caso de encontrarles fallos. La doctrina universal mantiene el principio de que, para apreciar la prueba testimonial, los tribunales pueden y deben someterla a las reglas de la crítica racional". (CVIII, 185).

4. Ahora bien, en la hipótesis de que la formulación del cargo se ciñera a la técnica del recurso extraordinario y que estuviera demostrado el error, la impugnación no sería próspera, porque habiendo fundado el Tribunal su conclusión de que estaba demostrada la posesión notoria del estado de hija en un conjunto de 18 testimonios, como la censura solo ataca, en cada cargo, parte de ellos, los no criticados por el censor darían suficiente apoyo al sentenciador para soportar su conclusión, que por tal circunstancia sería intangible para la Corte.

5. Finalmente, la declaración de no tener hijos naturales, que Castillo Pulido hizo en su testamento, ninguna fuerza de convicción tiene en favor del causante o de sus herederos y en contra de Rosa Elvia Dávila, pues, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1759 del C. Civil, esa declaración del testador no hace plena fe contra terceros, a quienes solo podría beneficiar mas no causar perjuicio. Siendo innocua esa manifestación, es claro que ninguna incidencia podía tener en la decisión del litigio, por lo cual aun en el caso de que el Tribunal no la hubiera visto, su omisión sería intrascendente.

Basta lo anterior para despachar desfavorablemente los dos cargos antes resumidos.

Cargo tercero

En él denúnciase infracción indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 4º, numeral 5º, 6º y 7º de la Ley 45 de 1936 y 1274 y 1321 del C. Civil originada en "quebranto de los artículos 603, 604, 606, 607 y 697 del C. J."

Afirma el recurrente que las pruebas, que adelante determina, indican que el presunto padre sí daba trato como tal a su hija, pero en forma oculta, "por lo cual ello no es constitutivo de posesión notoria de ese estado"; que los testigos Jesús Dávila Quintero y Guillermo Quintana, deponen sobre las ayudas que el causante daba a su hija y a la madre de ésta, pero afirman que siempre lo hacía de manera oculta o mejor "por intermedio de otras personas" por lo cual el Tribunal cometió error de derecho en la estimación de dos testimonios; que también cometió yerro, mas ya de hecho, al no ver que la demandante, por escrito, confesó que su presunto padre no la presentó en calidad de hija a sus deudos y amigos, así:

1º En la pregunta 7ª del memorial que obra a Fs. 38, se lee: "... pero apoyando a su hija natural Rosa Elvia Dávila de manera indirecta, es decir, a través de terceras personas".

2º En el punto 7º del memorial que obra a Fs. 44, donde se lee: "...suministrando los medios para ella a terceras personas.

3º En la pregunta 7ª formulada por la demandante en el escrito que obra a Fs. 47, que reza: "...Pero apoyando a su hija natural Rosa Dávila, de manera indirecta, es decir a través de terceras personas",

4º En el punto 4º del memorial que obra a Fs. 23, concerniente a que los hechos constitutivos de posesión notoria tuvieron acaecer en Zipaquirá y no en Bogotá, pues allí se lee: "...y si por tal tratamiento el vecindario en general en la población de Zipaquirá, la ha reconocido siempre, es decir por mucho más de 10 años...", confesión que también fluye de lo afirmado en el punto 4º del memorial de Fs. 29, en el punto 5º del de Fs. 68 y en el hecho 11 de la demanda. "Estas confesiones demuestran que no tiene eficacia el dicho de los testigos que sitúan los hechos en Bogotá. De estas confesiones no se percató el Tribunal".

Remata este aspecto de la censura con la afirmación de que también cometió yerro fáctico el sentenciador "al no percatarse de la declaración del causante en su memoria testamentaria cuando dijo (Fs. 3 del cuaderno 1º): "No tengo hijos naturales y careciendo de legitimarios, puedo disponer libremente de mis bienes como al efecto lo hago".

Finalmente manifiesta la censura que de las declaraciones de Jesús Dávila Quintero y Guillermo Quintana, surge que Carlos Castillo no hizo público el tratamiento de hija para Rosa Elvia Dávila, "porque las ayudas que se dice le prestaba las hacía por intermedio de "terceras personas": que lo dicho por esos dos testigos está corroborado con la confesión de la demandante contenida en los escritos antes precisados; que el Tribunal no observó que la demandante sitúa, como ocurridos en Zipaquirá, los hechos que le dan piso a su posesión de estado, en tanto que "gran número de testigos hablan de hechos sucedidos en Bogotá"; que la confesión contenida en el testamento de Castillo Pulido, demuestra que "no es cierto el dicho de los testigos" cuando afirman que él trató a la demandante como a su hija natural, pues "si esto fuera cierto, él no habría hecho esa declaración en la memoria testamentaria, en la cual dijo no tener hijos naturales". Que todo lo anterior, entonces, conduce a la conclusión de que no existe prueba del elemento "trato" y mucho menos de que fuera público y notorio.

La Corte considera

1. No entraña error de derecho deducir posesión notoria de estado de un conjunto de declaraciones que hablan de que el presunto padre sí trataba a la demandante como a hija natural, aunque de manera privada, y a pesar de que los gastos de subsistencia y educación los hacía "por intermedio de otras personas". La censura, en este evento, podría constituir un error de hecho, mas no de derecho, pues esa conclusión del Tribunal, se repite, no es el resultado de la buena o mala aplicación de normas de disciplina probatoria.

2. De otro lado, ya se dejó dicho, que la notoriedad a que se refiere la ley en punto de posesión de estado, no es un concepto absoluto, pues lo que el sistema legal requie-

re es que ese conjunto de testimonios, razonablemente considerado, establezca esa posesión ante la conciencia del juzgador, de un modo incontrastable. (CVI, 140). De consiguiente, la posesión de estado no puede desvirtuarse con base en que el padre, por cualquier causa que lo haya movido a ello, no pagara personalmente, sino a través de otras personas a quienes entregaba las sumas correspondientes, los gastos de subsistencia y educación de su hija.

3. No existe el yerro fáctico que se endilga al Tribunal por cuanto habría omitido ver "la confesión de la demandante" en punto a que su padre atendió, "mas no públicamente, sino a través de otras personas", a sus necesidades de subsistencia y educación. Efectivamente: el fallador consideró que la posesión notoria no perdía sus contornos, sino que, por el contrario, se definía mejor con la prueba de que el presunto padre pagó aquellos gastos, así fuera por intermedio de otras personas. En esas condiciones, lo aseverado por la demandante no entraña confesión por no contener hecho que la perjudique.

4. Que dos testigos, de los 18 en cuyas afirmaciones se apoyó el Tribunal, digan que los hechos de la posesión notoria de estado los presenciaron en Bogotá siendo que la demandante los refiere como ocurridos en Zipaquirá, es suceso que ninguna importancia tiene, pues quedando fuera del ataque los que sitúan la ocurrencia de esos acontecimientos en esta última ciudad, tal soporte sería suficiente para no infirmar el fallo y, además, porque bien pudieron ocurrir los mismos hechos que dan piso a la demostración de posesión notoria en las dos distintas ciudades. Ninguna contraevidencia se deriva de ello; antes bien, eso induce a consolidar la conclusión del Tribunal respecto a que el presunto padre sí dio el trato de hija a la demandante, en distintos lugares, de tal manera de fundar una posesión de estado.

5. Por último, la afirmación que hizo el testador Castillo Pulido en su declaración de última voluntad, concerniente a que no tenía hijos naturales, ninguna fuerza probatoria tiene para contrarrestar lo aseverado por el conjunto de declarantes en sentido contrario. **Es un absurdo jurídico decir que como el causante afirmó que no tenía hijos, es falsa la declaración de los testigos que afirman la existencia de la posesión notoria del estado de hija natural de la demandante; esa manifestación huérfana de virtud probatoria, por no tener la calidad de confesión, no puede beneficiar a quien la hizo. Nadie puede crear en su provecho pruebas originadas exclusivamente en un acto de su propia voluntad.**

Cuarto cargo

Denúnciase violación de los artículos 4º, numerales 4º y 5º, 6º y 7º de la Ley 45 de 1936 por aplicación indebida; del 92 del C. Civil, por falta de aplicación, todo a consecuencia de los errores de derecho originados en la violación de los artículos 597 y 648 del C. Judicial.

Afirma el acusador que, aunque la sentencia del Tribunal dijo expresamente que no se haría ningún examen sobre la otra causal de paternidad alegada, la de relaciones sexuales y notorias, en vista de que confirmó toda la sentencia del a-quo, "en forma implícita admitió que en los autos se hallaba probada la fecha de nacimiento de la demandante", con lo cual cometió error de jure, pues la correspondiente partida que serviría para probar ese hecho y que obra a Fs 1 del cuaderno 2º, no fue presentada con la demanda ni con memorial de pruebas, ni su aducción fue decretada en período probatorio o por alguno de los modos autorizados en el artículo 597 del C. J., en virtud de lo cual "no puede valorarse como prueba del nacimiento de la demandante".

Termina el censor diciendo que si no se demuestra la fecha de nacimiento, no es posible dar aplicación al artículo 92 del C. Civil que partiendo de aquella, presume de derecho la época de la concepción, y concluye: "el documento aludido no puede estimarse como prueba, por no haberse llevado al proceso en la forma legal".

La Corte considera

1. Tomando como punto de partida que resultaron ineficaces los tres primeros cargos, que apuntaban todos a quebrar la sentencia en cuanto fundó su declaración de paternidad en que la demandante demostró posesión notoria del estado de hija natural, es forzoso concluir que el ataque contenido en este cuarto cargo, aun en la hipótesis de que prosperara, ninguna virtud tendría para casar la sentencia, pues, descansando ésta en la conclusión, ya inmodificable para la Corte, de que está demostrada la posesión notoria del estado de hija natural, ninguna trascendencia tendría todo otro ataque encaminado a combatir el fallo con estribo en que no están probadas otras causales de paternidad distintas a aquella.

2. Pero es más, a pesar de que la sentencia de primera instancia declaró la paternidad natural con apoyo en que estaban demostradas las dos causales alegadas: la de relaciones sexuales estables y notorias y la posesión de estado de hija, y no obstante que este fallo fue confirmado íntegramente por el Tribunal, fluye con diafanidad que esa confirmación solo se refiere a la declaración de filiación natural en cuanto se fundó en que aparece demostrada la causal de posesión notoria del estado de hija, única causal que el Tribunal examinó, pues, como él mismo lo expresa en la sentencia, aunque la causa petendi se origina también en que entre los progenitores de la demandante existieron relaciones sexuales estables y notorias, de las cuales aquella nació, "estima la Sala que es innecesario estudiar acerca de la mencionada causal, vista la existencia de la que se trató en anteriores apartes".

Por tanto, síguese de lo anterior, claramente, que el Tribunal en su sentencia no se refirió al fondo de la causal de relaciones sexuales, alegada también en la demanda, ni decidió sobre ella. Entonces, es forzoso concluir que no puede prosperar un cargo montado sobre un suceso que no ha acaecido.

3. Mas dejando de lado las dos consideraciones anteriores, suficientes, cada una por sí, para desechar el ataque, nótase que, como éste aparece formulado por la vía indirecta de la causal primera de casación y estríbase en que el sentenciador habría cometido error de derecho, la preceptiva técnica del recurso exige, para la plenitud formal de él, que el acusador, a más de otros requisitos, cumpla con el de indicar la norma o normas de valoración probatoria que el Tribunal hubiera quebrantado.

Pues bien, obsérvase que la censura se limitó a indicar, como disposiciones de preceptiva probatoria violadas, los artículos 597 y 648 del C. Judicial. Estas son las únicas normas cuya infracción medio se denuncia. Mas resulta del simple examen de su tenor que aunque son normas instrumentales de especial importancia, pues se refieren a las oportunidades en que deben ser aducidas las pruebas al proceso para que puedan ser valoradas, y a que, en general, los documentos privados se presentan originales y solo se admiten en copia que tenga el mismo valor en los eventos allí puntualizados, ninguna de esas dos disposiciones señala el valor persuasivo de medio de prueba alguno. Como antes se expresó se limitan a fijar condiciones de su aporte al proceso para su valoración.

Por ende, si la Corte, en esas circunstancias por faltar uno de los extremos para hacer la confrontación del valor que se habría dado en la sentencia a una prueba y el valor que a la misma le fija la ley, no puede decidir si hubo quebranto medio de norma de preceptiva probatoria, síguese que el cargo no puede prosperar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de diez (10) de abril de mil novecientos sesenta y nueve (1969), que dentro del juicio ordinario iniciado por Rosa Elvia Dávila contra la sucesión de Carlos Castillo Pulido, profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas a cargo del recurrente.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

RESCISION POR LESION ENORME EN CONTRATO DE DACION EN PAGO

Medio nuevo en casación.

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

(Redactó el Doctor Ricardo Uribe Holguín, Abogado Asistente).

(Aprobado según Acta Nº 67 de fecha siete de julio de mil novecientos setenta y uno).

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 13 de mayo de 1969, en el juicio ordinario instaurado por Ramón Corredor contra el Banco de Colombia.

I

El proceso

1. En su demanda, pidió el actor que se hicieran las siguientes condenaciones:

"1ª Declarar rescindido por lesión enorme, a favor del señor Ramón Corredor, mayor de edad y hoy vecino de Bogotá, y contra el Banco de Colombia, sociedad domiciliada en Bogotá y representada como antes dije, el contrato de dación en pago, que lo es de compraventa, contenido en la escritura pública número 3045 de 24 de septiembre de 1958 de la Notaría 6ª de Bogotá.

"2ª Que como consecuencia de la declaración anterior, es decir de la rescisión por lesión enorme, se requiera a la entidad demandada para que a su arbitrio consienta en ella, o complete el justo precio del inmueble enajenado, con deducción de una décima parte de ese precio, todo de acuerdo con el Art. 1948 del C. C.

"3ª Condénase a la entidad demandada a restituir al demandante, dentro del término de seis días contados a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia, y desde la fecha de la demanda, el valor de los frutos naturales y civiles producidos por el inmueble ya mencionado, y no solo de los percibidos, sino también de los que hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo los terrenos en su poder.

"4ª Si el demandado, es decir, el Banco de Colombia, no completare el justo precio enunciado en la demanda, o el que como tal se establezca por peritos dentro del juicio, con deducción de una décima parte, y dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, se ordene al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Girardot cancelar la inscripción de la escritura de dación en pago contentiva del contrato rescindido por lesión enorme.

"5ª Que, igualmente, se ordene al Notario 6º de Bogotá cancelar la referida escritura.

"6ª No cumpliéndose por el demandado, Banco de Colombia, la entrega del resto del precio justo del inmueble, menos la décima parte de que antes se habló, ordénasele restituir o reivindicar (sic) los terrenos descritos en los hechos de la demanda, por los linderos allí mencionados, con todas sus anexidades y mejoras, a favor de don Ramón Corredor Zamudio, dentro del término que al efecto se fije en la sentencia.

"7ª Condénase en costas al Banco de Colombia".

2. Fundáronse estas súplicas en hechos que pueden resumirse así:

a) El Banco de Colombia siguió varios juicios ejecutivos contra Ramón Corredor para el recaudo de $ 225.221.83, por concepto de capital e intereses de obligaciones contraídas por el ejecutado mediante pagarés;

b) Para poner fin a estos juicios, Corredor ofreció al Banco pagarle la expresada suma, más $ 31.320.08 por gastos y honorarios, esto es, un total de $ 256.541.91, dándole en propiedad un terreno situado en jurisdicción de Girardot, en la Urbanización denominada "Rosablanca", cuyos linderos se indican en la demanda;

c) El Banco aceptó la oferta; hizo avaluar el terreno por peritos que lo estimaron en la cantidad total debida por Corredor, y las partes otorgaron en la Notaría Sexta del Circuito de Bogotá la escritura número 3045, del 24 de septiembre de 1968, en la cual dijo Corredor transferirle al Banco "a título de dación en pago" el dominio pleno y la posesión del mencionado predio;

d) Tiene éste una extensión superficiaria de 130. 015.74 varas cuadradas, que los peritos designados por el Banco avaluaron en aproximadamente $ 1.95 cada una, siendo así que a la fecha del otorgamiento de la escritura el precio comercial era de $ 10.00 la vara cuadrada, estimación que el actor hace sin perjuicio del avalúo que peritos hagan en el juicio;

e) El terreno dado en pago no ha salido hasta la fecha del patrimonio del Banco demandado.

3. La demanda no fue contestada, y agotado el trámite de la primera instancia, el Juez Décimocuarto Civil Municipal de Bogotá, a quien correspondió decidir en ésta el negocio, resolvió en su sentencia:

"Primero. NEGAR todas y cada una de las pretensiones formuladas en el libelo de demanda instaurada por el señor Ramón Corredor por intermedio de apoderado judicial contra el Banco de Colombia S. A., por las razones anotadas en la parte motiva de esta sentencia.

"Segundo. CONDENAR a la parte demandante en las costas del presente juicio. TASENSE.

"Tercero. ORDENAR la cancelación de la inscripción de la demanda. Líbrese el oficio pertinente para la efectividad de la medida".

4. Contra este fallo interpuso el demandante el recurso de apelación, en virtud del cual pasó el expediente a conocimiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, quien decidió el litigio como en el capítulo siguiente se indica.

II

La sentencia acusada

Comienza el Tribunal la motivación de su proveído con este planteamiento:

"Tienden ostensiblemente las alegaciones del recurrente que se dejan compendiadas, a desvirtuar el presupuesto de la falta de acción que llevó al juez del conocimiento a denegar la demanda, mediante la afirmación de estos argumentos: que la lesión enorme, o bien constituye de por sí un vicio del consentimiento que se estructura a través del error, fuerza o dolo que hubiere sufrido el lesionado; o no estructurándose vicio del consentimiento, debe asimilarse al contrato de compraventa, que sí es susceptible de rescindirse mediante la prueba de la lesión".

No admite el sentenciador la primera de estas soluciones, poniendo de relieve el hecho de que, conforme al régimen civil colombiano, la acción rescisoria por lesión enorme es institución autónoma, distinta de la nulidad relativa proveniente del error, la fuerza o el dolo.

En cuanto a la segunda solución, o sea la de haber similitud entre la dación en pago y la compraventa, advierte el fallador que

tres son las explicaciones que se ha pretendido dar al primero de estos dos fenómenos: la de constituir "modalidad especial del pago"; la de consistir en "una especie de novación por cambio de objeto", y la de ser "una compraventa, que opera en la extinción de la obligación a través de una compensación".

De tiempo atrás —afirma— la jurisprudencia colombiana, inspirada en la doctrina más general, se pronunció en el sentido de que la dación en pago no constituye compraventa, por varias razones: a) "Porque supondría una operación jurídica de tres fases, totalmente absurda", por comprender a la vez "la entrega de una cosa por un precio; una novación, puesto que el deudor se libertaría contrayendo una obligación diversa de la anterior; y una compensación, porque el deudor compensaría con el precio de la cosa la antigua deuda"; b) "Porque el concepto excluiría muchas formas de dación en pago", cuales son la consistente en el cambio de deudor y en la sustitución de la primitiva obligación con una de hacer o no hacer, fenómenos todos de mero efecto novatorio; c) "Porque el concepto de dación en pago y compraventa se excluyen recíprocamente; y d) "Porque si de venta se tratara, como la errónea compensación tiene el efecto de dejar insoluto al vendedor, que ningún precio ha recibido realmente, dicho vendedor podría exigir del comprador el pago de tal precio, o la resolución del contrato".

Pero estos argumentos —continúa diciendo el Tribunal— fueron rechazados por la Corte en sentencia de fecha 31 de mayo de 1961, en la cual se sostuvo la tesis de que hay marcada analogía entre la dación en pago y la compraventa, circunstancia que hace aplicables a aquella las disposiciones legales que gobiernan ésta, inclusive las que establecen y regulan la acción rescisoria por lesión enorme.

Como conclusión de este estudio doctrinario, afirma el fallador: "Procediendo, pues, al ejercicio de la acción rescisoria por lesión enorme respecto de la dación en pago hecha por el señor Ramón Corredor, la demanda por medio de la cual ella se ejercita, debe ser considerada en el fondo".

Para hacerlo, entra el Tribunal a enumerar una a una las pruebas aducidas por las partes, y advierte que, siendo el fundamento de la acción rescisoria por lesión enorme el desequilibrio puramente aritmético entre las mutuas prestaciones de los contratantes, mas no el error, la fuerza o el dolo sufridos por la parte lesionada, "de las pruebas que se dejaron relacionadas, únicamente pueden ser aptas como elementos de juicio, aquellas que concurran a establecer esa circunstancia, mediante la verificación de los hechos en que los peritos avaluadores de dicho presupuesto, apoyaron su dictamen".

Hace el sentenciador en seguida detenido examen de los dictámenes rendidos por los peritos Jorge Anzola Casseres y Alfonso Uribe Maldonado, conforme a los cuales el terreno dado en pago por el demandante valía, a la fecha de la dación, la cantidad de $ 1.040.125.92. Encuentra que, tomadas en consideración otras pruebas traídas al juicio, esos dictámenes aparecen debidamente explicados y fundamentados, libres de errores y ajustados a los principios legales que gobiernan dicha prueba cuando de avalúos se trata.

En consecuencia, estima el Tribunal que está probada la lesión enorme y, revocando la sentencia del juez, decide así la controversia:

"Primero: Declárase que Ramón Corredor Z. sufrió lesión enorme en el contrato de dación en pago celebrado con el Banco de Colombia, de que da cuenta la escritura Nº 3045 de 24 de septiembre de 1958 otorgada en la Notaría Sexta de Bogotá.

"Segundo: En consecuencia, decrétase la rescisión de dicho contrato y, por lo tanto, condénase a la entidad demandada, Banco de Colombia S. A., representada por el señor Dr. Salvador Camacho Roldán, a restituir al señor Ramón Corredor, seis días después de la ejecutoria del presente fallo, y siempre que no opte por completar el precio en la forma que en ésta se indica, el inmueble materia de la dación en pago en referencia, y cuya identificación consta en la escritura pública citada, junto con los frutos natura-

les y civiles producidos o que hubiere podido producir, a partir del día 9 de julio de 1959, fecha de la notificación de la demanda, y cuya cuantía se determinará por el procedimiento incidental consagrado por el artículo 553 del Código Judicial.

"**Tercero**: Condénase al señor Ramón Corredor, a pagar al Banco de Colombia, dentro del mismo plazo fijado para la restitución del inmueble cedido en pago y siempre que esta entidad no opte por el completo del precio en la forma que se indica en este fallo, la suma de doscientos cincuenta y seis mil quinientos cuarenta y un pesos con noventa y un centavos ($ 256.541.91), valor que en el instrumento público mencionado fijó como precio del inmueble cedido en pago, junto con los intereses legales de la misma suma a partir de la fecha indicada, 9 de julio de 1959.

"**Cuarto**: Queda a opción de la demandada, Banco de Colombia, o consentir en la rescisión decretada, o completar el justo precio del inmueble mencionado, y que pericialmente fue fijado en la suma de un millón cuarenta mil ciento veinticinco pesos con noventa y dos centavos ($ 1.040.125.92), con deducción esta suma de una décima parte. Para ejercitar tal derecho, dispondrá la demandada del término de sesenta (60) días contados a partir de la notificación del auto de obedecimiento y cumplimiento que debe dictar el a-quo en virtud de la ejecutoria del presente fallo.

"**Quinto**: Si el Banco de Colombia optare por la rescisión del contrato, y en cuanto al demandante señor Ramón Corredor hubiere cumplido con el pago de la prestación impuesta a su cargo en el numeral tercero de la parte resolutiva de este fallo, se oficiará por el señor juez del conocimiento a la Notaría Sexta de Bogotá, y a la Oficina de Registro de este Circuito, para la cancelación de la citada escritura número 3045 de 24 de septiembre de 1958 y de su registro, respectivamente.

"**Sexto**: Condénase a la parte demandada al pago de las costas del juicio en su primera instancia (Decreto 243 de 1951).

"**Séptimo**: Sin costas el recurso".

Contra esta sentencia interpuso la parte demandada el recurso extraordinario de casación, que la Corte pasa a estudiar y resolver.

III

La demanda de casación

Formula el recurrente tres cargos, todos dentro del campo de la causal primera de las previstas por el artículo 52 del Decreto Nº 528 de 1964.

Primer cargo

Está planteado así: "La sentencia acusada aplica indebidamente los artículos 1946 y 1947 del Código Civil, ya que incurre en error de derecho al darle el valor previsto en el artículo 721 del C. J. a los avalúos de los peritos **Anzola** y **Uribe**, con manifiesta violación de los artículos 40 y 44 del Decreto Nº 2367 de 9 de septiembre de 1968, reglamentario del artículo 30 de la Ley 16 del mismo año, del artículo 562 del C. J. y de los artículos 12 y 40 de la Ley 153 de 1887".

Para sustentar el cargo, la censura pone de relieve el hecho de que el sentenciador de segundo grado fundó las conclusiones de su fallo en el avalúo pericial uniforme de los dos mencionados peritos, conforme al cual el justo precio del terreno objeto de la controversia era, al tiempo de la dación en pago, de $ 1.040.125.92; cifra que, comparada con la de $ 256.541.91, valor total de los créditos cancelados, resulta ser mucho mayor que el doble de ésta.

Agrega el censor que en la sentencia acusada se atribuye a tales dictámenes periciales el valor probatorio previsto en el artículo 721 del Código de Procedimiento Civil, por el cual se establece que "Cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos, hace plena prueba"; valor que no podía el Tribunal asignar a ese medio probatorio, habida cuenta de que el artículo 40 del De-

creto Nº 2367 de 1968 prohibe al juzgador apreciar los peritajes mientras la parte que deba pagar los honorarios de los expertos no los haya cancelado, sin necesidad de requerimiento previo.

"En el proceso —continúa diciendo el recurrente— consta que el avalúo fue solicitado por la parte actora (Cdno. 3, Fl. 28), por manera que ella ha debido cancelar el honorario señalado de conformidad con el artículo 526 del C. J., siendo que el valor de ellos (los honorarios) ya había sido señalado por el juez por auto ejecutoriado (Cdno. 3, Fl. 60 v.). El Decreto 2367 tantas veces mencionado rige a partir de su expedición (artículo 44), o sea desde el 9 de septiembre de 1968. De suerte que, al apreciar los dictámenes periciales, el Tribunal violó también el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, pues la vigencia del Decreto la dispuso el legislador en armonía con el principio allí consignado, toda vez que la sentencia impugnada fue proferida en el mes de mayo de 1969. Por último, debe tenerse en cuenta que los actos ejecutivos del Gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria tienen fuerza obligatoria, al tenor del artículo 12 de la misma Ley 153".

La Corte considera

"Un recurrente en casación acusa la sentencia del Tribunal de violatoria de la ley. La violación puede o no provenir de errónea apreciación de pruebas. Cuando no proviene de esto no ocurre limitación alguna en razón de no haberse discutido al respecto en las instancias o de no haberse presentado en el decurso de ellas el problema o problemas netamente jurídicos en que la acusación consiste o se basa... No así cuando la violación de ley sustantiva de que se acusa un fallo proviene de error en la apreciación de pruebas (se subraya). En estos cargos de orden mixto la situación es diferente, porque ya no se está en el amplio y aun ilimitado campo jurídico de que acaba de hablarse, en el cual en defensa de la ley violada no hay posibles recortes a esta acción tutelar, ni temor de sorpresas o asechanzas de una de las partes litigantes para con la otra, sino que se está en terreno distinto en que la intervención del elemento de hecho cambia la faz procesal fundamentalmente, ya que el levantamiento de pruebas y su estudio sí es algo circunscrito dentro de cada litigio por la calidad y marcha del mismo, de suerte que todo lo atañedero a ellas tiene su ciclo preciso dentro de las instancias y naturalmente en períodos anteriores a la sentencia del Tribunal" (se subraya). Cas. Civ. G. J., Nº 1911, Pág. 731.

Con arreglo a esta jurisprudencia, que la Corte no ha variado, toda alegación conducente a demostrar que el sentenciador de segundo grado incurrió en errónea apreciación de alguna prueba por razones de hecho o de derecho que no fueron planteadas ni discutidas en las instancias, constituye medio nuevo, no invocable en el recurso extraordinario de casación.

Tal ocurre precisamente con el error de derecho que la censura imputa al Tribunal en el cargo que se estudia. Lo funda ésta en errónea valoración del dictamen principal, proveniente de violación-medio de un texto legal no invocado en instancias. La argumentación del recurrente sobre este particular, es completamente nueva y por tanto sorpresiva.

Acaso se arguya que el texto legal en cuestión entró en vigencia ya muy adelantado el proceso y que por ello no hubo oportunidad de invocarlo antes del fallo del Tribunal. Esta argumentación sería inadmisible, porque lo dispuesto por el artículo 4º del Decreto 2367 de 1968 no es sino una repetición ampliada de la norma que contiene el artículo 60 de la Ley 63 de 1936, cuyo inciso final dice así: "El juez determinará de oficio el valor de los honorarios en el auto por medio del cual ordene correr traslado a las partes de la diligencia de avalúos y ellos solo se deben a partir de la fecha de dicho auto. Pero 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" (subraya la Sala).

El cargo, por lo tanto, no prospera.

Segundo cargo

La censura lo plantea de esta manera: "Acuso la sentencia de violar los artículos 1946 y 1947 del Código Civil incurriendo en manifiesto error de hecho por la indebida aplicación del artículo 721 del C. J. a los dictámenes periciales rendidos por los doctores Anzola Casseres y Uribe Maldonado".

"La plenitud de la prueba en cuanto a un avalúo —advierte el recurrente—, debe provenir de un dictamen explicado y debidamente fundamentado, al tenor del artículo 721 del C. J."

En la valoración del dictamen de los peritos Anzola y Uribe, agrega el censor, el Tribunal omitió tener en cuenta las siguientes pruebas; que demuestran cómo ese dictamen no está debidamente fundamentado:

a) La escritura Nº 3029 del 23 de septiembre de 1958, de la Notaría Sexta de Bogotá, instrumento por el cual se liquidó la "Urbanización Rosablanca Ltda." Consta en éste que los socios acordaron unánimemente para las manzanas P., O. y U., entre otras, un precio de $ 2.00 por vara cuadrada, y para la manzana Z, también entre otras, $ 1.00 por vara cuadrada. La dación en pago objeto del litigio comprende parte de la manzana P., toda la manzana O., toda la manzana U., parte de la manzana K. y parte de la manzana Z., avaluadas por los peritos Anzola y Uribe a razón de $ 8.00 la vara cuadrada;

b) La escritura Nº 570 del 17 de marzo de 1959, de la Notaría Décima de Bogotá, mediante la cual "Cardozo, Araújo, Cifuentes & Cía. Ltda.", socios de "Urbanización Rosablanca Ltda.", le vendieron a Félix Torres un solar de esta urbanización a $ 1.40 la vara cuadrada;

c) La escritura Nº 579 de las mismas fecha y Notaría, por la cual los mismos vendedores cedieron otro solar de la citada urbanización a $ 2.00 la vara cuadrada;

d) La escritura Nº 677 del 31 de diciembre de 1959, de la misma Notaría Décima, por la cual Ramón Corredor vendió terrenos de la misma urbanización al precio de $ 3.00 la vara cuadrada;

e) La escritura Nº 2732 del 18 de octubre de 1956, de la Notaría Sexta de Bogotá, por la cual el mismo Corredor vendió otros terrenos de "Rosablanca" a $ 2.00 la vara cuadrada.

Además, dice la censura, el sentenciador no tuvo en cuenta otras pruebas que los peritos sí consideraron, pero no en toda su integridad:

Las escrituras Nos. 851 y 852 del 2 de agosto de 1958 y la Nº 1115 del 5 de septiembre de 1959, todas de la Notaría de Girardot, en las cuales constan ventas de solares en la Urbanización "La Magdalena", colindante con "Rosablanca", a razón de $ 7.00, algo menos de $ 7.00 y poco más de $ 10.00 la vara cuadrada, respectivamente, pero con "alcantarillado, red de alumbrado y acueducto, sardineles, explanación de andenes, arborización y calles en macadam...", debiéndose tener en cuenta que en la Urbanización "Rosablanca" no existía ninguno de estos servicios, que fue lo que el Tribunal no observó.

Finalmente, nota el acusador, el Tribunal sí tuvo en cuenta las certificaciones expedidas por el Registrador de Instrumentos Públicos de Girardot, pero las apreció parcialmente, solo en las partes que consideró favorables a los dictámenes de los peritos Anzola y Uribe, a saber:

a) Las operaciones a que los certificados aluden en la Urbanización "La Magdalena", colindante con "Rosablanca", a razón de $ 5.50 la vara cuadrada, comprenden todas las obras de urbanización citadas atrás, lo que arrojaría un precio mucho menor por el simple terreno sin esas obras; y

b) Las ventas de solares de la Urbanización "Rosablanca" que allí se mencionan, no fueron tenidas todas en cuenta por el juzgador, sino apenas las que estimó que reforzaban el dictamen pericial, y otras que se celebraron en fechas posteriores a la de la dación en pago.

La Corte observa

1. Para apreciar la fundamentación del dictamen de los peritos, el juzgador de segunda instancia no omitió tomar en consideración parte de las pruebas aducidas al proceso. Lo ocurrido fue que algunas de ellas produjeron en él mayor convencimiento que las otras. La Corte no puede destruir este juicio crítico sustituyéndolo con otro. El solo hecho de haber tenido en cuenta el Tribunal varias de las pruebas ilustrativas del avalúo practicado por los expertos, descarta toda contraevidencia en su apreciación del peritaje.

Sobre este punto la Sala ha expresado claramente su pensamiento en varias sentencias, entre otras la de fecha 3 de junio de 1954, cuya parte pertinente reza así: "Si el Tribunal en su apreciación soberana ha encontrado debidamente fundamentados los dictámenes, no puede la Corte en casación modificar tal apreciación por consideraciones que no alcanzan a destruir las conclusiones cardinales de los expertos. No apareciendo como no aparece en el caso presente un flagrante error de hecho, la Sala desecha la acusación que formula el recurrente por este otro aspecto... En estas condiciones para la Corte es invulnerable la apreciación que haya hecho el sentenciador respecto de una prueba pericial como la que se ha producido dentro del presente negocio. Asumir funciones de juzgador de instancia para cambiar la estimación que hizo el Tribunal de tales elementos de prueba sometidos a su crítica, sería desviarse de la tarea que la ley le ha asignado" (G. J., Nº 2142, Pág. 765).

2. Además se advierte, aunque ello no tenga importancia tan decisiva como la que tiene la cuestión puntualizada anteriormente, que el censor no indicó si las disposiciones sustanciales que estima infringidas por la vía indirecta lo fueron por falta de aplicación o por aplicación indebida, especificación que es indispensable hacer de acuerdo con los textos legales que regulan este recurso extraordinario.

En consecuencia, se rechaza el cargo.

Tercer cargo

Para formular éste, dice el recurrente, "Acuso la sentencia de violar los artículos 1849, 1857, 1946, 1947 y 1948 del Código Civil por infracción directa; 1627 y 1633 de la misma obra, también por infracción directa, en cuanto debiéndolos aplicar, el Tribunal se abstuvo de hacerlo. También impugno el fallo por violar el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 y los artículos 26, 27 y 31 del Código Civil por falta de aplicación y el artículo 2313 de la misma obra también por falta de aplicación " (los subrayados son de la Corte).

Para fundamentar el cargo, la censura hace detenido examen de si en la dación en pago cabe o no la lesión enorme, y exponiendo juiciosa crítica de la doctrina contenida en fallo de esta Sala proferido el 31 de mayo de 1961, concluye que no habiendo analogía entre la dación en pago y la compraventa, no cabe aplicar a aquella la institución excepcional que permite rescindir esta otra por lesión enorme.

Considera la Corte

Valederos o no valederos que sean los argumentos expuestos por el censor en lo que concierne a este punto doctrinal, el cargo en manera alguna puede prosperar, porque de ser cierto que en la dación en pago no cabe la rescisión por lesión enorme, el Tribunal habría incurrido en aplicación indebida de los textos legales que la admiten para la compraventa, no en falta de aplicación de los mismos.

Se rechaza por lo tanto el cargo.

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nom-

bre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia materia de este recurso extraordinario, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 13 de mayo de 1969.

Las costas de dicho recurso son de cargo de la parte que lo interpuso.

Cópiese, notifíquese, publíquese, devuélvase e insértese en la Gaceta Judicial.

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

SOCIEDAD DE HECHO

Sus distintas clases. — Cualquiera que sea su clase tiene siempre carácter contractual. — La nulidad de la sociedad de hecho no tiene efecto retroactivo sino futuro. — Prueba de la existencia de la sociedad de hecho. — El aporte de bienes raíces o de derechos reales en estos, debe hacerse por escritura pública. — Aportes: sus distintas clases.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

(Aprobado según Acta número 71 de fecha veintiséis de los corrientes).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia del 26 de octubre de 1968, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Antioquia en el juicio ordinario instaurado por Guillermo Ramírez Saldarriaga frente a Epitacio González Uribe.

I

El litigio

1. Mediante libelo admitido el 5 de diciembre de 1967 Guillermo Ramírez Saldarriaga demandó ante el entonces Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia a Epitacio González Uribe, a fin de que se reconociese la existencia de la sociedad de hecho formada por ellos desde el 14 de marzo de 1965 y hasta el 22 de enero de 1967, "consistente en el mejoramiento de la finca denominada Las Palmas, ubicada a unos mil trescientos metros de la carretera de Medellín a Turbo, con una cabida de ciento cincuenta y seis hectáreas", compañía en la cual el demandante fue socio "administrador o industrial" y el demandado socio capitalista; para que además se declarase su disolución y se ordenase la liquidación del patrimonio social.

2. Los hechos que en la demanda se invocan como constitutivos de la causa petendi, quedan sintetizados en los siguientes:

Que González Uribe era propietario de una tierra de 200 hectáreas, por compra que previamente había hecho a Luis González; que en diciembre de 1964 el demandado le propuso a Ramírez Saldarriaga que se posesionara de 150 hectáreas "para servir de activo administrador, mejorando dicha finca, descuajando los montes, haciendo cercos, sembrando pasto, poniendo los alambrados, es decir, mejorando intensamente esa propiedad"; que el convenio, aceptado por el demandante, implicaba "dividir las utilidades que se adquirieran de la tierra, teniendo en cuenta que tales tierras en ese momento del negocio se avaluaban entre los socios en la suma de mil quinientos pesos ($ 1.500.00) M/L. (se refiere a la unidad hectárea), y sobre este convenido precio, lo que más valiera en el momento de la disolución de la sociedad, sería lo que se entraría a repartir por iguales cantidades"; que González se comprometió a entregar a Ramírez una suma semanal de $ 2.000.00 para invertir en gastos de la finca, cuota que fue disminuyendo en su cuantía, hasta llegar al completo incumplimiento de este compromiso; que en enero de 1967 aquel comunicó a éste la venta que había hecho de

90 hectáreas de ese fundo, porción que comprendió la casa de habitación ocupada por el socio administrador en virtud de lo cual éste tuvo que abandonarla; y que entonces se liquidaron las mejoras del ganado por lo cual González participó a Ramírez "meros once mil pesos", y además le participó la suma de seis mil pesos como retribución de un trabajo que le había hecho en el montaje de la finca La Florida".

3. Surtido el trámite de la primera instancia, con oposición del demandado, el juzgado de la causa le puso término con sentencia de 12 de julio de 1968, mediante la cual acogió todas las súplicas impetradas en la demanda e impuso al demandado las costas judiciales.

Por apelación interpuesta por esta parte el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Antioquia, el que, por sentencia del 26 de octubre siguiente confirmó el fallo así impugnado.

II

La sentencia del Tribunal

1. Luego de relatar los antecedentes del litigio y el trámite de las instancias, transcribe el sentenciador algunas jurisprudencias de la Corte atinentes a la naturaleza de la sociedad de hecho, sus clases por razón del origen, el carácter contractual y los elementos que la estructuran, la nulidad y los efectos jurídicos que de ella dimanan. Nota, además, que en la legislación colombiana esta "institución jurídica" se halla establecida por los artículos 2083 del Código Civil, 476 y siguientes del Código de Comercio.

2. Y después de afirmar que las partes gozan de libertad probatoria para acreditar en juicio la existencia de una sociedad de hecho, emprende el análisis de las posiciones absueltas por González Uribe a petición de Ramírez Saldarriaga, ante el Juzgado Civil Municipal de Turbo el 29 de agosto de 1967, encontrando en ellas la confesión del demandado de haber pactado con su demandante el contrato de sociedad, confesión que, dice el Tribunal, por haberse rendido ante funcionario competente según el Decreto número 1698 de 1964, es judicial y por consiguiente tiene fuerza de plena prueba, a términos de lo estatuído por los artículos 1769 del C. C., 604 y 606 del C. J.

Deduce, por tanto, "que el demandado confesó que había formado con el demandante una sociedad de hecho siendo socio capitalista el demandado y consistiendo su aporte en una finca y por aporte, por parte del demandante, se admitió su trabajo y dirección para el montaje de esa finca, cumpliéndose fielmente tal montaje desde el momento en que el demandado confiesa como ya se vio, que la finca quedó montada y en plena producción. De modo que la existencia de la sociedad es un hecho que hay que tenerlo por cierto, lo mismo que hay que admitir el hecho de cuál fue el objeto social".

3. Acomete en seguida el ad-quem el examen del "acta de conciliación" sentada el 28 de junio de 1967 por el Inspector de Asuntos Campesinos de Turbo, con intervención del demandante en el presente proceso y del abogado Absalón Estrada "como apoderado del señor Epitacio González", para inferir que este documento, que es plena prueba según el artículo 632 del C. J., también demuestra la existencia de la sociedad de hecho referida en la demanda, puesto que, dice, en él el "apoderado de la parte demandada confiesa lisa y llanamente que la tierra entregada en compañía a Ramírez a razón de $ 1.500.00 la hectárea, fue para partir utilidades luego de deducir los gastos".

Advierte el fallador que no era necesario legalmente aportar al proceso escritura pública para acreditar la propiedad del inmueble por parte del demandado, ni tampoco para demostrar que lo había entregado como aporte a la sociedad: no lo primero, afirma, porque aquel dominio lo confesó en posiciones; tampoco lo segundo por cuanto "no se trata de un juicio reivindicatorio en el cual sí se requiere probar el dominio por parte del demandante y la posesión por parte del demandado".

4. Nota finalmente el Tribunal que la base acordada por los socios para el repartimiento de las utilidades o pérdidas de la especulación, se encuentra en las manifestaciones que ante el Inspector de Asuntos Campesinos de Turbo y contenidas en la ya referida acta de conciliación, hizo el abogado Estrada Vélez "como apoderado de la parte demandada". "Se tiene entonces —dice al respecto la sentencia que se revisa— que los socios aspiraron a vender la hectárea de tierra ya montada, a un mayor precio de los $ 1.500.00 fijados, el exceso en el precio se repartía entre los socios y así queda definido, en forma clara el fin que se propusieron, demandante y demandado al asociarse para mejorar, en todo sentido, la finca denominada 'Las Palmas' que fue el aporte hecho por González y consistiendo el aporte hecho por Ramírez Saldarriaga en su esfuerzo y dirección".

III

La demanda de casación y consideraciones de la Corte

Contra la sentencia de segundo grado interpuso el demandado el recurso de casación. En su demanda le formula tres cargos todos con fundamento en la causal primera del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, vigente a la sazón, y que la Corte procede a examinar en el orden en que aparecen propuestos.

Primer cargo

1. En su planteamiento se denuncia el quebranto indirecto, por aplicación indebida, de los artículos 1769, 2079, 2081, 2083, 2141 del Código Civil, 472 y 475 del Código de Comercio, a causa de error de derecho del Tribunal al estimar el mérito "de la presunta confesión del demandado (posiciones y acta levantada ante el Inspector del Trabajo)".

El error de derecho en que habría incurrido el sentenciador lo hace consistir el recurrente, en primer lugar, en haber apreciado dichos documentos "siendo que no aparece pagado el impuesto de timbre"; y en segundo término, en haber atribuído a las posiciones absueltas por el demandado ante el Juez Segundo Civil Municipal de Turbo el carácter de confesión judicial, y considerado como confesión del demandado manifestaciones hechas por el abogado Absalón Estrada ante el Inspector de Asuntos Campesinos de esa ciudad.

2. En desarrollo del cargo por el primer aspecto nota el censor que al expedirse la copia de la actuación sobre la recepción de posiciones, lo mismo que la referente al acta de conciliación, no se dio cumplimiento a lo que disponen las leyes sobre impuesto de timbre nacional.

Consecuencialmente advierte que no es legal estimar dichos documentos como prueba, sin infringir los artículos 3º, numeral 46 de la ley 24 de 1963 y 17 del Decreto número 2908 de 1960 que prescriben, el primero, el deber de pagar por "las copias de las diligencias de absolución de posiciones o de declaratoria de confeso, cuando se utilicen como pruebas en los juicios civiles o diligencias administrativas veinticinco centavos ($ 0.25) por cada cien pesos ($ 100.00) o fracción, del valor de la obligación", o veinte pesos ($ 20.00) cuando el valor de ésta sea indeterminado; y el segundo la prohibición de tener como prueba alguno de estos documentos "si no está provisto de las estampillas correspondientes, debidamente anuladas, o carece de la constancia de haber pagado el impuesto". Agrega que además el acta de conciliación es irregular puesto que no está autorizada por el secretario de la Inspección de Asuntos Campesinos, ni firmada por este funcionario, deficiencia que también impide su estimación como prueba.

3. Al desenvolver el cargo por el segundo aspecto asevera el impugnador, en relación con las posiciones absueltas por el demandado ante el Juez Civil Municipal de Turbo el 29 de agosto de 1967, que erró el Tribunal al considerar que contenían confesión judicial, puesto que, dice, se absolvieron ante juez incompetente. Explica que como para esa fecha ya se encontraba en vigencia

el Decreto número 1867 de 1967, mediante el cual se restablecieron los juzgados de circuito y se les atribuyó, entre otros deberes, el conocimiento "de los juicios referentes a nulidad, disolución y liquidación de sociedades...", el Juez Municipal de Turbo era incompetente para recibir posiciones al demandado por causa de la cuestión controvertida en este juicio.

Atinente al "Acta levantada en la Inspección de Asuntos Campesinos" de Turbo, advierte el censor que en su encabezamiento "se dice que el doctor Absalón Estrada actúa como apoderado del señor Epitacio González, sin mencionar el poder, ni transcribirse éste, ni indicarse que se agrega a la actuación"; que en esas circunstancias dicho profesional no podía comprometer a éste, ni mucho menos confesar en su nombre, por carecer de facultad para ello; y que como no demostró que para entonces existiera el poder de representación, sus manifestaciones no pueden tenerse como confesión en contra del demandado por no estarse en presencia de ninguno de los casos en que, según el artículo 607 del C. J., vale la confesión del apoderado judicial.

4. Concluyendo el desarrollo del cargo dice el recurrente que como la sentencia del Tribunal de Santa Fe de Antioquia se fundó solamente en el análisis "de las posiciones rendidas por Epitacio González, compaginado con la apreciación de lo manifestado por el abogado Estrada Vélez en la diligencia ante el Inspector Laboral... el sentenciador quebrantó por aplicación indebida, el artículo 1769 del C. Civil, en concordancia con el artículo 604 del Código Judicial, que le atribuyen valor de plena prueba a la confesión".

Se considera

1. El fundamento del error de derecho que en la primera parte de su censura denuncia el recurrente, esto es que el sentenciador apreció como prueba las copias de unos documentos sin que en ellas aparezca la constancia de haberse pagado los impuestos de timbre nacional, constituye un medio nuevo, inadmisible en casación, pues la prueba no fue atacada por ese motivo en ninguna de las instancias del proceso, y, por tanto, el reparo que ahora se formula no fue sometido a la consideración de los juzgadores de primero o segundo grados, ni analizado oficiosamente por ellos. "Se violaría el derecho de defensa —ha dicho la Corte— si uno de los litigantes pudiera echar mano en casación de hechos, extremos o planteamientos no alegados ni formulados en instancia, respecto de los cuales, si lo hubiesen sido entonces, la contraparte habría podido defender su causa... La sentencia no puede enjuiciarse en casación sino con los materiales que sirvieron para estructurarla; no con materiales distintos, extraños y desconocidos. Sería, de lo contrario, una lucha desleal, no solo entre las partes, sino también respecto del Tribunal fallador, a quien se le emplazaría a responder en relación con hechos o planteamientos que no tuvo ante sus ojos, y aún respecto del fallo mismo, que tendría que defenderse de armas para él hasta entonces ignoradas". (G. J., t. LXXXIII, Pág. 76).

"De las muchas sentencias en las cuales ha declarado la Corte inadmisibles los cargos de casación —dijo la Corporación en sentencia de 16 de agosto de 1969— por tratarse de medios nuevos, importa destacar por la similitud que guardan con el caso que se examina, la de 15 de febrero de 1932 (G. J., t. XXXIX, Pág. 478), que rechaza la alegación de hallarse unas cuentas extendidas en papel común, cuando según la ley debían haberlo sido en papel sellado, porque no se formuló en instancia; la de junio 6 de 1945 (LIX, Pág. 137) que niega la casación apoyada en el planteamiento de ser nulas las partidas de estado civil, por no haber sido objetadas antes; y la de 23 de junio de 1961 (XCVI, Pág. 101), que niega el cargo que 'se hace consistir en el error de derecho cometido por el sentenciador al aceptar como prueba del hecho de haber llegado la actora a los 21 años, el acta de nacimiento de origen eclesiástico documento que carece de las estampillas de timbre nacional requeridas por el artículo 1º, ordinal 30 de la Ley 69 de 1946', en razón de que 'si la validez de la mencionada partida del estado civil, para el efecto indicado, no fue

discutida por el motivo a que se contrae el cargo, en ninguna de las instancias, ni se trató de él en ninguna de las sentencias, la alegación de que se trata implica un medio nuevo del todo improcedente en casación'..." (G. J., t. CXXXI, Pág. 144).

Esto, precisamente, es lo que ocurre con la censura que se estudia, según se expresó atrás, puesto que el hecho de aparecer las copias de las posiciones absueltas extrajudicialmente por el demandado y del acta de conciliación asentada por la Inspección de Asuntos Campesinos de Turbo, sin las estampillas que ordenan las leyes fiscales, o sin la constancia de haberse pagado el impuesto, no fue alegado en ninguna de las instancias del juicio ni considerado en ninguno de los fallos, razón por la cual debe desestimarse el cargo por el primero de los aspectos por los cuales viene formulado.

2. En relación con la segunda fase de esta censura, se observa:

Exhaustivamente lo tiene dicho la doctrina de la Corte que el error de hecho en la apreciación de la prueba ocurre cuando el sentenciador no vio la que obra en el juicio o supuso la que no existe en él, hipótesis éstas que comprenden la desfiguración de la prueba, bien sea porque se le agregó algo que le es extraño (suposición), o porque se le cercenó su real contenido (preterición). Se requiere, además, que la conclusión sobre la cuestión de hecho a que llegó aquel por causa del error, sea contraevidente, esto es, contraria a la realidad fáctica establecida por la prueba, y que el yerro cometido incida en la decisión.

Y que el error de derecho, en cambio, tiene lugar cuando a pesar de la correcta apreciación de los elementos de prueba, en cuanto a su presencia objetiva en el proceso, el juzgador yerra al evaluar su eficacia probatoria, bien sea atribuyéndoles un mérito que la ley no les concede o negándoles el que ella les asigna. En tal ocurrencia debe el recurrente señalar el precepto de disciplina probatoria infringido por el sentenciador, demostrar la existencia del yerro y precisar su incidencia en el fallo impugnado.

El error de derecho en que habría incurrido el Tribunal al valorar las posiciones absueltas por el demandado ante el Juzgado Civil Municipal de Turbo y el acta de conciliación asentada por el Inspector de Asuntos Campesinos de esa ciudad, lo hace consistir la censura, respectivamente, en que aquel consideró como confesión judicial la rendida ante juez incompetente y en que estimó las manifestaciones del abogado Estrada Vélez como confesión en contra del demandado, sin existir la prueba de la representación o de la autorización de éste a aquel para hacerla. La sola enunciación de este aspecto del cargo es suficiente para advertir la falta de correspondencia entre el motivo invocado y las razones en que se apoya, puesto que si, como lo dice el impugnador, el Tribunal atribuyó falsamente a las posiciones carácter de confesión judicial por considerar que se habían absuelto ante juez competente; si equivocadamente vio que el Juez Municipal Civil de Turbo tenía atribución legal para recibir dichas posiciones; si erróneamente consideró que el citado profesional Estrada Vélez tenía autorización para confesar en nombre del demandado; si, contrariamente a lo que aparece de la realidad objetiva del proceso, supuso la existencia en él de la prueba de un mandato, el desacierto al estimar esas pruebas con el alcance que les dio, por referirse a la objetividad misma de los medios, entrañaría un evidente error de hecho y no de derecho.

La falta de técnica con que está formulada esta parte de la censura, la hace ineficaz, ya que ese posible yerro fáctico del fallador no lo podría considerar la Corte dentro de los límites de error de jure que el impugnante ha demarcado para su acusación.

Cabría agregar, para mayor abundamiento, que si, como lo sostiene el recurrente, las posiciones fueron absueltas ante un juez incompetente en razón de la naturaleza de la cuestión controvertida, por lo cual ciertamente la confesión contenida en las respuestas respectivas no puede calificarse de judicial, según lo prescribía el artículo 604 del Código Judicial vigente en esa época; sí adquirió el carácter de extrajudicial cuya valoración la deja la ley a la discreta sobe-

ranía del fallador de instancia quien por tanto puede atribuirle mérito de plena prueba (Art. 609 ibídem), apreciación esta que es inmodificable en casación mientras contra ella no se alegue y se demuestre evidente error de hecho, lo que no ha ocurrido en este caso.

Se rechaza pues este cargo.

Segundo cargo

1. Se formula por manifiesto error de hecho proveniente de la indebida apreciación que el Tribunal hizo "de la prueba de confesión (posiciones del demandado y Acta levantada ante la Inspección del Trabajo de Turbo)", lo que lo condujo a violar, por aplicación indebida, los artículos 2079, 2081 inciso 2º, 2083 y 2141 del Código Civil.

2. A intento de demostrar el cargo el censor empieza por transcribir las consideraciones formuladas en su sentencia por el fallador para deducir, con base en el análisis de las manifestaciones hechas por el abogado Absalón Estrada y contenidas en el "Acta de Conciliación" asentada por el Inspector de Asuntos Campesinos de Turbo, que entre demandante y demandado se pactó una sociedad, con el objeto de repartir entre ellos las ganancias o pérdidas que resultaren de la especulación. Afirma en seguida que el yerro del sentenciador estriba en que "da por sentado un hecho no aseverado por el abogado Estrada, en el sentido de que los presuntos socios convinieron en señalar un precio de $ 1.500.00 a la hectárea de la finca 'Las Palmas', con el propósito de partir el mayor precio, por mitad, entre Ramírez y González. El acta, repito, no dice eso, y en la transcripción que allí se hace de lo dicho por el abogado, no aparece el concepto que deduce el fallador".

Agrega luego el impugnante que en las posiciones absueltas por el demandado, en ninguna de sus respuestas aparece confesión suya "en el sentido de que hubiese convenido con Ramírez repartir las utilidades o pérdidas del negocio o especulación sobre la finca 'Las Palmas'. Y mucho menos resulta de allí —añade el censor— confesión declarando que se señaló a la tierra un valor de $ 1.500.00 antes de introducirle mejoras, para repartir entre Ramírez y González, por partes iguales, el mayor producto que se obtuviese, en el evento de venta del tal inmueble". Dice además que si González reconoció en esa diligencia, "en forma por demás ingenua, propia de un campesino", la existencia entre él y su demandante de una sociedad de facto, lo hizo empleando términos que, por implicar calificación jurídica de un hecho, desconocía en su verdadero alcance y que por tanto no puede atribuírseles eficacia para deducir de ellos consecuencias jurídicas en su contra.

3. Concluyendo la formulación de esta censura dice el recurrente que en la sentencia por él impugnada se da "por probado, sin estarlo, uno de los elementos básicos de la sociedad civil (en este caso sociedad de hecho) cual es el de **objeto tendiente a repartir entre los socios las ganancias o pérdidas de la especulación**".

Se considera

1. Como lo ha dicho la Corte, "en punto de estimación de pruebas, el error de hecho tipifica un desacierto objetivo, que en último término se polariza en uno de dos extremos a saber: o bien que el juzgador no vea o ignore una prueba presente en el juicio, en consecuencia de lo cual desconoce el hecho que tal medio acredita; o bien que suponga como existente una prueba que no obra en el debate, dando como demostrado por ese medio imaginario un hecho que no ha sucedido. Dentro de este segundo extremo, se comprende la hipótesis de que el sentenciador, al contemplar una prueba, entienda que dice lo que ella no reza, porque ciertamente leer un medio de modo distinto a como éste se manifiesta es en definitiva suponer un elemento de convicción que no está en el proceso". (G. J., t. CXVI, Pág. 80).

2. En el caso de este juicio y en lo que toca con el contenido del "Acta de Conciliación número 125" suscrita ante el Inspector de Asuntos Campesinos de Turbo el 28 de junio de 1967 por el abogado Absalón Estra-

da V., "como apoderado del señor Epitacio González", no aparece que el Tribunal hubiera visto esa diligencia de modo distinto a como obra en el proceso; ni que le hubiera hecho decir lo que ella no reza. Ciertamente, si se lee su texto con la debida atención se tiene que dicho profesional expresó entonces: "Que de acuerdo con los informes del señor González la tierra entregada en compañía a razón de $ 1.500.00 la hectárea al reclamante (aludía a Ramírez Saldarriaga), para partir utilidades luego de deducir los gastos que en cantidad aproximada de $ 220.000 suministró el mismo señor" agregando luego que "se trata de una sociedad de hecho de perfiles meramente civiles, que según el reclamante, no se ha liquidado por lo que lo procedente es un corte de cuentas en que cada uno de los dos contratantes presente las suyas para ver quién le debe a quién y cuánto, cosa que desde luego estoy dispuesto a propiciar".

Luego, si el Tribunal, al analizar este medio probatorio, se limitó a transcribir literalmente dicha manifestación del abogado y sobre su exacto contenido edificó la conclusión en relación con el valor de la finca cuyo mayor precio para repartir se buscaba, no puede decirse que haya incurrido en el error de hecho que le atribuye la censura.

3. En relación con el error de facto que el censor le imputa al sentenciador en la apreciación de las posiciones absueltas por el demandado, observa la Corte:

Es verdad que el demandado en ninguna de las respuestas que dio a las preguntas formuladas manifestó expresamente haber entregado la finca "Las Palmas" a su demandante, a razón de $ 1.500.00 la hectárea, con el propósito de repartir entre ellos el mayor valor, en caso de venta del inmueble. Pero también lo es que el Tribunal, para hacer dicha inferencia, no tomó esta prueba como principal, sino como corroborativa de la conclusión a que llegó en la crítica del contenido del "Acta de Conciliación", que es la que presenta como básica al respecto y cuya estimación, como quedó visto ha salido ilesa del ataque contra ella dirigido por la censura. "Corrobora lo anterior, —dice la sentencia en la parte pertinente— lo preguntado y respondido en las posiciones 1ª y 2ª", y que al efecto transcribe.

Examinando esta absolución de posiciones, el sentenciador encontró que por ella el deponente confesó haber constituído con su demandante una sociedad de hecho, con el objeto de "adelantar mejoras agrícolas y cría de ganados en una finca de su propiedad" que allí determina y especifica por sus linderos. Y sobre este hecho expresamente reconocido por el absolvente dedujo, apoyándose además en las manifestaciones hechas por el abogado Estrada ante el Inspector de Trabajo de Turbo, "que los socios aspiraron a vender la hectárea de tierra ya montada, a un mayor precio de los $ 1.500.00, fijados, el exceso en el precio se repartía entre los socios y así queda definida, en forma clara el fin que se propusieron, demandante y demandado al asociarse para mejorar, en todo sentido, la finca...".

4. Como sobre esta conclusión de hecho, ajustada a la evidencia de lo que expresen las pruebas referidas, el Tribunal montó las consideraciones de derecho en que se funda la decisión, no encuentra la Corte, consiguientemente, el error de hecho que el recurrente le imputa en la apreciación de los medios de prueba producidos en el juicio.

La censura es pues ineficaz.

Tercer cargo

1. Mediante él se acusa la sentencia por haber incurrido el Tribunal en error de derecho en la valoración de la confesión del demandado, contenida en las posiciones absueltas antes del juicio, proveniente de haberle atribuído pleno mérito probatorio desacatando lo dispuesto por los artículos 605, 630 y siguientes del Código Judicial, yerro que indujo al sentenciador a la violación indirecta de los artículos 749, 756, 759, 1857 y 1880 del Código Civil, por falta de aplicación, y de los artículos 2063 y 2141 ibídem, por apreciación indebida.

2. En desarrollo del cargo empieza el censor afirmando que en la sentencia el Tribunal da por establecida una sociedad de hecho entre demandante y demandado, referente a un inmueble que no se sabe en qué municipio se halla ubicado, con la sola confesión del demandado, sin advertir que esta prueba es inadmisible en los casos en que la ley exija otro medio de demostración.

Expresa luego el impugnante que los artículos 749, 756 y 759 del Código Civil, en concordancia con los preceptos 630 y siguientes del Código Judicial, establecen que "todo lo referente a inmuebles, incluyendo la prueba de éstos para cualquier efecto jurídico, requiere escritura pública y demostración de inscripción en el Registro de Instrumentos Públicos y Privados. Ese principio esencial —añade la censura— lo desconoció el Tribunal de Santa Fe de Antioquia en el caso a estudio y, cometiendo error de derecho aceptó la existencia del inmueble como único bien de la presunta sociedad de hecho, ateniéndose simplemente a la confesión del demandado, sin exigir la escritura pública".

3. Concluyendo la formulación del cargo dice el recurrente que la sentencia quebranta por falta de aplicación, debiendo haberlos aplicado, el artículo 749 del C. C. que preceptúa que cuando la "ley exige solemnidades especiales para la enajenación, no se transfiere el dominio sin ellas"; el 756 de la misma obra según el cual la tradición del dominio de los bienes raíces solo se efectúa por la inscripción del título; el 750 ibídem que enseña que "los títulos traslaticios de dominio que deben registrarse, no darán o transferirán la posesión efectiva del respectivo derecho mientras no se haya verificado el registro"; y que los artículos 2083 y 2141 "se violaron, por aplicación indebida, en cuanto la sentencia dispuso la disolución y liquidación de una sociedad de hecho referente a un inmueble cuya existencia jurídica no se demostró conforme a las normas legales pertinentes".

Se considera

1. La sociedad resulta de la figura jurídica llamada contrato. La autonomía de la voluntad y su corolario la libertad contractual, sin otras limitaciones que las que les imponen las leyes por motivos de interés social y aún de orden público, son suficientes para crear la compañía. Reina entre los asociados una voluntad de colaboración activa, conscientes de que la unión de esfuerzos y de capital será capaz de lograr lo que aisladamente una persona y su capital individual no conseguiría.

El derecho colombiano reconoce expresamente a la sociedad creación contractual. Dice en efecto el artículo 2079 del Código Civil: "La sociedad o compañía es un contrato por el que dos o más personas estipulan poner un capital u otros efectos en común, con el objeto de repartirse entre sí las ganancias o pérdidas que resultan de la especulación. La sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados".

2. Para que esta especie de contrato adquiera plena validez jurídica y pueda por tanto calificarse como sociedad regular, es menester que al celebrarlo se cumplan los siguientes presupuestos: 1º los requisitos de fondo que el artículo 1502 del Código Civil exige para todo contrato, esto es, la capacidad de los contratantes, su consentimiento exento de vicio, el objeto y la causa lícitos; 2º los elementos especiales que le son propios al contrato de sociedad como tal, vale decir, la concurrencia de un número plural de personas, el aporte de cada uno de los socios, la persecución de un beneficio común, el reparto entre ellos de las ganancias o pérdidas, y finalmente la affectio societatis o intención de asociarse; y 3º las exigencias de forma que la ley positiva establece para cada clase de sociedad, según tenga carácter civil o mercantil y según corresponda al tipo de las de personas o al de las de capital.

3. Cuando al constituírse una sociedad los contratantes olvidan o desprecian los requisitos de forma legalmente requeridos para la eficacia del pacto, ya sea porque los socios no quisieron o no pensaron llenar las solemnidades de su convenio, o ya porque dichas formalidades que sí quisieron observarse no resultaron a la postre idóneas, nace

a la vida del derecho ese ente que la doctrina universal llama sociedad de hecho.

4. De ahí que, como lo ha dicho la Corte, la sociedad de hecho sea de dos clases, a saber: a) las que se forman por virtud de un consentimiento expreso y que, por falta de uno, de varios o de todos los requisitos que la ley exige para las sociedades de derecho, no alcanzan la categoría de tales; y b) las que se originan en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resulten del consentimiento implícito de las actividades realizadas en común. La primera de esta clase es conocida como sociedad irregular, o sociedad de hecho por degeneración; y la segunda, esto es la que resulta de los hechos mismos, sociedad creada de hecho o por los hechos.

La anterior clasificación es sin embargo incompleta, como lo sostienen los doctrinantes de esta materia, porque deja por fuera aquellas sociedades que también son de hecho, a pesar de que ellas hayan observado todas las formas solemnes exigidas para su constitución o para su prórroga, y que resultan nulas al tenor del artículo 2083 del C. C., por defectos internos, como el consentimiento viciado, o en general por causas distintas a objeto ilícito o causa ilícita.

5. pero cualquiera que sea su clase la sociedad de hecho tiene siempre carácter contractual, porque implica necesariamente un acto de voluntad. En ella lo único que falta es el contrato válido, por ausencia de una formalidad ad-substantiam, como la escritura, por ejemplo; o el contrato ha degenerado; pero la voluntad de los socios, si bien no se halla en un acto escrito, sí se encuentra en una situación de hecho que ellos han establecido.

Porque al considerar a estas sociedades irregulares como contratos, no se está en contra de lo dispuesto por el Art. 2083 del C. C.; al poner este artículo como condición, para reconocer la existencia de una sociedad de hecho, el que ella no pueda subsistir como un contrato, no ha prohibido que pueda considerársele como tal, pues ese artículo se refiere especialmente a los contratos legalmente subsistentes.

La naturaleza contractual de la sociedad de hecho también ha sido reconocida por la jurisprudencia de la Corte. Ya desde el año de 1935 dijo en sentencia de 30 de noviembre: "Contra el reconocimiento de las sociedades de hecho de la segunda clase, que los expositores llaman sociedades creadas de hecho o por los hechos, no puede alegarse que la sociedad es un contrato que no se forma sino por manifestaciones recíprocas y concordantes de la voluntad de las partes y que este elemento fundamental no existe en esas denominadas sociedades creadas de hecho: en estas tal acuerdo no falta; lo que acontece es que se acredita por medio de una presunción. De las circunstancias de hecho se induce el consentimiento que puede ser tácito o implícito" (G. J., t. XLIII, Nº 1901, Pág. 479).

6. El contrato de sociedad que pretermita las solemnidades legales, o el que surge implícitamente de los hechos, es por esto nulo y, por ende, la sociedad que tal pacto genera es una sociedad nula.

Ocurre, sin embargo, que como la sociedad es contrato de ejecución sucesiva y como a pesar de haber nacido con vida viciada entra en relaciones jurídicas, adquiere derechos y contrae obligaciones, obtiene ganancias o pérdidas, la doctrina ha sido constante al sostener que a estas situaciones no puede aplicarse rígidamente el principio de la nulidad para deshacerlo todo: dice que la nulidad de la sociedad de hecho no tiene efecto retroactivo sino futuro, una vez declarada la irregularidad.

Acogiendo esta preceptiva el legislador colombiano consagró, mediante los artículos 2083 del Código Civil y 475 del Código de Comercio, el derecho de cada uno de los socios de una sociedad de facto para pedir su liquidación, a fin de que establecida la irregularidad se paralicen las actividades, se liquide el patrimonio y retire "lo que hubiere aportado", adicionado con la parte proporcional de las ganancias si la sociedad fue próspera, o disminuído en la porción correspondiente a las pérdidas, en caso contrario.

7. Para la viabilidad de su pretensión, y por tanto para que ésta sea acogida judicialmente, se hace necesario que el socio que ejercite la acción demuestre la existencia de la sociedad, lo que logra acreditando la concurrencia de todos sus elementos axiológicos; esto es, justificar plenamente que con él hay por lo menos otra persona ostentando el animus contrahendi societatis, que hizo un aporte para contribuir a la formación del patrimonio social, que en la explotación común se persiguió un beneficio, y que los asociados tuvieron el propósito de repartir entre sí las ganancias o las pérdidas.

Y como el principio de la restricción de la prueba para las sociedades regulares se salva cuando se trata de demostrar la existencia de una sociedad de hecho, entonces las partes tienen, por regla general, libertad probatoria.

8. En relación con la prueba de este tipo de sociedad debe sin embargo hacerse una distinción. Porque tratándose de una sociedad de hecho "por degeneración" la prueba de que la compañía ha existido no presenta mayor dificultad, ya que la sociedad ha actuado por expreso consentimiento de los socios plasmado en un documento público o en uno privado; en cambio, cuando la sociedad es de las creadas de hecho la prueba suele presentar forzosas dificultades, puesto que por ser implícito el consentimiento hay que inducirlo de las operaciones coordinadas que efectúen los socios en común.

Es en esta última hipótesis en donde encuentra más extenso campo de aplicación el principio de la libertad de prueba ya referido, pudiendo las partes acudir a "cualquiera de los medios probatorios", tal cual lo dice el artículo 477 del C. de Co., puesto que si no fuere así estarían en imposibilidad los socios para lograr la liquidación de la compañía que surgió de los hechos.

Mas, cuando el aporte de uno o de todos los socios consiste en el dominio de bienes raíces, o de derechos reales constituídos en éstos, al constituírse la sociedad se hacen indispensables el otorgamiento de escritura pública y su inscripción en el registro, puesto que sin tales requisitos no hay tradición del derecho, no hay aporte, lo que daría tanto como decir que la sociedad no existe (Arts. 746, 756, 749, 2079, 2081 y 2108 del C. C.). En tales eventos no puede aceptarse que el principio de la libertad probatoria que para las sociedades de hecho establece el artículo 477 del Código de Comercio dispense el requisito de la escritura pública y su registro, requerido por la ley civil para que se efectúe la tradición del dominio de inmuebles, o de otro derecho real constituído sobre éstos, porque se trata entonces de disposiciones especiales de aplicación preferente.

"Frente a terceros —ha dicho la Corte— no es necesario aportar la prueba del capital de la sociedad, ni los aportes de los socios, ni la valoración de los diversos muebles o inmuebles de que la sociedad se compone. Estas indicaciones son necesarias cuando se trate de liquidar una sociedad y de regular las relaciones de los socios entre sí". (G. J., Nº 2198, 107).

9. Para el logro de la finalidad perseguida la sociedad requiere de un patrimonio, el cual, si bien se integra por las aportaciones de los socios, no es sin embargo de éstos sino de ella. El aporte, como elemento esencial del contrato social, consiste en lo que cada socio entrega para formar el fondo de la sociedad, la que pasa a ser dueña de él, convirtiendo al aportante en titular de su interés social. De ahí que, como lo pregona el artículo 2081 del C. C., "no hay sociedad si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común", y que, como lo preceptúa el artículo 493 del C. de Co., "el fondo social se compone de los aportes que cada uno de los socios promete entregar a la sociedad".

Siguiendo la preceptiva legal a que se contraen las anteriores dos normas la doctrina ha dividido los aportes en tres clases, a saber: a) aporte en dinero; b) aporte en es-

pecie; y c) aporte en industria. Corresponde al primer grupo el que se hace en dinero efectivo; es de la segunda clase el que consiste en "toda cosa comerciable (distinta del dinero) capaz de prestar alguna utilidad", como los créditos, las cosas muebles o inmuebles, las mercedes, los privilegios de invención; y pertenece al tercero el trabajo o servicio que un socio se obliga a efectuar para la sociedad. Aunque, como también lo tienen dicho los doctrinantes en la materia, no hay inconveniente alguno en que se combinen las aportaciones en dinero, en especie y aún en industria.

10. En el caso de este juicio, tomando el carácter de socio industrial, el demandante Ramírez Saldarriaga se obligó a aportar su trabajo, es decir, a desplegar toda la actividad y poner toda su capacidad laboral necesarias para alcanzar la mejoría, y por ende mayor valor, de la finca "Las Palmas", deber que evidentemente cumplió: hubo pues de su parte un aporte legalmente admisible. Y también lo hubo por parte del demandado Epitacio González quien, adquiriendo la calidad de socio capitalista, se comprometió primeramente a contribuir para formar el fondo social con el derecho que a él pertenecía de explotar la finca de su propiedad, y segundamente, con la suma de $ 2.000.00 semanales para invertirla en los gastos propios al fin común perseguido, lo que ciertamente hizo durante algún tiempo como él mismo lo confiesa en las respuestas a las posiciones que absolvió. Es decir, que si bien no aportó la propiedad ni el usufructo de su finca, sí lo hizo con el derecho que tenía de mejorarla, explotarla, cultivarla, facultad ésta que por tener una apreciación en dinero es "capaz de prestar alguna utilidad" y por consiguiente constitutiva de aporte válido.

11. Si, pues, el aporte del socio González no consistió en la propiedad de su predio "Las Palmas", ni en cualquier otro derecho real constituído en él, sino en una suma de dinero combinado con la facultad de explotar dicho predio, debe deducirse que la sentencia no quebrantó, por indebida aplicación, los artículos 2083 y 2141 del Código Civil, al dar por establecida una sociedad de hecho entre demandante y demandado con la confesión de éste.

No prospera pues este cargo.

IV

Resolución

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Antioquia, con fecha veintiséis (26) de octubre de mil novecientos sesenta y ocho (1968).

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

FILIACION NATURAL

Prueba de la calidad de heredero. — La copia auténtica de un auto dictado en un juicio de sucesión, necesariamente conlleva la prueba del fallecimiento del causante respectivo.

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

(Magistrado Ponente: Doctor José María Esguerra Samper).

Se decide el recurso de casación interpuesto por Elena Cabeza Madrid contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena el 27 de febrero de 1969, en el juicio ordinario que promovió Carmen Celina Juliao Vitola, en representación de sus menores hijos Pedro Toribio y Héctor Manuel, contra la recurrente y otros demandados.

La litis

1. Carmen Celina Juliao Vitola en representación de sus menores hijos antes mencionados, demandó a Celestina Hernández de Cabeza, Alicia y Elena Cabeza Madrid, a la menor Tomasa Cabeza Ariza, representada por su madre Hélida Ariza Martínez y a Gregoria Díaz Cabeza de Porras, "en representación de su finada madre legítima Porfiria Próspera Cabeza Madrid, hermana natural del causante", señalándolas como sucesores del finado Héctor Cabeza Madrid" para que "se reconozca y declare a los menores Pedro Toribio y Héctor Manuel Cabeza Juliao como hijos naturales del finado Héctor Cabeza Madrid y como consecuencia de ello, con derecho a la herencia de su finado padre natural y a intervenir en el respectivo juicio de sucesión para la efectividad de sus derechos".

2. Como causa petendi expuso en resumen lo siguiente: a) Que a partir de los primeros meses del año de 1957 "el hoy finado Héctor Cabeza Madrid se llevó a la hacienda de su propiedad denominada "Colú" en el Municipio de María la Baja, a ... Carmen Celina Juliao Vitola; y a partir de esa época ... hicieron vida marital en forma pública y notoria, habiendo sido sus relaciones sexuales estables y habiendo... convivido en una misma casa..."; b) Que de esas relaciones nacieron Pedro Toribio, el 26 de septiembre de 1958 y Héctor Manuel el 7 de agosto de 1961, "habiendo el finado Héctor Manuel Cabeza Madrid atendido a todo cuanto se hizo necesario para el nacimiento de ellos, así como también, más tarde los hizo bautizar, habiendo escogido el finado las personas que los apadrinaron"; c) que el mencionado Héctor M. Cabeza Madrid, "trató siempre a los menores Pedro Toribio y Héctor Manuel como a sus hijos proveyendo a todo lo necesario para la subsistencia de ellos, y también presentándolos como a tales hijos a sus amigos y vecinos, quienes a su turno, los han reputado como a tales hijos, por las razones anotadas, habiéndose cumplido todos esos hechos por parte del padre hasta cuando la muerte lo sorprendió en esta ciudad de Cartagena".

3. Con oposición de algunos demandados surtióse la primera instancia que culminó con la sentencia del 27 de enero de 1967, mediante la cual el Juzgado Primero Civil Municipal de Cartagena, luego de un pormenorizado estudio de las pruebas aducidas por las partes, encontró plenamente demostrado que entre la madre de los demandan-

tes y el presunto padre hubo relaciones sexuales estables y notorias durante la época en que de acuerdo con la presunción del artículo 92 del Código Civil ocurrió la concepción de dichos menores y en tal virtud despachó favorablemente las súplicas de la demanda en el sentido de declarar "que los menores Pedro Toribio y Héctor Manuel Cabeza Juliao, son hijos naturales del señor Héctor Manuel Cabeza Madrid, habidos con la señora Carmen Celina Juliao Vitola" y condenó en costas a la parte vencida.

4. De este fallo apelaron únicamente los apoderados de Elena y Alicia Cabeza Madrid y de Gregoria Díaz Cabeza de Porras, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, por sentencia del 26 de febrero de 1969, desató el segundo de jurisdicción en el sentido de confirmar dicho fallo en todas sus partes y de condenar en costas a las apelantes. Contra esta sentencia, como se dijo anteriormente, interpuso recurso de casación el apoderado de la demandada Elena Cabeza Madrid.

La sentencia del Tribunal

Después de hacer un breve recuento de la actuación, comienza el Tribunal por decir, empleando palabras de la Corte, "que muerto el presunto padre las acciones pueden incoarse contra quienes jurídicamente son continuadores de la persona del de cujus, o sea sus herederos ab intestato o testamentarios, parientes o extraños, que por derecho ocupen la posición de quien falleció, caso en el cual el fallo respectivo produce efectos relativos, solo entre las partes".

Afirma que según el apoderado de la recurrente "en el presente juicio no aparece la partida de defunción de Héctor Cabeza Madrid, ni tampoco su partida de nacimiento por lo que por sustracción de materia no se puede hablar de herederos de éste" y al respecto dice que esa omisión carece de importancia y que en el juicio hay evidencia procesal del fallecimiento del presunto padre, ya que la representante legal de la menor demandada, Tomasita Cabeza Ariza, al contestar la demanda, presentó como prueba copia auténtica de un auto dictado el 31 de marzo de 1962, por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartagena que conocía del juicio de sucesión de Héctor M. Cabeza Madrid, mediante el cual se reconoció a esa menor "como heredera del causante... en su condición de hija natural reconocida" (C. Nº 1. fl. 44), lo cual a juicio del Tribunal constituye prueba de la muerte del presunto padre y del carácter de heredera del mismo que tiene dicha demandada. Respecto de los demás, agrega que "aceptaron ser tales y este hecho no los perjudica, sino les ha dado la oportunidad de intervenir en un juicio en el cual tienen interés, pues han apelado de la sentencia. Si no hubiera sido así, es de pensarse que no era del caso, no solamente de interponer el recurso, sino de constituir apoderado, lo que hicieron en su oportunidad. De que el carácter de legítimo contradictor se confunda con la prueba de ese estado, no solamente es una cuestión muy discutible sino que podría llevar el caso a presentar situaciones insolubles que no habría demandado... No es del caso entrar a analizar si la presencia del grupo Cabeza Madrid es inútil, pues si se reconocen hijos naturales ellos desaparecerían del orden sucesoral y si no ellos entrarían. Eso puede dar lugar a otro pronunciamiento en el juicio de sucesión respectivo, que está abierto, según aparece en el expediente. Desvirtuados, a juicio de la Sala, una posible falta de la legitimación en causa, es el caso entrar a estudiar las pruebas presentadas en el juicio y la forma cómo ellas han sido allegadas".

Más adelante analiza los testimonios que en número de once adujo la parte demandante para demostrar la causal cuarta de paternidad natural invocada y concluye diciendo que "en autos hay pruebas de que entre el señor Héctor Cabeza Madrid y la señora Carmen Celina Juliao Vitola existieron relaciones sexuales estables; que tuvieron comunidad de habitación, que los hijos nacieron después de 180 días desde que comenzaron esas relaciones y antes de los 300".

En cuanto a las declaraciones de los doctores Ignacio Oñoro, Alvaro de Castro y Calixto Manotas que a solicitud de la parte

demandada fueron recibidas en primera instancia y según las cuales el presunto padre padecía de "azoospermia" o sea ausencia total de espermatozoides, motivo por el cual no podía en ningún tiempo engendrar o tener hijos, dice el Tribunal lo siguiente:

"Por otra parte, la prueba científica que trataron de aducir los interesados tampoco tiene valor, primero porque ello debió ser un experticio y aún en gracia de discusión como ya se dijo, las autoridades científicas no están de acuerdo si la azoospermia en algunos casos es definitiva o transitoria". A esta conclusión llega el sentenciador luego de haber transcrito algunos pasos de un libro sobre esterilidad conyugal.

Con la base en los razonamientos que se dejan resumidos, el Tribunal concluye que la acción de filiación natural está llamada a prosperar y por consiguiente confirma en todas sus partes la sentencia de primera instancia.

El recurso de casación

El recurrente formula dos ataques contra la sentencia impugnada, ambos con base en el motivo primero de casación, así:

Primer cargo

"Violación del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, por aplicación indebida, a través de error de derecho en la apreciación de la prueba del estado civil de defunción del causante".

En la sustentación del cargo, afirma el censor que el Tribunal incurrió en error de derecho al estimar que estaba demostrada la defunción del presunto padre, con la copia auténtica de una providencia dictada en el juicio de sucesión respectivo que presentó una de las demandadas dentro del término de traslado del libelo, porque según el artículo 18 de la Ley 92 de 1938, solo tienen carácter de prueba principal del estado civil "las copias auténticas de las partidas del registro del estado civil, expedidas por los funcionarios de que trata la presente ley". Dice, además, que solo son admisibles al efecto las pruebas supletorias, cuando se demuestre plenamente la ausencia o inexistencia de la prueba principal "y aquí tenemos que el Tribunal con ligereza, procedió a eliminar la prueba solemne requerida por la Ley y dio alegremente acceso a una prueba supletoria que, como tal, la Ley no permite sino cuando se establezca fehacientemente la imposibilidad de producir la prueba principal... Porque es bien sabido y apenas habrá que advertirlo, que las disposiciones sobre el estado civil de las personas, son normas de orden público y solo primordialmente se puede acreditar aquel estado con prueba solemne. No existe a este respecto libertad probatoria y escapa al arbitrio de los particulares el escogimiento de las probanzas que les venga en gana. Y el estado civil de difunto no puede acreditarse en principio, con la simple copia de un auto recaído en juicio sucesorio o de cualquiera otra índole".

Para rematar su argumentación, dice el censor:

"Y por la senda de este error de derecho en la estimación probatoria, como violación medio de los artículos 18 y 19 de la Ley 92 de 1938, en conexión con el artículo 632 del Código Judicial incidió el Tribunal en aplicación indebida del ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, pues aplicó esta norma a una situación no gobernada por ella. No estando probada legalmente la muerte del señor Héctor Cabeza Madrid, presunto padre natural, ni habiendo actuado éste en el juicio, no ha existido legitimación en causa de la parte demandada y ésta ha debido ser absuelta". Luego de transcribir una doctrina de la Corte al respecto, dice que si no hay legitimación en causa pasiva cuando falta la prueba de la condición de herederos "con muchísima mayor razón es aplicable la doctrina a casos como el presente en que falta la prueba de la defunción del causante de quien se dice que las demandadas son sus herederas, prueba solemne del acto —condición esencial— para que estas puedan quedar investidas del status de tales herederas".

Se tiene en cuenta

La Corte en reiterada jurisprudencia ha sostenido que para establecer el carácter de heredero que una persona tiene respecto de otra, además de las correspondientes actas del estado civil, que son las pruebas principales y de las supletorias que admite la Ley, es también prueba adecuada "la copia del correspondiente reconocimiento de heredero en el juicio de sucesión, que hace suponer necesariamente que se ha llevado a este juicio la prueba del estado civil" (Cas. Civ. 27 de noviembre de 1932, Nº 1892, Pág. 31; Cas. Civ. 22 de febrero de 1962, LXXXI, Pág. 210 y 211; Cas. Civ. 19 de agosto de 1954, LXXVIII, Pág. 2145; en el mismo sentido LXXVIII, Pág. 924; LXXXIX, Pág. 538). "... La calidad de sucesor a título universal, no solo se prueba con las partidas del estado civil, sino también con la providencia judicial de reconocimiento de heredero y esta providencia hace parte del proceso. Esta doctrina la tiene consagrada, reiterada e invariablemente la jurisprudencia del país" (Cas. Civ. 12 de marzo de 1941 L. Pág. 746).

El fundamento de esta repetida doctrina de la Corte "radica en que el auto mencionado hace presumir que, para dictarlo, el Juez de la mortuoria debió tener presentes las correspondientes partidas del estado civil o por lo menos una de las pruebas admitidas por la Ley para suplirlas" (Cas. Civ. 20 de febrero de 1969 CXXIX, Pág. 41). La copia auténtica de un auto dictado en un juicio de sucesión, necesariamente conlleva la prueba del fallecimiento del causante respectivo, ya que dicho juicio no habría podido iniciarse si al Juez no se le hubiese presentado ese elemento de convicción". Las normas de los artículos 18 y 19 de la Ley 92 de 1938 que el recurrente considera que fueron violadas en el presente caso, es de suponer que fueron tenidas en cuenta por el Juez que conoce del juicio de sucesión, mientras no se demuestre lo contrario. De esta suerte, la existencia de dicho juicio, legal y oportunamente acreditada, demuestra también en forma plena la muerte del causante respectivo, sin que sea menester acreditar de nuevo la defunción.

Aplicando lo expuesto al caso sub-judice, tiénese que la representante legal de la menor demandada Tomasita Cabeza Ariza, como antes se dijo, dentro del término que tenía para contestar la demanda, presentó espontáneamente una copia auténtica, expedida por el Juzgado que conocía del juicio de sucesión intestada de Héctor M. Cabeza Madrid, del auto mediante el cual dicha menor fue reconocida como heredera del causante, en su calidad de hija natural del mismo. Por tanto, siendo ésta una prueba legalmente aducida al proceso según el numeral 1º del artículo 597 del Código Judicial y además no habiéndose formulado al respecto reparo alguno por ninguno de los demás litigantes, deben tenerse como plenamente demostrados en el presente juicio la calidad de heredera del presunto padre que asiste a la mencionada menor y el fallecimiento del causante. Estimar lo contrario pecaría contra la lógica y contra el criterio de interpretación de las normas probatorias que señalaba el artículo 472 del Código Judicial.

Lo expuesto es suficiente para concluir que la acusación no prospera.

Segundo cargo

Lo hace consistir el recurrente en "violación del artículo 4º, numeral 4º de la Ley 45 de 1936, también por aplicación indebida, a través de error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial". Dice que "si el proceso lógico para la elaboración del juicio del sentenciador se hubiere desarrollado en su plenitud, el Tribunal habría encontrado, desde el punto de vista cuantitativo, una serie de testimonios opuestos a otra serie de testimonios. Pero desde el punto de vista cualitativo, en la peor de las hipótesis para mi mandante —dado el valor intrínseco de las diversas declaraciones— que ellas entre sí se habrían neutralizado o estirilizado. Y como no existe ningún otro medio probatorio de la parte actora tendiente a acreditar sus pretensiones, la consecuencia habría sido la absolución, ya que sobre aquella gravita la carga de la prueba".

Estima el censor que la sentencia del Tribunal se apoyó exclusivamente en la prueba de testigos que adujo la parte actora, sin haber parado mientes en las declaraciones de los tres distinguidos facultativos que afirman que el presunto padre padecía de azoospermia, es decir, de carencia total de espermatozoides, que por consiguiente no le permitía engendrar. Que esa prueba está corroborada por la circunstancia de que en este juicio figura como demandada Celestina Hernández de Cabeza, en su condición de cónyuge supérstite de Héctor Cabeza Madrid y que en ninguna parte aparece que de tal matrimonio haya habido hijo alguno. A juicio del recurrente, como violación medio, se quebrantó el artículo 702 del Código Judicial, ya que habiendo dos grupos de testigos cuyas deposiciones eran contradictorias, el sentenciador ha debido prescindir de uno y otro al hacer el juicio de valoración, como consecuencia de lo cual, desprovistas de prueba las afirmaciones de la parte actora, la conclusión ineludible no podía ser otra que la negación de las súplicas. En ese orden de ideas, dice también que según doctrina de la Corte, cuando se promueve un juicio de filiación natural después de muerto el padre, el juzgador ha de ser muy severo en la valoración de la prueba testimonial y que en el presente caso el Tribunal de Cartagena no lo fue, y agrega que tales celo y severidad exigidos por la Corte en ese sentido "no obedecen a un necio capricho o inútil tosudez sino brotan de un imperativo moral para conjurar así los gravísimos peligros que tendría para nuestra organización social y familiar y para nuestro régimen patrimonial, la aceptación ligera de simples rumores o consejas aldeanas... Lo contrario llevaría a la prosperidad de aquella que un ilustre jurista describió como 'la monstruosa industria de los hijos naturales —artificiales—' que llegó por desgracia a florecer entre nosotros al socaire de los justicieros preceptos de la Ley 45...".

La Corte considera

Sea lo primero advertir que el precepto del artículo 702 del Código Judicial que el recurrente estima violado, como se desprende de su simple lectura, se refiere a exposiciones testimoniales **contradictorias sobre un mismo punto**, y en el presente caso cada grupo de testigos depuso sobre hechos diferentes. En efecto, los once declarantes que adujo la parte demandante se refieren a las relaciones sexuales estables y notorias que existieron entre la madre de los demandantes y el presunto padre, al paso que los médicos cuyos testimonios adujo la parte demandada, se limitan a declarar sobre cuestiones de orden científico totalmente ajenas a tales relaciones sexuales, de suerte que no existe la contradicción que señala el recurrente.

Y aún en el caso de que existiese salvo contraevidencia, el criterio de apreciación del sentenciador de instancia sería intocable. "Cuando sobre un mismo punto se presentan testimonios contrapuestos —ha dicho la Corte— el artículo 702 del Código Judicial autoriza al sentenciador para apreciar tal prueba con arreglo a los principios generales de la sana crítica y no con sujeción a la tarifa legal, de modo que aquel goza en tal caso de una amplia libertad para formarse su propio convencimiento sobre si aparecen establecidos determinados hechos, o sobre si solo, hay indicios de estos, y aún para prescindir de las exposiciones testimoniales" (Cas. Civ. 28 de enero de 1965, CXV, Nº 2280, Pág. 60).

Por último, cabe advertir que cuestiones de orden técnico y científico, como si la enfermedad de que padece una persona lo inhabilita en forma absoluta o no para procrear, solo podían demostrarse con el dictamen uniforme de dos peritos médicos, sin lugar a la menor duda, como lo estatuía el artículo 722 del Código Judicial y que en manera alguna eran dables de acreditar con simples declaraciones de testigos, por calificados que éstos fuesen. Es de la naturaleza de la prueba testimonial, que los deponentes deben expresar los hechos de que han tenido conocimiento por su propia percepción pero por regla general no les era dado dar opiniones ni exponer conceptos, cuestiones éstas que estaban reservadas a los peritos. De esta suerte, como acertadamente lo notaron los sentenciadores de instancia

para desestimar los tres testimonios aducidos, la impotentia generandi de que pudo haber padecido el presunto padre, no era susceptible de ser demostrada con prueba testimonial.

Según el inciso final del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, cuando se invocaban las relaciones sexuales estables y notorias entre el presunto padre y la madre como causal de filiación natural, no había lugar a hacer tal declaración si se demostraba que durante todo el tiempo en que según el artículo 92 del Código Civil se presume la concepción, aquel "estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer". Esta salvedad fue ampliamente estudiada por la Corte en Casación Civil del 24 de febrero de 1970 (juicio ordinario de Ana Julia Angela Cuadros contra Ana Sixta González de Cuadros, aún no publicada), en el sentido de que no solamente dice relación a la llamada impotentia coeundi, sino también a la impotentia generandi "pues el acceso carnal a que se refiere la Ley no es el de una relación sexual cualquiera, sino el que por su naturaleza es idóneo para producir la concepción". Pero en dicha sentencia se precisó que "el establecimiento de ese hecho, el de la impotentia generandi, requiere, desde luego, conocimientos científicos o especializados y de ahí que los doctrinantes enseñen que la prueba de la esterilidad debe ser de carácter científico y ha de emanar de médicos expertos. Conocidas son las diferencias existentes entre la prueba pericial y la testimonial, pues al paso que los testigos deponen sobre hechos que han percibido por los sentidos, los peritos emiten un concepto ajustado a los principios de su profesión, arte o ciencia... Pero si el testigo, sin ser médico dice que la persona de que se trata padecía determinada enfermedad, o si siéndolo expone su concepto sobre las causas de la misma, su dicho envuelve un juicio de valor, que por rebasar los límites de sus percepciones lo hacen inadmisible".

Aplicando lo expuesto al caso sub judice, tiénese que los declarantes de que se trata podían muy bien expresar el hecho que habían percibido, es decir, la enfermedad de que padecía el presunto padre, pero las consecuencias que dicha enfermedad podía producir, tales como la imposibilidad de engendrar, eran un concepto, un juicio de valor, una opinión científica que como testigos no podían exponer y sobre la cual la única prueba legal era un concepto pericial, prueba ésta última que se echa de menos en el presente juicio. Finalmente, si el cargo, según concepto del recurrente, consiste en que el Tribunal no vio la prueba que acreditaba la impotentia generandi que padecía el presunto padre, la acusación ha debido formularse por error de hecho.

En consecuencia, el cargo no prospera.

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 27 de febrero de 1969 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena.

Las costas de la casación son de cargo de la demandada recurrente.

(Esta sentencia fue discutida y aprobada por la Sala como consta en el Acta número 74 de 2 de los corrientes).

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

COMUNIDAD

Venta de cosa ajena. — Nulidad o invalidez es distinto de inoponibilidad.

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

(Proyecto preparado por el Abogado Asistente Doctor Ricardo Uribe Holguín y aprobado en sesión del diez y seis de junio según Acta número 56).

Procédese a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 14 de octubre de 1968, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sogamoso en el juicio ordinario promovido por **Nepomuceno Meléndez Rojas** contra **Olimpia Peña Vda. de Peña.**

I. El litigio

1. En su demanda, Nepomuceno Meléndez Rojas pidió que se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primero. Que en el terreno denominado 'La Unión', ubicado en la vereda de Villita y Malpaso de la jurisdicción de Sogamoso y alinderado así: (aquí los correspondientes linderos), existe una comunidad en la cual son copropietarios la demandada Olimpia Peña de Peña y mi poderdante Nepomuceno Meléndez Rojas, por partes iguales.

"Segundo. Que Nepomuceno Meléndez Rojas, en su calidad de comunero, es dueño de la mitad pro indiviso del predio denominado 'La Unión', relacionado en la petición anterior, y por ende tiene derecho al ejercicio de actos de dominio y posesión sobre el mismo predio y en proporción al derecho de copropiedad de que es titular.

"Tercero. Que la demandada Olimpia Peña de Peña debe restituir al demandante Nepomuceno Meléndez Rojas la mitad pro indiviso del terreno objeto de la comunidad, dentro de los seis días siguientes a partir de la fecha de la sentencia.

"Cuarto. Que la demandada debe pagar a Nepomuceno Meléndez Rojas el valor de los frutos civiles y naturales que la mitad del predio haya podido producir con mediana diligencia desde la notificación de la demanda hasta el día en que se verifique la entrega, previa regulación pericial.

"Quinto. Ordenar el registro de la sentencia condenatoria en la Oficina de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito.

"Sexto. Condenar a la demandada al pago de las costas del presente juicio, en caso de oposición".

2. Los hechos fundamentales de la demanda pueden resumirse así:

a) Mediante la escritura número 6, otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Sogamoso el 5 de enero de 1944, María Angelina Avella Parada vendió a Zenón Rojas el terreno denominado "La Unión", cuya cabidad aproximada, ubicación y linderos indica el actor

b) Al final del texto de dicha escritura, Zenón Rojas dejó la siguiente constancia: "que hace esta compra para la sociedad conyugal con su esposa Ana María Pérez de Rojas, por partes iguales; que ha pagado el precio con dinero de la expresada sociedad y que acepta esta escritura y el contrato en ella contenido por estar a su satisfacción";

c) La constancia transcrita envuelve una estipulación hecha por Zenón Rojas a favor de Ana María Pérez de Rojas por la mitad pro indiviso del inmueble comprado, estipulación que la beneficiaria aceptó tácitamente mediante actos de posesión material ejercidos en el inmueble;

d) Conforme a la escritura número 793 del 2 de julio de 1959, de la Notaría Segunda de Sogamoso, Ana María Pérez de Rojas vendió a Nepomuceno Meléndez Rojas la mitad pro indiviso del terreno "La Unión", que la vendedora había adquirido conjuntamente con Zenón Rojas por partes iguales, según la escritura número 6 de 5 de enero de 1944;

e) La demandada, Olimpia Peña de Peña, posee actualmente la totalidad del terreno, e impide a Nepomuceno Meléndez el ejercicio de actos de posesión material en él, como copropietario que es;

f) El predio está destinado al pastoreo y produce una considerable renta mensual, dada su proximidad a la zona urbana y habida cuenta de la calidad de la tierra;

g) Por la escritura número 465, que se otorgó en la Notaría Primera de Sogamoso el 3 de mayo de 1962, Zenón Rojas y Ana María Pérez de Rojas liquidaron provisionalmente su sociedad conyugal, invocando lo dispuesto por el artículo 7º de la Ley 28 de 1932, y cada uno de ellos recibió en adjudicación la mitad pro indiviso del terreno en cuestión.

3. La demandada contestó la demanda oponiéndose a que se hicieran las declaraciones pedidas en ella, aceptando algunos de los hechos y manifestando no constarle los restantes. Propuso, además, tres excepciones perentorias: la consistente en que el actor compró cosa ajena y carece, por lo tanto de acción reivindicatoria; la de que esta acción solo compete a los cónyuges o sus herederos, cuando se trata de obtener la restitución de bienes que forman parte del haber de la sociedad conyugal; y la de prescripción ordinaria adquisitiva del dominio, por posesión de todo el terreno durante un lapso de 19 años.

4. En escrito separado, Olimpia Peña vda. de Peña presentó demanda de reconvención, en la que solicitó que se declarara:

Primero. Que no tiene "ninguna validez" la escritura número 793, otorgada el 2 de julio de 1959 en la Notaría Segunda de Sogamoso;

Segundo. Que, en consecuencia, se ordene la cancelación del registro de dicha escritura, comunicándolo al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Sogamoso, "para que obre de conformidad", y al Notario Segundo del mismo Circuito, "para que ponga nota marginal en la escritura ya indicada antes";

Tercero. Que Olimpia Peña vda. de Peña es dueña absoluta de la totalidad del terreno denominado "La Unión" y, por lo tanto, "tiene derecho de ejercer todos los actos de dominio que le concede la ley, con exclusión de otras personas";

Cuarto. Que se condene en costas al contrademandado si se opusiere a la demanda de reconvención.

5. Fundóse ésta en hechos que la Corte sintetiza así:

a) Por la escritura número 6, pasada ante el Notario Primero de Sogamoso el 5 de enero de 1944, María Angelina Avella Parada vendió a Zenón Rojas el terreno denominado "La Unión", cuya ubicación y linderos expresa la contrademandante;

b) Mediante la escritura número 844 del 24 de julio de 1946, de la Notaría Segunda de Sogamoso, Zenón Rojas transfirió a José Antonio Peña, a título de dación en pago, la totalidad del mencionado terreno;

c) Fallecido posteriormente José Antonio Peña, se abrió su juicio mortuorio y en la correspondiente partición le fue adjudicada a la cónyuge sobreviviente, Olimpia Peña vda. de Peña, la totalidad de ese mismo terreno, adquirido por el causante según la escritura número 844, citada en el punto b);

d) Según la escritura número 793, extendida el 2 de julio de 1959 en la Notaría Segunda de Sogamoso, Ana María Pérez de Rojas vendió a Nepomuceno Meléndez Rojas la mitad pro indiviso del terreno "La Unión", afirmando que la había adquirido "por compra en asocio de su esposo Zenón Rojas, a María Angelina Avella P., por escritura número 6 de 5 de enero de 1944, Notaría Primera de Sogamoso";

e) Esta afirmación no corresponde a la realidad, "porque Zenón Rojas nada compró para su esposa, ni es el representante de ella, ni implica una estipulación para otro, ni era un bien social porque ni siquiera aparece en la Oficina de Registro de Sogamoso que se hubiera hecho esa aclaración";

f) El contrademandado Nepomuceno Meléndez Rojas compró cosa ajena, "ya que la vendedora de la mitad del lote no poseía ni era dueña de la mitad del inmueble que dijo vender, por la sencilla razón de que mucho antes ya había sido enajenado totalmente por el señor Zenón Rojas al señor José Antonio Peña";

g) Tanto Olimpia Peña vda. de Peña, como José Antonio Peña, "han ejercido actos de dominio pleno sobre todo el inmueble denominado 'La Unión' en forma pacífica, pública y continuada durante casi 19 años";

h) La escritura número 465, otorgada el 3 de mayo de 1962 en la Notaría Primera de Sogamoso, que contiene la liquidación provisional de la sociedad conyugal Rojas-Pérez, "no da validación retrospectiva al título en poder del señor Nepomuceno Meléndez cuya invalidez se está solicitando, porque no se ajusta al régimen legal de liquidación provisional de sociedades conyugales o al de separación de bienes".

6. El contrademandado contestó la demanda de reconvención manifestando oponerse a las súplicas formuladas en ella, aceptando algunos de los hechos y negando los demás.

7. El Juez Civil Municipal de Sogamoso, quien conoció del litigio en la primera instancia, dictó sentencia cuya parte resolutiva dice textualmente:

"**Primero.** Carecen de fundamento jurídico las peticiones y condenaciones formudas por el demandante Nepomuceno Meléndez Rojas a través de la demanda origen del presente juicio. Se absuelve, en consecuencia, a la demandada Olimpia Peña viuda de Peña, de todos los cargos allí formulados.

"**Segundo.** Prosperan las peticiones imploradas por la demandada **Olimpia Peña viuda de Peña** en su demanda de reconvención y de consiguiente SE DECLARA:

"**Tercero.** Es nulo, de nulidad absoluta, el contrato de compraventa suscrito entre **Nepomuceno Meléndez Rojas y Ana María Pérez de Rojas,** y contenido en la escritura pública número 793 del 2 de julio de 1959, pasada ante la Notaría Segunda de esta ciudad.

"**Cuarto.** Se ordena la cancelación del registro de dicha escritura y se dispone que por el Notario respectivo se tome nota de esta decisión, al margen de la escritura matriz.

"**Quinto.** La demandada Olimpia Peña **viuda de Peña** es dueña absoluta del predio controvertido a lo largo del presente juicio, conforme a los títulos de adquisición comentados y traídos al proceso.

"**Sexto.** Esta sentencia y demás constancias procesales, incríbanse en los libros correspondientes de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito. Previamente cancélense las inscripciones que de la demanda principal y de la contrademanda se realizaron en dicha Oficina.

"**Séptimo.** Se condena a la parte demandante al pago de las costas judiciales causadas, a favor de la parte demandada. Liquídense oportunamente por la Secretaría".

III. El fallo acusado

Interpuesto por la parte desfavorecida el recurso de alzada contra esta providencia, el litigio pasó a conocimiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sogamoso, el cual después de agotada la tramitación de segundo grado, profirió sentencia contentiva de las siguientes resoluciones:

"1º Confírmanse los puntos primero, segundo, quinto, sexto y séptimo del fallo apelado, proferido por el señor Juez Civil Municipal de Sogamoso, con fecha 19 de abril de 1968;

"2º Revócanse los puntos tercero y cuarto del mismo fallo y en su lugar se dispone: Declárase sin ninguna validez la escritura pública número 793 del 2 de julio de 1959, pasada en la Notaría Segunda de Sogamoso, y el contrato de compraventa que ella contiene, suscrito entre Ana María Pérez de Rojas y Nepomuceno Meléndez Rojas, instrumento que aparece inscrito en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de esta ciudad el 14 de julio de 1959, en el Libro Nº a, Tomo I, al folio 266 bajo partida Nº 935 y en el Libro Nº 2º, Tomo II, al folio 316, partida Nº 1065.

"Sin costas en esta instancia por la revocación parcial y las rectificaciones que se hacen".

La parte motiva en que apoyó el Tribunal estas declaraciones puede resumirse así:

A. Súplicas de la demanda

1. Inicia el sentenciador el estudio de éstas con un examen detenido de la constancia dejada por Zenón Rojas al final del texto de la escritura número 6 del 5 de enero de 1944: "que hace esta compra para la sociedad conyugal con su esposa Ana María Pérez de Rojas, por partes iguales; que ha pagado el precio con dinero de la expresada sociedad y que acepta esta escritura y el contrato en ella contenido por estar a su satisfacción".

Encuentra que esta declaración contiene errores gramaticales, que el sentido de sus términos es contradictorio, y concluye que, en virtud de estas circunstancias, es incomprensible e ineficaz. Deriva la conclusión de las siguientes "consideraciones de orden puramente jurídico":

2. No comparte el Tribunal, dice él, la tesis de la parte demandante conforme a la cual el propósito de Zenón Rojas, al dejar la citada constancia en la escritura de compra, fue el de hacer una estipulación para otro:

a) Porque cuando alguien estipula a favor de un tercero, el estipulante no tiene ningún interés en el contrato de estipulación, en tanto que en la compraventa celebrada entre María Angelina Avella Parada y Zenón Rojas, éste, que sería el estipulante en cuanto a la mitad del inmueble que no adquirió para sí, tiene un interés directo en lo estipulado, puesto que el beneficiario sería la sociedad conyugal formada entre él y su cónyuge Ana María Pérez de Rojas, "no obstante que en el expediente no aparezca la comprobación legal sobre la existencia de ese vínculo matrimonial";

b) Porque en la estipulación para otro, el beneficiario debe ser un tercero completamente extraño al contrato, mientras que en la compraventa del terreno "La Unión", Zenón Rojas sería tanto beneficiario como estipulante de la mitad pro-indiviso del terreno no adquirida para él y

c) Porque la legislación colombiana "rechaza la estipulación por otro en los contratos prohibidos por la Ley, tales como el de compraventa entre cónyuges no divorciados...", y el artículo 3º de la Ley 28 de 1932 declara absolutamente nulos entre cónyuges "las donaciones irrevocables y los contratos relativos a inmuebles, salvo el de mandato general o especial", todo ello en guarda de los derechos de terceros.

3. Lo hasta aquí expuesto, concluye el fallador de segundo grado, es suficiente "para demostrar la total ineficacia de la constancia dejada por el señor Zenón Rojas en la citada escritura número 6". Lo cual significa, en sentir de aquel, que el único adquirente del terreno comprado fue Zenón Ro-

jas, y que, por lo tanto, como dueño exclusivo de éste podía enajenarlo "sin objeción alguna".

4. Finaliza el sentenciador su exposición advirtiendo la veracidad y exactitud del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Sogamoso traído a los autos, según el cual la demandada Olimpia Peña vda. de Peña es la actual propietaria de la totalidad del terreno; y hace notar cómo, por el contrario, el demandante Nepomuceno Meléndez Rojas no tiene ningún derecho sobre el mismo inmueble y, de consiguiente, carece de la acción reivindicatoria que pretende hacer valer en este proceso, "toda vez que la señora Ana María Pérez de Rojas nada le transfirió por medio del contrato que se hizo figurar en la escritura pública número 793 de 2 de julio de 1959, en que fundamenta las peticiones de su demanda".

B. Súplicas de la contrademanda

5. Comienza el Tribunal poniendo de presente que éstas consisten en que se hagan las siguientes condenaciones contra el demandante: Que la citada escritura número 793 no tiene ninguna VALIDEZ; que se ordene la cancelación del registro de dicho instrumento, y que se declare que Olimpia Peña vda. de Peña es dueña absoluta de todo el terreno.

6. El Juez de la primera instancia encontró fundadas estas peticiones y se propuso acogerlas en su sentencia "Solamente que al definir la primera de tales súplicas —observa el Tribunal—, en lugar de limitarse a declarar la ninguna validez del instrumento allí relacionado y desde luego del contrato en él contenido, su decisión fue la de decretar la nulidad absoluta de dicho contrato sobre la consideración de que la vendedora señora Pérez de Rojas nada tenía sobre el bien objeto de dicha venta y por consiguiente nada podía transferir al supuesto comprador señor Nepomuceno Meléndez Rojas. No obstante ser esto último perfectamente cierto, la consecuencia jurídica no era propiamente declarar **la nulidad** absoluta de tal contrato, sino más bien considerarlo **inexistente**, situaciones éstas, que como se sabe, son bien diferentes" (subraya la Corte).

7. Más adelante agrega el sentenciador: "En el caso concreto que nos ocupa, la Sala considera que lo que sucede es que el título que exhibe el demandante señor Meléndez, **no puede oponerse** al que tiene la demandada. Al primero le vendió quien apenas tenía la apariencia de dueña, en cuyo caso como es natural **no se efectuó en realidad ninguna tradición del dominio;** en tanto "que la demandada señora de Peña ostenta un título de adquisición que proviene del verdadero dueño" (los subrayados son de la Corte).

8. Termina el fallador sentando esta conclusión: "Lo que corresponde declarar aquí no es propiamente la nulidad absoluta del contrato de compraventa suscrito entre Nepomuceno Meléndez y Ana María Pérez, sino declarar **su invalidez y su total inoponibilidad** a los derechos que asisten a la demanda señora Olimpia Peña vda. de Peña" (se subraya nuevamente).

III. La demanda de casación

Contra la providencia que acaba de extractarse, propuso el demandante el recurso extraordinario de casación, que la Corte pasa a decidir.

Cuatro cargos formula la parte recurrente, todos ellos dentro del ámbito de la causal 1ª de las previstas en el artículo 52 del Decreto Nº 528 de 1964. Los tres primeros se refieren a las acciones ejercitadas en la demanda principal; el cuarto, a las súplicas de la demanda de reconvención. En su orden serán estudiados.

Primer cargo

En síntesis, está formulado así: Por cuanto la declaración hecha por Zenón Rojas en la escritura número 6, en la cual dijo adqui-

rir el terreno "para la sociedad conyugal con su esposa Ana María Pérez de Rojas, por partes iguales...", es para el Tribunal incomprensible e ineficaz, omitió éste interpretarla conforme a las reglas de los artículos 1618, 1619, 1620, 1621 y 1622 del Código Civil, incurriendo así en **error de derecho** consistente en haberle negado a esa escritura pública, en cuanto toca con la declaración transcrita, el valor probatorio que le asignan los artículos 1758, 1759 y 1765 de la misma obra, como también los artículos 601 y 630 del Código de Procedimiento Civil.

A consecuencia de tal error de derecho, el sentenciador infringió, por no haberlos aplicado al caso del pleito, los artículos 669, 946, 949, 950, 1506, 1602 y 1603 del Código Civil: pues si hubiera interpretado aquella declaración y tomado en cuenta su verdadero sentido y alcance, habría encontrado que Zenón Rojas manifestó merced a ella su intención de no adquirir todo el inmueble para sí; que la sociedad conyugal, por no ser persona, tampoco puede ser la beneficiaria de una estipulación para otro; que no tendría sentido decir que la adquisición a título oneroso hecha por Rojas determinará que el bien sea social cuando la sociedad se disuelva, porque esto sería repetición inútil de lo que dispone la ley; y que, en consecuencia, la única interpretación real, capaz de deducir un verdadero efecto jurídico de lo declarado por Rojas, es la de que su voluntad fue adquirir para él la mitad del terreno y para su cónyuge Ana María Pérez de Rojas la otra mitad, lo último "a través o por medio de estipulación a su favor". Siendo pues propietaria Ana María de la mitad pro indiviso del terreno adquirido mediante esa estipulación, su causahabiente a título singular, esto es, el demandante, tiene la acción reivindicatoria contra el actual poseedor, que es la demandada.

Considera la Corte

Cuando el fallador de segundo grado interpreta mal un contrato, o una cláusula contractual, o la declaración que cualquiera de los contratántes haya hecho al celebrar aquel, o cuando deja de interpretarla y omite darle aplicación, no incurre en ninguno de estos casos en error de derecho, sino **en error de hecho.** El error de derecho consiste únicamente en negar a una prueba el valor que la ley le reconoce o asigna o en atribuirle una fuerza probatoria que la ley le niega, como habría ocurrido en el caso de este litigio si el Tribunal hubiera afirmado que la escritura número 6, o más precisamente la constancia dejada en ella por Zenón Rojas, no constituye prueba del contrato de compraventa contenido en tal instrumento, o constituye prueba incompleta, o sumaria, de ese acto. Pero la censura no acusa al Tribunal de haber dado a la citada constancia un valor probatorio que legalmente no tiene, ni negándole el que sí tiene, sino de haberla interpretado mal. Si así lo hizo el sentenciador, su error fue de hecho, en ningún caso de derecho, así proviniera éste de no haber tenido en cuenta alguna o algunas de las reglas legales sobre interpretación de los contratos.

El cargo falla por su base y, de consiguiente, no prospera.

Segundo cargo

El Tribunal, dice el censor, incurrió en **error manifiesto de hecho** por haber omitido tomar en consideración los testimonios rendidos por Angelina Avella Parada, Marco T. Rincón, y Epimenio Barrera Domínguez, según los cuales Ana María Pérez de Rojas ha poseído materialmente el inmueble comprado por Zenón Rojas, hecho que constituye **aceptación tácita** de la estipulación para ella hecha por su marido en la escritura número 6, según voces del artículo 1506 del Código Civil.

A consecuencia de este error de hecho, el juzgador de segunda instancia violó por falta de aplicación al caso del litigio, los artículos 946, 947, 949 y 1506 del Código Civil, relativo a la acción reivindicatoria y a la estipulación para otro.

La Corte observa

No habiendo prosperado el primer cargo, dirigido contra la interpretación que el Tri-

bunal dio a la constancia que dejó Zenón Rojas en la escritura de compraventa, tal interpretación ha quedado en firme.

Consiste ésta en haber rechazado la tesis del demandante de que la constancia dejada por Rojas envuelve una estipulación a favor de Ana María Pérez de Rojas, para sostener, en cambio, que dicha constancia no tiene efectos legales.

Por consiguiente, que el fallador de segundo grado incurriera o no en el error de hecho de haber omitido tener en cuenta unos testimonios conforme a los cuales Ana María Pérez de Rojas habría poseído materialmente el inmueble comprado por su marido, carece de toda influencia en las decisiones que tomó acerca de las súplicas de la demanda principal, como quiera que esa posesión solo ha sido esgrimida por el demandante en calidad de **aceptación tácita** de una estipulación para otro cuya existencia negó el sentenciador mediante interpretación que, por lo visto, ha quedado en firme.

El cargo es, pues, inconducente, y por ello no prospera.

Tercer cargo

La censura lo formula de esta manera:

Para llegar a su conclusión de que la constancia dejada por Zenón Rojas en la escritura número 6 es totalmente ineficaz, el Tribunal partió de la base de que la sociedad conyugal entre éste y Ana María Pérez de Rojas existía cuando la compraventa de que da fe tal escritura se celebró. Esta falsa premisa proviene de un **manifiesto error de hecho** en que incurrió el sentenciador: dar por existente un vínculo matrimonial que no fue probado en el juicio.

Como secuela de este error de hecho, el Tribunal infringió las siguientes disposiciones legales sustanciales:

a) Las de los artículos 946, 949 y 1506 del Código Civil, por falta de aplicación porque si hubiera prescindido de que la sociedad conyugal Rojas-Pérez pudiera ser la beneficiaria de la estipulación hecha por Zenón Rojas, habría concluído que ésta se hizo a favor de Ana María Pérez y habría aplicado, en consecuencia, esas tres disposiciones del Código Civil;

b) Las de los artículos 1º y 5º de la Ley 28 de 1932, por interpretación errónea, porque según la recta inteligencia de estos dos textos legales, durante la existencia del matrimonio cada cónyuge administra y dispone libre e independientemente de los bienes que adquiere, y el marido no representa a su mujer mayor de edad; de donde se deduce que, no pudiendo confundirse el patrimonio de Zenón Rojas con el de Ana María Pérez de Rojas, al estipular aquel a favor de ésta no tuvo interés alguno en la estipulación, ni fue beneficiario de ella, como lo sostuvo el Tribunal; y

c) La del artículo 3º de la misma Ley 28 de 1932, por aplicación indebida al caso del proceso, porque dio por sentado que entre Rojas y Ana María Pérez hubo, por virtud de la estipulación que el Tribunal supone hecha a favor de la sociedad conyugal Rojas-Pérez, un "contrato relativo a inmueble", que el citado artículo declara absolutamente nulo. En opinión de la censura, el Tribunal no debió aplicar esta disposición al caso de autos, toda vez que en la estipulación para otro jamás se forma vínculo jurídico alguno entre el estipulante y el beneficiario.

La Corte considera

No incurrió el Tribunal en el error de hecho que en este cargo se le imputa. Verdad es que los razonamientos que lo condujeron a sostener que la constancia dejada por Zenón Rojas es ineficaz, se basan en el **supuesto** de que existiera matrimonio entre éste y Ana María Pérez de Rojas. Pero el fallador en ninguna parte de su providencia afirma que dicho matrimonio esté probado; reconoce, por lo contrario, que no hay pruebas de él.

La sentencia de segundo grado contiene, en efecto, frases como estas: "En el caso de autos, los requisitos que se dejan anotados

no se cumplen, porque el estipulante al actuar en esa convención estaba estipulando para una sociedad conyugal de la cual él se considera socio principal, no obstante que en el expediente no aparezca la comprobación legal sobre la existencia de ese vínculo matrimonial". Y más adelante: "Igualmente, no debe perderse de vista que cuando el artículo 1506 del C. C. permite la estipulación a favor de una tercera persona, tiene necesariamente que referirse a un sujeto que tenga existencia jurídica, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones en el momento mismo de la estipulación y no como sucedería en el caso de autos donde apenas podría existir una sociedad conyugal en estado de latencia..." Los subrayados son de la Corte.

Tampoco prospera, pues, el tercer cargo.

Sin perjuicio de esta conclusión, la Corte considera necesario y oportuno rectificar la tesis del Tribunal en cuanto sostiene que, de haber estipulación a favor de la sociedad conyugal, tal estipulación sería nula en frente de lo dispuesto por el artículo 3º de la Ley 28 de 1932 y por el 1852 del Código Civil. El hecho de que el marido estipule, en un contrato de compraventa, a favor de "la sociedad conyugal con su esposa", no implica en manera alguna que esté celebrando con su mujer "contrato relativo a inmueble", ni que se trate en tal caso de "contrato de venta entre cónyuges no divorciados", actos que respectivamente declaran nulos los citados textos legales. Precisamente lo que caracteriza la estipulación para otro es la circunstancia de que entre el que estipula y el beneficiario no se forma vínculo jurídico alguno; el vínculo nace exclusivamente entre el que promete y el tercero a cuyo favor se estipula. Los dos citados artículos son, pues, totalmente extraños al caso del litigio.

Cuarto cargo

Lo dirige la censura contra las decisiones del Tribunal sobre las súplicas de la demanda de reconvención, y lo plantea así: "Al declarar el Tribunal 'sin ninguna validez la escritura pública número 793 de 2 de julio de 1959, pasada en la Notaría Segunda de Sogamoso, y el contrato de compraventa que ella contiene', infringió o violó directamente las normas sustantivas consagradas en los artículos 1502, 1602, 1603, 1740, 1741, 1857, 1871, 1880 y 2577 del Código Civil en razón de no haberlas aplicado al caso controvertido, estando obligado a hacerlo".

El recurrente desarrolla parte del cargo, y también lo amplía, de la siguiente manera: a) Siendo válida la venta de cosa ajena sin perjuicio de los derechos del verdadero dueño, según reza el artículo 1871 del citado Código, no podía el Tribunal declarar inválida la celebrada entre Ana María Pérez de Rojas y Nepomuceno Meléndez; b) La invalidez decretada por el sentenciador no es otra cosa sino la nulidad, y ninguna de las causas que conforme al artículo 1741 producen ésta, "concurre en dicha negociación; c) Si en concepto del fallador la venta hecha a Nepomuceno Meléndez es nula, debió dictar sentencia inhibitoria, como quiera que Ana María Pérez de Rojas no fue citada al juicio, y no sentencia de fondo, como la que profirió, porque con ella violó directamente, por falta de aplicación al caso del pleito, "la norma sustantiva de que trata el artículo 26 de la Constitución, incorporada en el Código Civil a virtud de lo ordenado en el artículo 4º de la Ley 57 de 1887 y que por lo mismo tiene el carácter de ley".

Estima la Corte

1. El Tribunal distingue erradamente los conceptos de nulidad e invalidez. Además, confunde ésta con la inoponibilidad.

Es nulo el contrato cuando carece de cualquiera de los siguientes requisitos: la capacidad de las partes contratantes (ordinal 1º del artículo 1502 del Código Civil); la licitud del objeto u objetos de las obligaciones que está destinado a crear (ordinal 3º, ibídem); la licitud de la causa (ordinal 4º, ibídem); consentimiento exento de vicios (ordinal 2º, ibídem), y ciertas formalidades im-

puestas por la naturaleza misma del contrato o por la calidad o estado de las personas que lo celebran (artículo 1500).

En los incisos primero y segundo del artículo 1741 se enumeran taxativamente las causas de la nulidad absoluta, que son: la incapacidad absoluta de cualquiera de los contratantes, la ilicitud del objeto y objetos, la ilicitud de la causa y la omisión de requisitos o formalidad impuesto por la naturaleza misma del contrato. Los demás vicios producen nulidad relativa: la incapacidad relativa de cualquiera de las partes, los vicios del consentimiento y la falta de requisito o formalidad exigido por la ley en atención a la calidad o estado de cualquiera de los contratantes (inciso final del citado artículo 1741).

Conforme al artículo 1740, "Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor (se subraya) del mismo acto o contrato..." De donde se concluye con toda evidencia, que, dentro del régimen civil colombiano, nulidad o invalidez son vocablos sinónimos.

2. Dícese que es inoponible a determinada persona un contrato, cuando el instrumento en que consta o la prueba con que judicialmente se establece no produce efecto legal alguno contra aquella. Este concepto no acusa relación con la existencia o inexistencia real del contrato, ni con su validez o nulidad. Simplemente, deslinda su campo de aplicación.

3. Según el artículo 1871 del Código, "La venta de cosa ajena vale (se subraya), sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso de tiempo".

4. La compraventa celebrada entre Ana María Pérez de Rojas y Nepomuceno Meléndez mediante la escritura número 793 del 2 de julio de 1959, no aparece carente de ninguno de los requisitos de validez que se enumeran atrás. A lo cual se agrega que, de poder tenerse como venta de cosa ajena, este contrato sería válido sin perjuicio de los derechos del verdadero dueño. Habiendo el Tribunal declarado "sin ninguna validez" dicha compraventa por el solo hecho de no ser dueña la vendedora, violó directamente, por falta de aplicación, el artículo 1871 del Código Civil, y por aplicación indebida, el 1741 de la misma obra.

El cargo, en consecuencia, prospera.

IV. Sentencia de instancia

Como el fallo de segundo grado debe infirmarse, dada la prosperidad del recurso extraordinario, la Corte procede, como tribunal de instancia, a decidir el litigio.

Todas las resoluciones dictadas por el sentenciador de segunda instancia con relación a las súplicas de la demanda principal, quedarán en firme, por no haber prosperado ninguno de los cargos formulados contra ellas.

En cuanto a las súplicas de la demanda de reconvención, enderezadas a que se declare sin ninguna validez el contrato de compraventa celebrado entre Ana María Pérez de Rojas y Nepomuceno Meléndez y a que se ordene la cancelación de la correspondiente escritura, la Corte tendrá que inhibirse de dictar sentencia de fondo, como quiera que la vendedora Pérez de Rojas no fue parte en el proceso, lo que determina la falta del presupuesto, procesal de **demanda en debida forma** respecto de la de reconvención y en cuanto a esos dos puntos se refiere, puesto que la nulidad de un contrato y la cancelación de la escritura en que consta no pueden decretarse sino en frente de todos los que intervinieron en su celebración, quienes en el juicio correspondiente forman un litisconsorcio necesario.

La confirmación que el Tribunal hizo del punto quinto de la parte resolutiva de la sentencia del Juez **a-quo**, en el cual declaró éste que "la demandada Olimpia Peña viuda de Peña es dueña absoluta del predio controvertido a lo largo del presente juicio, conforme a los títulos de adquisición comentados y traídos al proceso", no fue atacada en casación, y por consiguiente, quedará en firme.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia materia del presente recurso extraordinario y, en su lugar, actuando como juzgador de instancia, REFORMA el fallo de primer grado proferido en este proceso por el Juez Civil Municipal de Sogamoso, el cual queda así:

Primero. Niéganse los cargos de la demanda principal y por lo tanto absuélvese de ellos a la demandada Olimpia Peña viuda de Pena;

Segundo. Declárase que la demandada Olimpia Peña viuda de Peña es propietaria del predio materia de la controversia que se desata;

Tercero. No se deciden en el fondo las súplicas primera y segunda de la demanda de reconvención, por falta del presupuesto procesal de demanda en debida forma;

Cuarto. Las costas de la primera instancia serán pagadas en un setenta y cinco por ciento (75%) por la parte demandante;

Quinto. Las costas de la segunda instancia son totalmente de cargo de la misma parte demandante.

Sin costas en el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese, devuélvase e insértese en la Gaceta Judicial.

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

FILIACION NATURAL

Declaración de renta, ratifica la doctrina de que no es instrumento público sino documento privado; su presentación al proceso.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo.

(Aprobado Acta número 86 de agosto 23 de 1971).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en este juicio ordinario de Hugo, María Fanny y Aída Villafañe o Garcés contra Gentil, Laura, Tulia y Pablo Villafañe.

El litigio

Ante el Juez Civil Municipal de Cali los actores demandaron a estos últimos, en solicitud de que previo el trámite del juicio ordinario se les declarase "hijos naturales del señor Eduardo Villafañe para todos los efectos civiles señalados en las leyes" y se dispusiera anotar este estado civil en las partidas de nacimiento correspondientes.

Como causa de este pedimento, afirmaron los demandantes: que Eduardo Villafañe murió en Cali, el 21 de julio de 1965, sin haber dejado descendencia legítima; que desde el año de 1922 hasta el día de su muerte, en forma continua y sin interrupción, mantuvo relaciones sexuales estables y notorias con Asunción Garcés, viviendo bajo un mismo techo y en cooperación económica mutua; que tales relaciones se iniciaron en Cali, en el año de 1922, continuaron en Condoto (Chocó), Puerto Tejada (Cauca) y Buenaventura (Valle), hasta cuando aquella y éste se domiciliaron en la primera ciudad, hace más de 20 años; que después de transcurridos más de ciento ochenta días de iniciadas tales relaciones, fueron procreados varios hijos, de los cuales sobreviven los demandantes; que durante el tiempo de convivencia de Villafañe y Asunción, el primero atendió como padre solícito a las necesidades de todo orden de aquellos, en forma pública y notoria, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, presentándolos con el carácter de hijos a todos sus deudos, amigos y a quienes les trataban, por un tiempo mayor a diez años, o sea desde su nacimiento hasta la muerte del presunto padre, que Villafañe hacía pasar como esposa a la madre de los demandantes; que asímismo había denunciado a éstos como hijos legítimos, por cuya razón se les tenía en tal carácter "y así adquirieron sus documentos de identificación"; que en las declaraciones de renta Villafañe "hacía el reconocimiento de hijos suyos" a los demandantes; que los padres de Villafañe murieron, pero viven cuatro hermanos naturales suyos, de nombre Laura Emilia, Gentil, Tulia y Pablo Emilio Villafañe; finalmente, que los demandantes nacieron en la época en que Villafañe y Asunción tuvieron relaciones sexuales.

Notificado el auto admisorio de la demanda, los demandados la contestaron negando los hechos y oponiéndose a la pretensión. Agotado el trámite de la primera instancia, el Juez del conocimiento profi-

rió la sentencia de septiembre dos de mil novecientos sesenta y ocho, mediante la cual acogió las peticiones de la demanda y condenó en costas a los demandados.

Contra esta providencia interpusieron apelación éstos y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, quien conociera del recurso, cumplido el rito de la segunda instancia, la confirmó en sentencia de junio 6 de 1969. Los mismos demandados recurrieron en casación de este último proveído.

La sentencia de segunda instancia

En concepto del Tribunal, "quienes dicen ser hijos naturales de Eduardo Villafañe... buscan obtener la afirmación judicial de esa filiación" y para ello citan a juicio a los demandados, como herederos reconocidos de aquel, en su condición de hermanos naturales, según auto proferido en el sucesorio correspondiente, y que en cuanto a los elementos de la acción, "nada obsta para que en este proceso se dicte fallo estimatorio con relación al presupuesto 'parte', pues en casos como éste, en que la postulación se reduce al solo estado civil, la litisconsorcio, activa o pasiva, es apenas facultativa, por lo mismo que es divisible, pudiéndose proponer tantos juicios cuantas sean las personas legitimadas para ser parte de la relación jurídica. Los efectos de la sentencia son por consiguiente relativos. Y en lo que reza con las condiciones de la acción, el carácter de herederos del señor Eduardo Villafañe legitima igualmente a los demandados para responder en juicio".

Agrega el sentenciador que, según los hechos de la demanda, los cuales sintetiza, ésta "se funda en los casos 4º y 5º de la Ley 45 de 1936", disposiciones estas que transcribe, y continúa diciendo que en los folios que cita obran las partidas de nacimiento de los demandantes Aída, Hugo y María "denunciados como hijos de Asunción Garcés". Para que el primer fruto de tales relaciones sexuales —expone— haya sido María Fanny Garcés, nacida en julio de 1922, es necesario que hayan principiado en los primeros días del mes de enero de ese año, en forma de haber precedido al nacimiento en ciento ochenta días por lo menos y haber tenido lugar dentro de esas relaciones según el artículo 92 del C. Civil".

Dice el Tribunal que "en demostración de los dos casos anotados", los demandantes adujeron declaraciones de Francisco Vidal Corredor, Guillermo Barragán, Moisés Cobo G., Justiniano Manrique Camacho y Humberto Granados, las cuales —en su concepto— "no convencen acerca de la demostración de las relaciones sexuales ni de la posesión notoria". A continuación y en forma amplia enjuicia y analiza cada una de estas declaraciones, dejando constancia de sus deficiencias en materia probatoria, y que "el hecho escueto de la convivencia del extinto con Asunción Garcés y sus hijos lo ratificó la demandada Laura Villafañe, pues al contestar la séptima de las posiciones que absolvió el 10 de mayo de 1966", lo admitió, aclarando que no reconocía a los demandantes como hijos de su hermano Eduardo. Dice, también, que "siendo el objeto y fin de la acción el descubrimiento de la verdad relativa al simple hecho de la paternidad, no importa por lo mismo la calificación que de hijo legítimo, legitimado o natural, se halla en la respectiva partida de nacimiento, tratándose en este caso de dos personas que permanecieron solteras, el causante Villafañe y la señora Garcés", por cuya razón atribuye a las expedidas por el Párroco de San Buenaventura, en la población del mismo nombre, el valor de indicios "al lado de los elementos de prueba examinados antes, en relación con los demandantes Aída y Hugo Garcés".

Dice el sentenciador que "los documentos públicos o auténticos de todas clases pueden ser presentados de manera directa, en el término probatorio, debiendo ser estimados como prueba, pues por ser públicos no han de ser menos que los privados, los cuales se tienen por reconocidos si la parte contra quien se presenta no formula tacha de falsedad", y agrega que "el ser un documento que ha de presentarse a un funcionario público como es el Recaudador de Hacienda de la respectiva jurisdicción, mediante juramento y las solemnidades y requisitos legales (artículo 3º del Decreto 818

de 1936) de los cuales puede expedir al contribuyente las copias que solicite, la declaración de renta es un documento público o auténtico que de no ser objetado produce los efectos probatorios consiguientes. Si de conformidad con el artículo 2º —inciso 3º— del Decreto 01651 de 1961 'para los juicios de filiación natural pueden suministrarse, a petición de autoridad competente, únicamente copias autenticadas de las informaciones que figuren en la declaración de renta y patrimonio para solicitar exenciones por concepto de personas a cargo, o del nombre de la persona que figure como cónyuge del contribuyente', con mayor razón cobra capacidad probatoria el ejemplar de la declaración de renta que queda en poder del contribuyente y que éste presenta al proceso como prueba, particularmente si la partida de exenciones armoniza con las denunciadas por razón de las personas a cargo, como claramente aparece de la declaración citada correspondiente al año de 1962, en ninguna parte objetada de falsedad".

Finalmente, dice el Tribunal, "téngase o no estos documentos como confesión de paternidad, que sí lo son a juicio de la Sala, constituyen una prueba directa del hecho que se trata de dejar establecido en el proceso de conformidad con el artículo 4º —ordinal 3º— de la Ley 45 de 1936, al que le sirve de respaldo el sexto de los hechos de la demanda".

La demanda de casación

Diciendo fundarlo en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, el recurrente le formula un solo cargo a la sentencia de segunda instancia.

"El H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Civil de Decisión —dice—, incurrió en error de derecho al proferir el fallo recurrido y por esto violó indirectamente las siguientes disposiciones legales de carácter sustantivo: Artículos 4º, incisos 3º y 5º, 21 inciso 2º, y 22 de la Ley 45 de 1936, 370 del Código Civil, por indebida aplicación de los artículos 2º del Decreto 01651 de 1961, 3º del Decreto 818 de 1936; Art. 1758 del Código Civil, Arts. 593, 603, 608, 645, 648 del Código Judicial".

El censor, luego de sintetizar las súplicas y los hechos de la demanda, dice que "el Juzgado del conocimiento, acogiendo las declaraciones de los testigos Francisco Vidal, Guillermo Barragán, Moisés Cobo, Lino Justiniano Manrique Camacho y Marco Antonio Moreno, consideró establecido el estado de posesión notoria de hijos naturales de los demandantes, con respecto al causante de los demandados, como padre natural, y dando a la copia de las dos declaraciones de renta llevadas al juicio, valor de plena prueba, declaró a los actores hijos naturales del señor Eduardo Villafañe".

Según el censor, el Tribunal "no estimó como demostrativas del estado de posesión notoria las deposiciones de los testigos, por considerar que los declarantes no eran concurrentes en las circunstancias de modo, tiempo y lugar", pero que, no obstante "dio a las declaraciones criticadas el valor de indicios con los cuales estimó probado en forma leve el estado de posesión notoria, actitud que configura violación del artículo 399 del Código Civil, por error de derecho" y que como a juicio del Tribunal "las declaraciones examinadas están llenas de deficiencias, no se podrán tener como indicios, sino como una prueba ineficaz para demostrar el estado de posesión notoria". Dice el censor que el sentenciador hizo una aplicación indebida del citado artículo 399.

Agrega la censura que, no obstante lo anterior, el Tribunal confirmó la providencia del Juzgado, porque estimó establecida en el proceso la causal señalada en el ordinal 3º, artículo 4º, de la Ley 45 de 1936, con las copias de las declaraciones de renta agregadas a los autos; que para proceder así, argumentó que las cuestionadas declaraciones son documentos que se presentan ante un funcionario público, con la solemnidad del juramento y demás requisitos legales, exigidos por el artículo 3º, Decreto 818 de 1936, por cuya razón se estiman como documentos auténticos que de no ser objetados producen los efectos probatorios

consiguientes, máxime si conforme al artículo 2º, inciso 3º, del Decreto 01651 de 1961, para los juicios de filiación pueden suministrarse, a petición de autoridad competente, únicamente copias autenticadas de las informaciones que figuren en las declaraciones de la renta y patrimonio, para solicitar exenciones por concepto de personas a cargo del contribuyente o del nombre de la persona que figura como su cónyuge; y que de lo anterior deduce el Tribunal "que con mayor razón cobra capacidad probatoria el ejemplar de la declaración de la renta que queda en poder del contribuyente y que éste presenta al proceso como prueba, particularmente si la partida de exenciones armoniza con las denunciadas por razón de las personas a cargo, como claramente aparece de la declaración citada correspondiente al año de 1962, en ninguna parte del juicio objetada de falsedad".

Según la censura, el sentenciador incurrió en error de derecho al apreciar las copias de las declaraciones de la renta presentadas, como documentos públicos, y violó así los artículos 3º del Decreto 818 de 1936 y 1758 del Código Civil, puesto que el primero no expresa que tales declaraciones sean de la naturaleza dicha, y el segundo, señala las condiciones que debe tener el instrumento público, las cuales no aparecen en las referidas declaraciones. Se extiende, en seguida, sobre estas condiciones tomando como base la doctrina de la Corte y deduce: a) que las declaraciones de renta nunca están o son abonadas por funcionario alguno, puesto que el declarante la hace solo, sin intervención de aquel; b) que la ley en parte alguna inviste a los Recaudadores de Hacienda de potestad para abonar las declaraciones de renta presentadas por los contribuyentes; c) que nada se puede decir respecto del lugar de presentación, porque una cosa es su producción y otra su presentación, y d) que en la elaboración de las declaraciones de renta no se cumplen previsiones legales especiales, y que es tan cierto que la ley no estima tales declaraciones como documentos públicos que el artículo 2º, inciso 3º, Decreto 1651 de 1960, dispone que "para los juicios de filiación natural pueden suministrarse a petición de autoridad competente, únicamente copias autenticadas de las informaciones que figuren en las declaraciones de renta y patrimonio para solicitar exenciones por concepto de personas a cargo, o del nombre de la persona que figure como cónyuge del contribuyente".

En concepto del recurrente, "la ley no faculta a las partes para llevar a los juicios de filiación natural las copias de las declaraciones de renta que posean, sino para que soliciten al Juez que mediante el respectivo despacho comisorio, una vez en firme la providencia que decreta la prueba, pida al Recaudador de Hacienda, no una certificación cualquiera, sino la copia auténtica referente a las informaciones que figuren en la declaración de renta y patrimonio en solicitud de exenciones por personas a cargo del contribuyente". Agrega, que si la copia, en la forma dicha, fue solicitada en la primera instancia, nunca se allegó a los autos y que el Tribunal incurrió en error de derecho al considerar como documentos públicos las simples copias de las declaraciones de renta aducidas antiprocesalmente, error que resulta de la aplicación indebida del artículo 648 del Código Judicial que sistematiza la admisión de copias al juicio, cuando no se presentan los documentos originales, norma citada que concuerda con el artículo 2º, inciso 3º, del Decreto 01651; también agrega que la sentencia de segunda instancia es violatoria de los Arts. 603 del mismo Código, conforme al cual las declaraciones de los interesados en instrumentos públicos, documentos privados y otras pruebas preconstituídas, tienen el valor probatorio reconocido por las leyes, y 608 de la misma obra, relativa a la prueba de confesión extrajudicial.

"El H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali —continúa el recurrente— incurrió en error de derecho al proferir el fallo que se viene refiriendo, al aplicar indebidamente los artículos transcritos e infringió indirectamente la norma sustantiva contenida en el artículo 4º, ordinal 3º de la Ley 45 de 1936".

Estima, también, el recurrente que las declaraciones de renta y patrimonio son documentos privados, cuya copia no pueden aducir las partes en juicio sino de la manera que autoriza el artículo 648, ordinal 3º, del Código de Procedimiento Civil; que como las copias de las declaraciones de renta y patrimonio del señor Eduardo Villafañe fueron presentadas directamente a este juicio ordinario, "actitud que si bien las muestra como papeles materiales las descalifica como pruebas por la falta de sustrato de sentido jurídico, en su aducción, debido a la pretermisión del ritual procedimental", la ley no les reconoce valor probatorio de ninguna clase; que el sentenciador yerra cuando afirma que las cuestionadas copias de las declaraciones de renta y patrimonio no fueron tachadas de falsedad, cuando es lo cierto que fueron objetadas por el apoderado de los demandados, por cuya razón y conforme al artículo 645 del Código de Procedimiento Civil los demandantes estaban en la obligación de probar su legitimidad, precepto éste que considera indebidamente aplicado, con la consecuencia de la violación del ya citado ordinal 3º, artículo 4º, de la Ley 45 de 1936.

Consideraciones de la Corte

1. Tres fueron las causales de declaración de la paternidad natural invocada por los demandantes en el libelo: la existencia pretérita de relaciones sexuales, de manera notoria y estable, entre el presunto padre y la madre natural (hechos segundo, tercero, cuarto y décimo); la posesión notoria del estado de hijos naturales (hecho quinto), y el reconocimiento que de ellos hizo Villafañe en sus declaraciones de renta y patrimonio (hecho sexto).

El sentenciador, luego de una breve síntesis de las afirmaciones de los demandantes, dijo: "...de modo que según estos hechos la demanda se funda en los casos 4º y 5º, artículo 4º, de la Ley 45 de 1936, en que hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural", y agregó, refiriéndose a las declaraciones de renta y patrimonio del presunto padre natural, correspondientes a los años de 1952 y 1961: "Téngase o no estos documentos como confesión de paternidad, que sí lo son a juicio de la Sala, constituyen una prueba directa del hecho que se trata de dejar establecido en el proceso de conformidad con el artículo 4º, ordinal 3º de la Ley 45 de 1936, al que le sirve de respaldo el sexto de los hechos de la demanda".

La declaración de paternidad de los demandantes, en consecuencia, la fundó el Tribunal en la confesión hecha por el presunto padre natural en las declaraciones de renta y patrimonio de los años de 1952 y 1961, en razón del ordinal 3º, artículo 4º, de la Ley 45 de 1936, vigente en esa época, según el cual hay lugar a declarar judicialmente dicha paternidad "si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre, que contenga una confesión inequívoca de paternidad".

2. La censura acusa la sentencia de violación indirecta del ordinal 3º, artículo 4º de la Ley 45 de 1936, por aplicación indebida, como consecuencia del error de derecho en que habría incurrido el Tribunal al apreciar las referidas declaraciones de renta y patrimonio del presunto padre natural, por cuanto las consideró instrumentos públicos y admitió su aportación al juicio en forma directa, debiendo haberlo sido en copia auténtica expedida por el Recaudador de Hacienda Nacional.

Se observa

a) Ciertamente, el sentenciador calificó de documentos públicos las declaraciones de renta y patrimonio en que fundó el reconocimiento de paternidad natural.

El censor afirma que tales declaraciones son documentos privados y que el Tribunal, por este aspecto, violó los artículos 3º del Decreto 818 de 1936, que fija las solemnidades de la presentación de las declaraciones de renta y patrimonio, y el 1758 del Código Civil, relativo a los elementos del instrumento público o auténtico.

La Corte, en sentencia proferida en el juicio ordinario de Anatilde Muette contra María del Carmen Ramírez de Santa, ha fija-

do la naturaleza probatoria de las declaraciones de renta y patrimonio que se presentan en esta clase de juicios, de la manera siguiente:

"En primer término, es inexacta la inclusión que la censura pretende hacer de las declaraciones de renta de los contribuyentes dentro de la categoría de los instrumentos públicos que se presumen auténticos, en contraposición con el criterio del sentenciador, quien las califica de documentos privados y sujetas, en cuanto a su autenticidad, al régimen general de tales documentos: 'Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario' define el artículo 1758 del C. Civil. Así la escritura pública que es el instrumento otorgado ante Notario o quien haga sus veces e incorporado en el respectivo protocolo (ibídem). Y son también de la misma índole, los demás documentos relacionados en el artículo 632 del C. Judicial, como los provenientes de funcionarios que ejerzan cargo por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones; las copias de tales documentos; ciertas certificaciones de los Jueces y Magistrados y de los encargados del registro del estado civil de las personas, etc....

"Las declaraciones de renta no encuadran en la preindicada categoría; no son instrumentos públicos porque no provienen de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública y ninguno de éstos interviene en su elaboración, por lo cual no están premunidas de la presunción de autenticidad que consagran las disposiciones legales antes citadas. Son, como acertadamente lo califica el Tribunal, documentos privados provenientes de los declarantes y que, por el hecho de ser presentados ante la Administración de Impuestos Nacionales, no adquieren la calidad de instrumentos públicos, así como tampoco la adquieren los documentos contentivos de un negocio jurídico que se presentan a un Notario para su autenticación o inserción en el protocolo, ni los escritos que los litigantes traen ante los órganos jurisdiccionales en ejercicio de facultades procesales. Quiere ésto decir que tales declaraciones de renta, en punto de su autenticidad, están sujetas a las reglas pertinentes a los documentos privados, según bien lo entendió el Tribunal. Así, a términos del artículo 1761 del C. Civil, dicha autenticidad depende de que estos documentos hayan sido reconocidos por la parte a quien se oponen o mandado tener por reconocidos en los casos y con los requisitos previstos por la ley, como cuando el presunto otorgante no comparece a la citación judicial que se le haga para el efecto, o si, atendiéndola, se niega a prestar juramento, o a declarar sobre lo que se pregunta, o pretende eludir las preguntas con respuestas evasivas, inconducentes o vacuas (C. J. Art. 643), o como cuando el documento ha obrado en los autos con conocimiento de la parte a quien se opone y ésta no lo ha objetado o redargüido de falso para que quien lo presenta pruebe su legitimidad" (Ibídem, Art. 645)".

El sentenciador calificó erróneamente las declaraciones de renta y patrimonio que —en su concepto— contienen una confesión inequívoca de paternidad. Las estimó instrumentos públicos debiendo tomarlas como documentos privados. La censura dice que por ello incurrió en error de derecho inductivo de violación de norma sustancial. Pero no indicó o señaló la norma probatoria quebrantada, lo cual era de rigor. "El error de derecho a que alude la causal primera de casación, se refiere a la hipótesis de que el Tribunal, en presencia de una prueba determinada, le haya desconocido su mérito probatorio, según la ley, o le haya reconocido uno de que carece conforme a la misma ley" (se subraya. Cas. Civ. diciembre 2 de 1966).

El Tribunal no le dio valor probatorio de instrumentos públicos a las declaraciones de renta y patrimonio en atención a una determinada norma de ese orden, ni tampoco lo afirma o señala así la censura. Simplemente, calificó erróneamente la prueba misma mas sin estimar defectuosamente el valor intrínseco del elemento de persuasión.

b) La censura, igualmente acusa la sentencia de segunda instancia por error de derecho en que habría incurrido el fallador

al valorar probatoriamente las declaraciones de renta y patrimonio del presunto padre natural, en razón de que éstas fueron presentadas directamente por los demandantes, omitiendo hacerlo en copia auténtica expedida por el Recaudador de Hacienda Nacional, como, en concepto del impugnador ha debido hacerse, de conformidad con los artículos 2º, inciso 3º, del Decreto 1651 de 1960 y 648, ordinal 3º, del Código Judicial, preceptos que considera quebrantados, al igual que el 603 de la dicha obra, y por cuya mediación dice haberse violado el ordinal 3º, artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

El artículo 11 de Decreto 1651 de 1960, dispone que "la declaración de renta y patrimonio, deberá presentarse, en cuanto fuere posible, en los formularios que prescriba la División de Impuestos Nacionales, en original y dos copias de un tenor idéntico y con anexos y comprobantes iguales en cada ejemplar, ante cualquiera de las autoridades de impuestos nacionales del país o ante el Cónsul o representante del Estado Colombiano en el exterior" (inciso primero). "El funcionario que reciba la declaración de renta y patrimonio en el país, deberá firmar y sellar cada uno de los ejemplares, con anotación de la fecha del recibo; devolverá uno de los ejemplares al contribuyente y procederá a enviar relacionados los otros dos a la correspondiente Administración de Impuestos Nacionales, según las instrucciones que sobre el particular imparte la División de Impuestos Nacionales" (inciso segundo).

En el caso de autos, los demandantes presentaron directamente al juicio los ejemplares de las declaraciones de renta y patrimonio del presunto padre natural, correspondientes a los años de 1952 y 1961, en las cuales aparece el sello de la Administración Nacional y una firma ilegible. Puede inferirse de su contexto que ellas corresponden a los originales presentados por aquel ante los funcionarios respectivos, conforme al artículo 11, prealudido. Siendo ello así, ninguna necesidad tenían los demandantes de hacer uso de la facultad que les confiere el inciso 3º, artículo 2º, del Decreto 1651 de 1960, para la obtención de "copias autenticadas de las informaciones que figuran en la declaración de renta y patrimonio". Ellos tenían los ejemplares de las declaraciones de la renta y patrimonio que al presunto padre natural le habían sido devueltas por el funcionario encargado de su recepción y de ellas podían usar conforme a derecho, sin necesidad de pedirlas en el juicio. Por consiguiente podían presentarlas directamente al proceso conforme al artículo 648 del Código Judicial, por tratarse de documentos originales, pues este precepto, durante su vigencia, solamente se aplicaba en el caso de que los interesados no tuvieran a la mano documentos originales, por cuya razón debían obtenerse copias del mismo valor probatorio en los supuestos de la citada disposición.

Además, ninguna norma niega valor probatorio al ejemplar de la declaración de renta y patrimonio que queda en poder del contribuyente, ni prohibe su aducción al juicio que se suscite en ejercicio de la acción de filiación natural u ordena preferencia a la que se expida autenticada por la Administración de Hacienda Nacional de conformidad al inciso 3º, artículo 2º, del Decreto 1651 de 1960, precepto que debe entenderse aplicable en los casos en que los interesados carecen del original que de la declaración de renta y patrimonio les devuelve el funcionario que la recibe.

No cometió error de derecho el sentenciador, en consecuencia, cuando valoró probatoriamente las declaraciones de la renta y patrimonio y por lo mismo no quebrantó los preceptos legales que indica la censura.

c) El censor dice que el sentenciador había cometido error de derecho "al tener las copias de las declaraciones de renta aludidas como una confesión inequívoca de paternidad", a causa del cual "aplicó indebidamente los artículos 603 y 608 del Código Judicial y mediante este error de derecho,

por aplicación indebida violó en forma indirecta el artículo 4º, ordinal 3º de la Ley 45 de 1936..."

Efectivamente, el sentenciador consideró el enlistamiento de los demandantes en el anexo de las declaraciones de renta y patrimonio del presunto padre natural, relativo a las exenciones, con el calificativo de hijos, como contentiva de "una confesión inequívoca de paternidad".

El ordinal 3º, artículo 4º de la Ley 45 de 1936, dispone que hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural, si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad. "Para la Corte, una declaración formal de renta y patrimonio presentada ante la Administración de Hacienda Nacional, en que se haga la inclusión implícita por parte de quien se pretende la paternidad, de que una persona es hija suya, es algo más que un escrito cualquiera". (LXXXII, 208) lo que ha sido repetido por la misma Corporación en sentencias de julio 3 de 1968 y julio 8 de 1970, aún no publicadas.

3. Según la censura, el Tribunal "hizo... una aplicación indebida del artículo 399 del Código Civil e incurrió en error de derecho por cuanto dio a las declaraciones de testigos el valor de indicios con los cuales estimó probado en forma leve el estado de posesión notoria" de los demandantes, violando, así, en forma indirecta, el artículo 4º, ordinal 5º, de la Ley 45 de 1936, que establece la posesión notoria del estado de hijo como causal de declaración de la paternidad natural.

Este ataque a la sentencia es intrascendente, porque el Tribunal aplicó el ordinal 3º y no el 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

4. Según la censura, el sentenciador habría incurrido en error de derecho en la valoración de las declaraciones de renta y patrimonio, con quebranto del artículo 645 del Código Judicial, puesto que —en su concepto— ellas fueron objetadas y la parte que las presentó no demostró su legitimidad.

El censor admite que las declaraciones de renta y patrimonio, no fueron tachadas de falsedad. "La tacha de falsedad en este caso no habría sido procedente —dice— porque las copias de las declaraciones de renta dichas carecían de autenticidad cuando fueron presentadas...", agregando que "por ello el apoderado de los demandados se limitó a objetar las copias de las declaraciones de renta..."

Del juicio aparece que el apoderado de los demandados objetó "los duplicados de las declaraciones de renta y patrimonio correspondientes al señor Eduardo Villafañe que fueron presentadas en el término de pedir pruebas 'por falsedad ideológica'," pero como la cuestionada objeción no se refirió a la autenticidad de la firma que aparece en el documento, de acuerdo con el artículo 645 del Código Judicial, ese documento debe tenerse como reconocido, por lo cual el cargo es insustancial.

5. La censura considera quebrantados indirectamente por el sentenciador los artículos 21, inciso 2º y 22 de la Ley 45 de 1936, por aplicación indebida y en razón de error de derecho, mas sin precisar el cargo ni demostrarlo como lo exigían el artículo 52, ordinal 1º, y el 63 del Decreto 528 de 1964, razones por las cuales no puede prosperar.

Resolución

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de junio 6 de 1969, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en este juicio ordinario de Hugo, María Fanny y Aída Villafañe o Garcés contra Gentil, Laura, Tulia y Pablo Villafañe.

Sin costas porque no se causaron.

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

SOCIEDAD DE HECHO

Error de hecho en punto a interpretación de los contratos. Los bienes que los socios aportan dejan de pertenecerles. La prenda de cosa ajena. Es válida.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Ernesto Cediel Angel).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de 8 de abril de 1970, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en el proceso ordinario de Jesús Meza Pérez contra Pedro Astrauskas.

Antecedentes

1. Mediante documento privado suscrito en Bogotá el 14 de julio de 1966, los citados Jesús Meza Pérez y Pedro Astrauskas celebraron un contrato de sociedad, del cual interesa transcribir las siguientes estipulaciones:

"Primera. Jesús Meza Pérez entrega a Pedro Astrauskas, para administrarlo en forma como adelante se explica, un lote de ganado vacuno 'cruzado de cebú' que pasta en la hacienda 'La Roca', ubicada en el Municipio de Honda, Departamento del Tolima, inmueble respecto del cual los mismos contratantes tienen celebrado contrato en virtud del cual Meza P. transferirá la propiedad a Astrauskas. Dicho ganado, que ya fue recibido por Astrauskas a entera satisfacción, se discrimina así:

"Ciento ochenta y nueve novillos avaluados a mil setecien- pesos ($ 1.700.00) cada uno. Valen en total ..... $	321.300.00
"Sesenta y ocho (68) novillos a dos mil cien pesos ($ 2.100.00) cada uno. Valen en total	142.800.00
"Ciento una (101) vacas paridas, o sea doscientas dos cabezas a razón de dos mil pesos ($ 2.000.00) el atado	202.000.00
"Sesenta y cuatro (64) novillonas y vacas horras avaluadas cada una a mil seiscientos ($ 1.600.00). Valen	102.400.00
"Cuatro (4) vacas paridas y 3 vacas horras, o sea once cabezas a razón de dos mil doscientos cincuenta pesos ($ 2.250.00) cada atado y cada vaca horra. Valen	15.750.00
"Cinco (5) toros a cuatro mil pesos ($ 4.000.00) cada uno	20.000.00
O sea un total de quinientas treinta y nueve (539) cabezas por un valor total de ochocientos cuatro mil doscientos cincuenta pesos	804.250.00

"Segunda. Astrauskas se obliga a atender a la diligente administración del ganado, suministrándole por su cuenta en la hacienda mencionada pastaje, sal, drogas y demás pastos que sean necesarios para su buen sostenimiento.

"Tercera. El término de duración de este contrato es de un (1) año. Pero las partes podrán prorrogarlo de común acuerdo por el tiempo que estimen conveniente.

"Cuarta. Parte del ganado está marcado con las letras J. M. P. Unidas y otra parte con las letras ROK, con exclusión de unos terneros.

"Quinta. No se podrá hacer venta del ganado ni de parte de éste sino por los dos contratantes, de común acuerdo.

"Sexta. El ganado responderá en primer término por el capital, es decir por su avalúo total que corresponde al propietario Meza, o sea por los $ 804.250.00. El excedente representa la utilidad en el negocio, la cual se repartirá así: sesenta por ciento (60%) para Pedro Astrauskas y cuarenta por ciento (40%) para Meza Pérez. Es entendido que no se liquidará ni se repartirán utilidades hasta que Meza P. haya retirado el capital, tomándolo de las ventas de ganados".

2. Por medio de la escritura 3222 de 12 de agosto de 1966, otorgada en la Notaría Décima de Bogotá, Jesús Meza Pérez y Pedro Astrauskas hicieron, en resumen, las siguientes declaraciones: **Primera.** Que por escritura 2737 de 14 de julio de ese año, otorgada en la misma Notaría, Meza Pérez vendió a Astrauskas la finca rural denominada "La Roca" debidamente determinada por su ubicación y linderos, por la cantidad de $ 592.000.00. **Segunda.** Que dicha escritura no pudo registrarse por hallarse inscrita una demanda civil. **Tercera.** Que el vendedor Meza se obliga a librar dicho inmueble del registro de la demanda civil y a sanearlo de todos los demás vicios y gravámenes que lo afectan. **Cuarta.** Que como el registro de la demanda impide al comprador obtener préstamos con garantía del referido inmueble, Meza se obliga a servirle de fiador hasta por la cantidad de $ 300.000.00. **Quinta.** Que para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas, Meza constituye hipoteca de primer grado a favor de Astrauskas hasta por la suma de $ 400.000.00, sobre el inmueble que en dicho instrumento se determina, y además, "prenda agraria sobre un lote de semovientes consistentes en doscientos (200) cabezas de ganado vacuno mayor escogido de valor entre todo el ganado vacuno que está paciendo en la misma finca "San Francisco de Paula de la Roca", de propiedad del acreedor y que éste recibió del deudor a utilidades en compañía según contrato que consta en documento privado firmado por las mismas partes, deudor y acreedor, el mes de julio de mil novecientos sesenta y seis (1966). Tal ganado está en poder y responsabilidad y administración del acreedor en virtud del mencionado contrato, y que el ganado que queda pignorado en virtud de esta escritura, el acreedor toma posesión de él por medio de este instrumento".

"......

"Octava. Que si el inmueble hipotecado o los semovientes dados en prenda fueren perseguidos por terceras personas, "ipsofacto el acreedor queda con derecho a disponer libremente y sin otro requisito de los semovientes pignorados y del bien hipotecado". Estipulóse, finalmente, "que los frutos del bien hipotecado y los aumentos de los semovientes pignorados, quedan vinculados a esta hipoteca y a esta prenda agraria".

El litigio

Afirmando como fundamento de su pretensión la existencia de la citada sociedad en los términos de que da cuenta el documento privado a que se hizo referencia, y el hecho de haber manifestado Astrauskas su conformidad con que se le pusiera fin, Jesús Meza Pérez demandó a aquel ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Manizales a efecto de que se declarase "disuelta la sociedad de hecho (ganadera)... constituída por medio del documento privado de fecha 14 de julio de 1966", y se decretase, en consecuencia, su liquidación, "partiendo las utilidades en la forma y proporción que establece el contrato de constitución de la sociedad y una vez retirado el valor correspondiente al capital invertido por Jesús Meza Pérez o sea la suma de ochocientos cuatro mil doscientos cincuenta pesos m. l. ($ 804.250.00)".

Al contestar la demanda manifestó el demandado que se oponía a las pretensiones del actor por cuanto el contrato de sociedad a que éste alude fue novado por otro mediante el cual Meza Pérez dio a Astrauskas "en prenda agraria y como garantía de que le sanearía todos los vicios que tuviera una finca denominada 'La Roca', situada en el municipio de Honda, la cantidad de doscientas cabezas de ganado del mismo que dicen haberle entregado en compañía o sociedad ganadera de hecho". Propuso, además, otras excepciones en los términos de que da cuenta el escrito respectivo.

La primera instancia del juicio, culminó con la sentencia de 18 de julio de 1969, cuya parte resolutiva es del siguiente tenor:

"1º Ordénase la disolución de la 'Sociedad de hecho', formada por los señores Jesús Meza P. y Pedro Astrauskas, según documento suscrito por éstos el 14 de julio de 1966, que obra a folios 2 del cuaderno principal.

"2º Dispónese la liquidación de la misma sociedad, siguiendo las normas que rigen para la partición de bienes hereditarios como lo manda el Art. 2141 del C. Civil.

"3º Exclúyese de la liquidación la cantidad de doscientas cabezas de ganado vacuno a que se refiere la constitución de prenda de que habla la escritura 3222 de agosto 12 de 1966 de la Notaría Décima de Bogotá, por las razones expuestas anteriormente.

"4º Reconócese en favor del demandado y como parte devuelta al socio capitalista Jesús Meza Pérez, la suma de $ 634.320.00 valor de 311 cabezas de ganado vacuno, que fueran vendidas de las que componían la sociedad, y que fueran entregadas a Meza Pérez, conforme a reconocimiento que hizo.

"5º Se condena en costas a la parte demandada".

Apelada esta decisión por ambas partes el Tribunal, con salvamento de voto de uno de los magistrados que integran la sala de decisión, resolvió:

"Primero. Decláranse no probadas las excepciones perentorias formuladas por el señor mandatario de la parte demandada al contestar el libelo.

"Segundo. Revócase el numeral tercero de la parte resolutiva de la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Manizales el diez y ocho (18) de junio de mil novecientos sesenta y nueve (1969) en el presente juicio y en su lugar ORDENA que al hacer la liquidación de la sociedad de hecho se tengan en cuenta la totalidad de los semovientes objeto de ella, sin perjuicio de que se respeten los gravámenes legalmente constituídos y vigentes que puedan afectar total o parcialmente a dichos semovientes.

"Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada".

Contra este fallo, según se dijo, interpuso el demandado el recurso de casación que hoy se decide.

Motivación de la sentencia impugnada

A efecto de precisar la sujeta materia del recurso de apelación, advierte el Tribunal que la inconformidad del demandante se contrae a la decisión contenida en el numeral 3º del fallo del a-quo, cuya revocatoria solicita; y que aunque el demandado apeló de la sentencia de primer grado, pidió luego ante el Tribunal la confirmación de ésta, lo que "equivale prácticamente —dice— a un desistimiento del recurso, puesto que no otra cosa implica para dicha parte la confirmación del fallo tal como lo profirió el juez del conocimiento".

"Por consiguiente —agrega— la misión del Tribunal en este caso queda circunscrita a lo dispuesto en el numeral tercero de la parte resolutiva de la sentencia apelada, conforme al cual se excluyen de la liquidación de la sociedad de hecho cuya disolución se decreta, las doscientas cabezas de ganado vacuno 'a que se refiere la constitución de prenda de que habla la escritura 3222 de agosto 12 de 1967 de la Notaría Décima de Bogotá', que es lo que impugna la parte ac-

tora quien también ha manifestado su conformidad con las demás decisiones sostenidas (sic) en dicha sentencia".

Observa luego el sentenciador que la cuestión sometida a su estudio es la de saber si debe o no excluirse de la liquidación las doscientas cabezas de ganado vacuno "sobre las cuales como parte integrante de los semovientes materia de la sociedad de hecho, el demandante y dueño de ellas dijo constituir prenda agraria a favor del demandado"; que la tesis de que aquellas deben ser excluídas de la liquidación la funda el demandado que al constituirse prenda agraria sobre las mismas se operó una novación respecto al primitivo contrato de sociedad; que aunque el juez no aceptó que hubiera habido novación, ordenó la exclusión de las cabezas de ganado mencionadas porque en concepto suyo no se le puede desconocer al demandado el derecho de retención que tiene sobre ellas de acuerdo con el artículo 1693 del Código Civil; que, por consiguiente, incumbe al Tribunal examinar la cuestión planteada por los dos aspectos mencionados, o sean el de la novación del contrato de sociedad y el de la retención de los semovientes dados en prenda.

Tocante con el primero advierte, luego de transcribir una doctrina de la Corte sobre el alcance de las normas que regulan la novación como modo de extinguir las obligaciones (G. J. Nº 1933, Pág. 122), que al confrontar el documento privado del 14 de julio de 1966 y la escritura 3222 del 12 de agosto siguiente, a que se ha hecho referencia, no se encuentra "la declaración expresa de las partes acerca de la novación pretendida, ni tampoco se desprende de esos documentos una intención indudable de novar o de extinguir con la obligación de prenda agraria la del contrato de sociedad de hecho sobre el ganado y por este aspecto falta el requisito previsto en el primer inciso del Art. 1693 del C. Civil"; que no hay incompatibilidad entre las obligaciones emanadas de los dos contratos mencionados y, por consiguiente, las del segundo no implican una extinción de las del primero, ya que "quien aporta unos bienes a una sociedad de hecho, y más concretamente, quien entrega determinados semovientes a otra persona para repartir utilidades posteriormente, previa deducción del valor en que se estiman aquellos, sigue siendo dueño de los mismos, y nada le impide constituir sobre ellos una garantía, como es para el caso la prenda agraria, destinada a respaldar otras obligaciones diferentes, susceptibles de tal garantía, sin que la constitución de ésta ponga término al negocio primitivo, mientras no se haga la manifestación expresa de que para constituirla se excluyen del primitivo negocio aquellos semovientes sobre que recae la prenda"; que la compatibilidad es mayor cuando, como en el presente caso, el segundo contrato no fue de prenda común sino de prenda agraria, "porque en aquella es de su esencia la entrega de la cosa mueble al acreedor para seguridad de su crédito como lo estatuye el Art. 2409 del C. Civil, en tanto que en ésta ocurra precisamente lo contrario, los bienes dados en prenda siguen en poder del deudor quien conservará la tenencia a nombre del acreedor al decir del Art. 4º de la Ley 24 de 1921".

De donde concluye el Tribunal que "no habiéndose, pues, estipulado en forma expresa la novación ni hallándose indudablemente implícita la intención de novar en el contrato celebrado por medio de la escritura pública 3222 ya citada, la constitución de prenda agraria de que allí se habla como obligación accesoria a un tercer contrato —el de compraventa de la finca de la Roca— no podía ni puede menoscabar las utilidades obtenidas por los socios sobre los semovientes pignorados y a lo sumo podría pensarse que de estar legalmente constituído el gravamen referido, el acreedor prendario tendría derecho a hacer efectivo éste sobre aquellos semovientes que en la liquidación le fueran adjudicados al deudor".

Observa que en nada afecta esta conclusión la circunstancia de que en la escritura 3222 se diga que el acreedor toma "posesión" de los semovientes dados en prenda agraria, puesto que en esta clase de contratos no hay desplazamiento de los bienes pignorados del deudor hacia el acreedor, como ya se dijo; ni tampoco la de que se hubiera facultado

al acreedor para disponer, llegado el caso, de los semovientes dados en prenda, porque de acuerdo con el artículo 21 de la Ley 24 de 1921 "es nula toda convención que faculte al acreedor para apropiarse la prenda fuera de remate judicial, o que implique la renuncia del deudor a los trámites legales de la vía ejecutiva en caso de falta de pago". Agrega que "sí en el caso de autos el acreedor Astrauskas tiene en su poder los semovientes sobre los cuales se dijo constituir prenda agraria, en lugar de conservarlos el deudor a nombre de aquel, es solo porque tales semovientes los había recibido el citado acreedor en virtud del contrato de sociedad entre ellos celebrado, hecho éste que pone más de manifiesto la ausencia de la intención de novar que pudieran haber tenido los contratantes, y por ende la plena vigencia del contrato de sociedad sobre todas las cabezas de ganado a que dicho contrato se contrajo"; y que en el supuesto de que la constitución de prenda agraria sobre los referidos semovientes "reúna todas las condiciones legales indispensables para su validez y eficacia, está fuera de duda que tal garantía no sustituyó en forma alguna los derechos y obligaciones surgidos de tal sociedad, y de aquí que se estime acertada la consideración del señor juez a-quo cuando descartó la novación alegada por la parte demandada".

Se ocupa luego el Tribunal del punto referente al derecho que, según el juzgado, tiene el acreedor para retener las doscientas cabezas de ganado afectadas con la prenda, para observar que no es aplicable al caso sub-lite el segundo inciso del artículo 1693 del C. C. en que el a-quo apoya su conclusión y según el cual "si no aparece la intención de novar, se mirarán las dos obligaciones como coexistentes, y valdrá la obligación primitiva en todo aquello en que la posterior no se opusiere a ella subsistiendo en esa parte los privilegios y cauciones de la primera", porque "no hay oposición entre lo allí pactado y lo convenido por los mismos contratantes al constituir la presunta prenda agraria sobre parte de los semovientes entregados para adelantarlos y partir utilidades, hasta el punto de que pueden surtir efecto ambos contratos sin hacer la exclusión ordenada por el juzgado, con aplicación un tanto equivocada de lo que estatuye el artículo parcialmente transcrito", pues este precepto se refiere a los privilegios y cauciones del primer contrato y no a los del segundo.

Advierte, finalmente, que "el hecho de que parte de los semovientes que el demandante entregó al demandado están presuntamente afectados con un gravamen real, no impide, en concepto de la Sala, el que el valor de los mismos se tenga en cuenta al liquidar la sociedad de hecho, sin que ello implique el desconocimiento de la garantía que los pueda gravar en el supuesto de que ésta sea válida y esté vigente" que la orden de disolución y consiguiente liquidación de la sociedad de hecho existente entre las partes no incide en las nuevas obligaciones adquiridas por ellos, si se hallan ajustadas a la ley, "aunque están vinculadas en parte sobre los semovientes objeto de esa liquidación, porque será ya al liquidar la sociedad cuando se habrá de tener en cuenta los privilegios y gravámenes que en su favor se invoquen y demuestren los interesados con respecto a las utilidades partibles entre ellos"; que no hay fundamento legal para dejar por fuera de la liquidación las cabezas de ganado a que se contrae el numeral tercero de la parte resolutiva del fallo apelado y las posibles utilidades que aquellas hubieran producido durante la vigencia del contrato social; que, de consiguiente, "debe revocarse lo dispuesto en el numeral tercero aludido, para dejar en firme lo resuelto en los otros puntos que no son materia de apelación, y en su lugar ordenar que al hacer la liquidación de la sociedad de hecho de que aquí se trata debe tenerse en cuenta la totalidad de los semovientes materia del negocio inicial, sin perjuicio de que se respeten los gravámenes que afecten parcialmente esos semovientes, mientras no se demuestre o declare su extinción o ineficacia".

La demanda de casación

Solicítase en ella que la Corte case el fallo acusado en lo tocante con la decisión contenida en el numeral segundo de la parte resolutiva y con la condena en costas, con-

firmándolo en lo demás, "para que de la liquidación de la sociedad declarada disuelta se excluya la cantidad de doscientas (200) cabezas de ganado vacuno a que se refiere la constitución de la prenda de que habla la escritura Nº 3222 de agosto 12/66 de la Notaría Décima de Bogotá", y los aumentos de los semovientes pignorados.

A tal efecto acúsase la sentencia del Tribunal, dentro del primero de los motivos de casación, de ser violatoria del artículo 1602 del C. C., por falta de aplicación, "previa violación medio de los artículos 1618, 1621 y 1622 de la misma obra, normas de carácter adjetivo"; de los artículos 2079, 2081, 2083 y 2141 del C. C., y 1º, 4º y 21 de la Ley 24 de 1921, por aplicación indebida; y de los artículos 1693, inciso segundo, 2409, 2410, 2411, 2421, 2422 y 2428 del C. C., por falta de aplicación.

La violación de las normas sustanciales citadas se habría producido, según el censor, a consecuencia de la errónea interpretación del contrato de sociedad de que da cuenta el documento privado que obra al folio 2 del cuaderno Nº 1 y del contrato de prenda celebrado por las partes, "en particular de los efectos jurídicos producidos en el contrato de sociedad inicialmente celebrado, por el contrato de prenda, posteriormente celebrado". A causa de esa equivocada interpretación de los contratos mencionados y de los efectos del segundo sobre el primero habría incurrido el Tribunal en los siguientes errores de hecho que, al decir del censor, aparecen de modo manifiesto en los autos:

"a) Que la sociedad celebrada por las partes en los términos del documento que obra a folio 2 del cuaderno Nº 1 del expediente, el 14 de julio de 1966, sobre quinientas treinta y nueve (539) cabezas de ganado por un valor total de ochocientos cuatro mil doscientos cincuenta pesos ($ 804.250.00) no sufrió modificación alguna en virtud del contrato de prenda celebrado entre las mismas partes, en los términos de la escritura pública Nº 3.222 de agosto 12/66 de la Notaría Décima de Bogotá y en virtud del cual el socio y deudor Meza Pérez dio garantía real al socio acreedor Pedro Astrauskas, 'sobre un lote de semovientes consistentes en doscientas (200) cabezas de ganado vacuno mayor escogido de más valor entre todo el ganado vacuno que está paciendo en la misma finca San Francisco de Paula de la Roca de propiedad del acreedor'. Cuando el hecho cierto es que la constitución de esa prenda sustrajo del contrato de sociedad inicialmente celebrado, no solo esas doscientas (200) cabezas de ganado mayor, sino también los aumentos de esos semovientes".

"b) Que el contrato de prenda celebrado por Meza Pérez con Pedro Astrauskas, en los términos de la escritura citada es un contrato de prenda agraria, cuando de su texto y de la forma misma como el contrato operó y que el Tribunal admite, resulta claramente que se trata de un contrato de prenda de derecho común".

"Pero además —agrega el recurrente— el Tribunal incurrió en su fallo en varios errores de tipo jurídico al pretender aplicar simultáneamente a las doscientas (200) cabezas de ganado y a sus aumentos, dados en prenda, el régimen jurídico del contrato de sociedad y del contrato de prenda, así se tratase de prenda agraria como el Tribunal lo pretende".

Al desarrollar el cargo observa el impugnante que luego de destacar el Tribunal como característica distintiva del contrato de prenda agraria el hecho de que los bienes pignorados continúan en poder del deudor, el cual los tiene a nombre del acreedor, "habla en el fallo de que el señor Meza Pérez entregó todos los ganados a la sociedad inicialmente formada y aunque afirma que conserva la propiedad, en parte alguna dice que la sociedad le haya devuelto la tenencia de los mismos o de parte de ellos; es decir que el deudor Meza Pérez no es tenedor, ni a nombre del acreedor ni a nombre de nadie, de la cosa sobre la que recae la prenda". Nota que es equivocada la afirmación del sentenciador de que la sociedad conserva todos los ganados entregados por Meza, porque si bien es cierto que el demandado los recibió para la sociedad, como administrador de la misma, sin embargo "no conserva los dados en prenda y sus aumentos, porque

del texto mismo del contrato de prenda, a pesar de su redacción defectuosa, resulta la explícita voluntad de las partes de que el acreedor prendario tenga en su poder con tal carácter, las doscientas (200) reses y sus aumentos", al expresarse en él que "tal ganado está en poder y responsabilidad y administración del acreedor en virtud del mencionado contrato, y que el ganado que queda pignorado en virtud de esta escritura, el acreedor toma posesión de él por medio de este instrumento".

Agrega que el traspaso de la tenencia se realizó "brevi manu" porque pasó de Pedro Astrauskas administrador de la sociedad a Pedro Astrauskas acreedor prendario; que aunque la cláusula que faculta al acreedor para disponer de los semovientes pignorados sea nula, pone de presente que la intención de las partes fue la de que éstos quedaran en poder de Astrauskas como acreedor prendario; que el Tribunal se empeñó en interpretar el contrato de prenda de manera que no produjera efecto alguno en el de sociedad inicialmente celebrado, llegando a la conclusión de que "sobre las doscientas cabezas de ganado dadas en prenda y sus aumentos, operan simultáneamente el contrato inicial de sociedad y el contrato de prenda", y que del hecho de que no hubiera habido novación dedujo el sentenciador que el segundo contrato no había modificado el de sociedad, sin tomar nota de que el segundo inciso del artículo 1693 del C. C. prevé una situación como la de autos.

Dice que el Tribunal sabe que los ganados materia de la prenda los tiene Pedro Astrauskas, y que el problema radica en saber si los tiene como administrador de la sociedad y a nombre de ésta, o en su propio nombre como acreedor prendario; que el texto del contrato de prenda evidencia que de los ganados inicialmente entregados a la sociedad se tomaron unos, que deben ser deducidos, para constituir sobre ellos la prenda; que el demandante Meza no ha tenido en su poder los semovientes pignorados, y que "no aparece en la sentencia ni en el texto de los contratos ni en ninguna parte nada que demuestre que los ganados dados en prenda deben estar en poder de un tercero y no en el del acreedor prendario"; que como de acuerdo con el contrato social lo primero que ha de hacerse al liquidar la sociedad es reintegrar a Meza Pérez del capital aportado, "si ese reintegro se hace, el acreedor prendario queda burlado y violada la norma que le prohibe al deudor pretender la restitución de la prenda sin el previo cumplimiento de sus obligaciones".

Remata el recurrente su acusación en los siguientes términos:

"Si el honorable Tribunal Superior de Manizales para dictar el fallo acusado da aplicación a los principios de hermenéutica que consagran las normas adjetivas del Código Civil numeradas 1618, 1621 y 1622, habría realizado la interpretación del contrato de prenda prescindiendo de su calificación de agraria dada por los interesados y entendiéndola como de derecho común; habría encontrado además en las cláusulas del mismo y en las del contrato de sociedad que, precisamente por no existir novación, era el caso de aplicar el inciso segundo del artículo 1693 del Código Civil, también violado por falta de aplicación, y concluir entonces que el contrato de sociedad primitivo tuvo una vigencia parcial, que fue modificado por el contrato de prenda y que así modificado subsiste desde la fecha de la notificación hasta la en que se le liquide. Que respecto de las doscientas (200) cabezas de ganado y sus aumentos, dados en prenda, no hay lugar a la aplicación de los artículos 2079, 2081, 2083 y 2141 del Código Civil, violados por aplicación indebida, por cuanto no están afectos al contrato de sociedad desde la fecha de vigencia de la prenda sino, por el contrario, debe aplicárseles el estatuto de la prenda común en los artículos 2409, 2410, 2411, 2415, 2421, 2422 y 2428 del Código Civil violados por falta de aplicación. Y que no tratándose de prenda agraria no le son aplicables los artículos 1º, 4º y 21 de la Ley 24 de 1921, violados por aplicación indebida.

La Corte considera

1. Cuando el punto inicial de la acusación radica, como en el presente caso, en el error de hecho en que habría incurrido el senten-

ciador en la apreciación de una prueba trascendente, incumbe al recurrente individualizar el medio mal apreciado y mostrar el error del Tribunal, el que para asumir entidad en casación ha de consistir en no haber visto aquel la prueba que obra en el proceso, o en haber supuesto la que no existe en él, hipótesis éstas que por imperativo lógico comprenden la desfiguración de la prueba, bien sea por haberle hecho decir lo que no expresa o por haberle cercenado su real contenido. Incumbe, por tanto, al censor puntualizar cada uno de estos yerros y mostrar su evidencia, para que quede así de manifiesto que la situación de hecho que supuso el Tribunal por virtud de tamaños desaciertos en la apreciación de las pruebas, no corresponde a la realidad que ellas ciertamente demuestran.

2. Si el sentenciador contempla una prueba tal como se ofrece en el proceso, pero en ejercicio del poder discrecional de apreciación de que se halla investido le da una interpretación que no repugna a su texto y tiene, por ende, como demostrado un determinado hecho mejor que otro, no puede decirse entonces que haya incurrido en un error de hecho trascendente en casación, porque el yerro de esta clase ha de ser evidente, y esa evidencia no se da cuando la interpretación del Tribunal no es ilógica ni arbitraria. En tal evento ha de respetarse la apreciación del sentenciador, no solo porque llega cobijada por la presunción de acierto, sino porque se ampara en la discreta autonomía que al fallador de instancia le reconoce la ley, razón por la cual no puede ser variada en el recurso extraordinario.

3. Atinente con el error de hecho en la interpretación de los contratos ha dicho la Corte:

"El error de hecho en la función estimativa de las pruebas debe aparecer de manera incontrovertible, cierta, que no deje resquicio alguno por donde pueda insinuarse un ápice de duda. El artículo 520 del C. J. exige que conste 'de modo manifiesto', esto es, que su presencia en el juicio sea verdad objetiva.

"En punto a interpretación de los contratos, la exigencia es más imperativa, si cabe, en razón de la materia a que se refiere, cual es la libertad humana considerada como fuente de relaciones de derecho. El acto jurídico es uno de los medios con que el hombre ejerce esa libertad, y se comprende que su interprétación por parte de los jueces no tenga otro fin que respetar y garantizar esa libertad. Ello quiere decir que la operación interpretativa del contrato parte necesariamente de un principio básico: la fidelidad a la voluntad, a la intención, a los móviles de los contratantes. Obrar de otro modo, es traicionar la personalidad del sujeto comprometida en el acto jurídico, o en otros términos, adulterar o desvirtuar la voluntad plasmada en él. Por lo mismo y con el objeto de asegurar siempre el imperio de la voluntad, las declaraciones vagas, confusas, oscuras o inconsonantes deben ser interpretadas, ya que todo proceso del querer persigue un fin. No interpretarlas sería anularlas, cancelarlas como expresión de la voluntad, y por ello, su augusta función que toca con las más altas prerrogativas humanas, la de desentrañar el verdadero sentido de los actos jurídicos.

"Mas es sabido que la interpretación implica de suyo un proceso intelectual, en el cual confluyen circunstancias, factores, nociones y conceptos de distintos órdenes que pesan todos en la mente del juzgador, en la medida personal que éste les asigna. Por este motivo goza de autonomía en esa tarea: no habría cauces positivos para ordenar su discernimiento, ni límites concretos para contener una medida; pero como tampoco hay poder para errar, ni derecho humano ilimitado, esa autonomía tiene una cadena: el error de hecho, cuya presencia en el proceso sea de una evidencia deslumbradora, porque de lo contrario aquella autonomía sería imaginaria y este recurso se transformaría en debate de instancia". (LXXVII, 148).

4. En sentencias anteriores había dicho:

"La Corte de Casación no puede desestimar la interpretación dada por los Tribunales de instancia a las cláusulas de un

contrato, porque a su juicio parezca que las partes pretendieron obligarse de una manera diferente a la entendida por el Tribunal cuya sentencia examina. Es preciso que el error en la apreciación de las cláusulas de un contrato sea tan claro a la luz de las reglas legales y de los datos del expediente que no deje lugar a duda alguna". (XX, 295).

"En principio, la interpretación de una convención corresponde soberanamente a los jueces de fondo, cuyas decisiones al respecto escapan en lo general a la censura de la Corte de Casación, a no ser que degeneren en una verdadera violación de la ley del contrato; lo cual no acontece sino cuando el juez so pretexto de interpretación, desnaturaliza abiertamente las convenciones de las partes contratantes, o pretermite al aplicar el contrato alguna estipulación terminante o la sustituye por otra de su invención". (XXV, 429).

5. Dos son los errores de hecho manifiestos en que, al decir del censor, habría incurrido el Tribunal, al apreciar los contratos de sociedad y de prenda celebrados entre demandante y demandado, a saber: a) que no obstante que por virtud del segundo se sustrajeron del de sociedad inicialmente celebrado doscientas cabezas de ganado vacuno y los aumentos de los mismos, el sentenciador dijo que el de sociedad no había sufrido modificación alguna; y b) que siendo de prenda común el contrato celebrado entre demandante y demandado, referente a doscientos semovientes, el Tribunal dijo que se trataba de una prenda agraria. Importa, de consiguiente, establecer si las conclusiones a que llegó el sentenciador respecto de esos dos puntos pecan o no de contraevidencia.

6. Sostiene el Tribunal que el referido contrato de prenda no entraña una novación del de sociedad celebrado entre demandante y demandado, porque las partes no lo dijeron expresamente, y porque no aparece como cierta la intención de novar desde luego que, a su juicio, la segunda obligación no implica en manera alguna la extinción de la primera por no existir incompatibilidad entre las dos. "Quien aporta unos bienes a una sociedad de hecho —dice textualmente—, y más concretamente, quien entrega determinados semovientes a otra persona para repartir utilidades posteriormente, previa deducción del valor en que se estiman aquellos, sigue siendo dueño de los mismos, y nada le impide constituir sobre ellos una garantía como es para el caso la prenda agraria, destinada a respaldar otras obligaciones diferentes, susceptibles de tal garantía, sin que la constitución de ésta ponga término al negocio primitivo, mientras no se haga la manifestación expresa de que para constituirla se excluyan del primitivo negocio aquellos semovientes sobre que recae la prenda".

7. Manifiesto es el error jurídico en que incurrió el sentenciador al decir que quien aporta unos bienes a una sociedad de hecho sigue siendo dueño de los mismos, pues por sabido se tiene que la sociedad, cualquiera que sea su especie, "forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados", tal como lo expresa el artículo 2079 del C. C., y consiguientemente, los bienes que los socios aportan dejan de pertenecerles para pasar a ser del dominio de aquella. Por manera que al entregar Meza Pérez las 539 cabezas de ganado vacuno que constituían su aporte a la sociedad formada con Astrauskas, según el documento de 14 de julio de 1966, dejó de ser dueño de las mismas, las que pasaron a ser de propiedad exclusiva de dicha sociedad.

8. De esta suerte, habiendo dejado Meza Pérez de ser dueño de las cabezas de ganado que aportó a la sociedad, la prenda que constituyó posteriormente sobre doscientas de ellas vino a recaer sobre cosa ajena; y si bien es cierto que la prenda de cosa ajena es válida al tenor del artículo 2415 del C. C., los derechos del dueño, sin embargo, no se afectan por tal motivo. Por consiguiente, no obstante la constitución de la prenda sobre los doscientos semovientes mencionados, siguió la sociedad siendo dueña y poseedora de los mismos, háyase tratado de prenda común o de prenda agraria. Y si la sociedad continuó siendo dueña de ellos, quiere esto decir que su patrimonio se mantuvo intacto, y, consecuencialmen-

te, que el contrato de prenda precitado no modificó en este punto el de sociedad que demandante y demandado habían celebrado. Luego la conclusión del Tribunal acerca de que las obligaciones nacidas de los contratos de sociedad y de prenda mencionados no son incompatibles, aunque fundada en un concepto equivocado, no desnaturaliza tales convenciones, ni entraña una interpretación arbitraria de sus cláusulas, sino, por el contrario, una apreciación de los citados contratos de acuerdo con su contenido real. En manera alguna resulta esa conclusión contraria a la evidencia que surge de los documentos contentivos de los contratos de sociedad y de prenda, y, por ende, mal pudo incurrir el Tribunal en el error de hecho que por este aspecto se le imputa.

9. En lo tocante con el otro error que se le atribuye al sentenciador, consistente en haber calificado como de prenda agraria un contrato que es de prenda común, cabe observar que aún aceptando que dicha calificación fue equivocada por cuanto los semovientes no quedaron realmente en poder del deudor, el error en que aquel habría incurrido resulta intrascendente puesto que, según se vio, por tratarse de prenda de cosa ajena, sea común o sea agraria, la sociedad sigue siendo dueña de los semovientes pignorados. Lo que significa que dicho contrato de prenda no modificó en manera alguna el de sociedad, particularmente por lo que a los bienes que constituyen su patrimonio atañe, razón por la cual ha de mantenerse la sentencia impugnada en cuanto "ordena que al hacer la liquidación de la sociedad de hecho se tengan en cuenta la **totalidad de los semovientes objeto de ella.** (se subraya), sin perjuicio de que se respeten los gravámenes legalmente constituídos y vigentes que puedan afectar total o parcialmente dichos semovientes", puesto que al tenor del artículo 2415 precitado el contrato de prenda sobre cosa ajena subsiste mientras no la reclame su dueño.

10. Al fallar la acusación en su punto de partida, por las razones anotadas, los cargos que se le formulan a la sentencia de segunda instancia resultan necesariamente imprósperos. No se hará, sin embargo, condena en costas en el recurso extraordinario por haber dado lugar a una rectificación doctrinaria.

Resolución

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de ocho (8) de abril de mil novecientos setenta (1970), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en el presente juicio ordinario seguido por Jesús Meza Pérez contra Pedro Astrauskas.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

FILIACION NATURAL

Interpretación de la demanda. — Aplicación de los artículos 179, 180 y 375 inciso 3º del nuevo Código de Procedimiento Civil.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Chiquinquirá, en este juicio ordinario de Carmen Josefa Fletcher contra José Joaquín Monroy Guzmán.

El litigio

Ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chiquinquirá, la primera demandó al segundo, para que se le declarase hija natural suya y se ordenase al Notario extender el acta respectiva haciendo las anotaciones del caso.

Fundó su pretensión en los siguientes hechos:

"1º Entre el señor José Joaquín Monroy Guzmán y la señorita Laura Fletcher, existieron relaciones sexuales estables.

"2º Como consecuencia de esas relaciones nació una niña con el nombre de Carmen Josefa Fletcher que tiene en la actualidad 39 y medio años de edad.

"3º Dicho señor ha tratado a la señorita Carmen Josefa Fletcher como a su hija, suministrándole lo necesario para la subsistencia y educación, lo mismo que presentándola en ese carácter a sus familiares y amigos y al vecindario de su domicilio en general.

"4º No obstante ese tratamiento, el citado señor se niega a reconocer legalmente a su hija y ha abandonado todas sus obligaciones".

Dice la demandante, además, que "presenta cartas y papeles provenientes del demandado" y que funda su pretensión en la Ley 45 de 1936.

Corrido el traslado del libelo, el demandado no lo contestó ni solicitó pruebas. La parte actora pidió algunas, que fueron practicadas, y cumplido el ritual correspondiente el Juzgado profirió sentencia, con fecha de enero 30 de 1969, en la cual absolvió al demandado. La demandante apeló de esta decisión y correspondió conocer del recurso al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Chiquinquirá, el que al término de la segunda instancia pronunció la sentencia de junio 18 de 1969, cuya parte resolutiva es del tenor siguiente:

"Primero. Revócase en su totalidad la sentencia proferida por el señor Juez Promiscuo del Circuito, con fecha treinta y uno (31) de enero del corriente año, materia del recurso, y en su lugar se declara que Carmen Josefa Fletcher ... es hija natural del señor José Joaquín Monroy Guzmán.

"Segundo. Comuníquese esta decisión al señor Notario para los fines legales del caso...".

Por razón de la competencia establecida en el artículo 10 del Decreto 900 de 1969, el negocio pasó al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja quien concedió el recurso de casación.

La providencia del Tribunal

El sentenciador de segunda instancia expresa que la demandante ejercita la acción de investigación de la paternidad natural, para que se declare judicialmente que es hija del demandado, acción que se origina en el artículo 4º de la Ley 45 de 1936 y que se demuestra por los medios comunes; que "el actor, a más de los hechos en que fundamenta su pretensión, expone en la demanda presentar '...cartas y papeles provenientes del demandado', allegados al juicio, unos con la demanda y otros en el plenario, y que de estas cartas unas fueron reconocidas expresamente y otras en forma tácita, conforme a los artículos 639 y 645 del Código Judicial".

Luego de un detenido análisis de las sobredichas cartas y del pliego de posiciones absueltas por el demandado, el sentenciador considera innecesario el estudio de la prueba testimonial, por cuanto —dice— que "es tan clara la situación jurídico-procesal de los litigantes, establecida conforme a la prueba analizada, que sobra cualquier otra consideración al respecto: el demandado se debe reconocer confeso judicial y extrajudicialmente de ser el padre de la actora. Y es tan sencillo el caso y fácil de dilucidar, que igualmente es por demás cualquier estudio del texto positivo aplicable, doctrinas o jurisprudencias sobre su aplicación. Pero ni siquiera de su aplicación al caso concreto: el numeral 3º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, se refiere al hecho de que exista carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad, para que ésta se declare judicialmente; y se vio atrás que el demandado confesó de manera inequívoca, ser el padre de la demandante. Y confesó doblemente: extrajuicio, a través de las ameritadas cartas; y judicialmente en virtud del reconocimiento tácito de las mismas, como de su dicho ante el Juez, en posiciones, al remitirse a las mismas cartas o escritos".

La demanda de casación

Dos cargos le formula el recurrente a la sentencia del Tribunal, ambos dentro de la órbita de la causal primera de casación. Como debe prosperar el primero a él contrae su estudio la Corte.

El recurrente lo hace consistir en aplicación indebida del numeral 3º, artículo 4º de la Ley 45 de 1936, por evidente error de hecho en la interpretación de la demanda, con violación de los artículos 347 del Código Civil y 593 del Código Judicial.

Dice el censor que "la demanda invoca de modo exclusivo las causales consignadas en los numerales 4 y 5 del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, o sea las relaciones sexuales estables y la posesión del estado de hijo natural. 'Fundado en estos hechos' (y no en otros) el actor pide el reconocimiento. En parte alguna se invoca la causal 3ª de la disposición citada, o sea la existencia de cartas u otro escrito cualquiera que contenga una declaración inequívoca de paternidad", y agrega "que los hechos de la demanda, causa petendi, son el soporte de las pretensiones del actor y sobre ellas provoca al demandado a la controversia... y que no pueden llegar las facultades del juzgador en la interpretación de la demanda al extremo de encontrar alegado un hecho porque los documentos a ella adjuntados comprueben plenamente otra de las causales que la ley ha erigido, y taxativamente como aptas para declarar judicialmente la paternidad".

Transcribe el censor algunas doctrinas de esta Corporación, conforme a las cuales el juez debe apoyar su decisión en los hechos afirmados por las partes y no le es permitido tener en cuenta hechos comprobados pero no alegados. "Como se ha visto —dice— la demanda, ni de lejos, hizo alusión a la causal 3ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1935 (sic.). Citó ésta en su conjunto. Y las referencias a los artículos 398, 399 indican claramente que el fundamento de su acción, consistía en la posesión notoria del estado de hijo natural. El mismo Tribunal, paladinamente, acepta esta situación procesal. No podía eludir su consideración en presen-

cia del jurídico fallo de primera instancia. Acepta que la existencia de carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre no es un hecho sustentante de la demanda. Pero en los siguientes términos va a exponer su propia doctrina, la que, como se ha visto, es perfectamente antijurídica".

Según el censor, esta doctrina consiste en que el sentenciador dio en la idea de buscar en los hechos demostrados alguno de los que conforme a la ley sustentan la pretensión, inclinándose por las cartas, supuestamente escritas por el demandado, en concepto de aquel.

"Se tiene entonces —continúa la censura— que para el Tribunal la demanda no cuenta, ni la relación procesal que surge de ésta. Lo que interesa es que algunos de los hechos, aún los no alegados, se encuentran demostrados en el proceso... Lo que interesa es que alguna de las causales del artículo 4º de la Ley 46 (sic.) de 1936, se hallan acreditadas para que el Juez escoja. Ellas van a ser el fundamento de su fallo. Hace de ellas un análisis 'exhaustivo'. Las cartas son el soporte de la providencia... Si el Tribunal hubiera tenido en cuenta los principios expuestos es innegable que otra habría sido la conclusión de la sentencia. El aceptar como hecho alegado la existencia de la carta u otro documento cualquiera que contenga la confesión inequívoca de paternidad, contra la evidencia de la demanda, extravió su criterio y lo llevó a proferir sentencia condenatoria".

Consideraciones de la Corte

1. Asimilando la demanda o escrito con que se inicia un juicio a una prueba, la doctrina de la Corte ha dicho que el sentenciador al apreciarla puede incurrir en error de hecho o de derecho. El primero tergiversando de modo manifiesto el texto de la demanda, haciéndole decir lo que no expresa o cercenándole su real contenido, y el segundo, negándole el valor probatorio a las confesiones que en ella se contienen o dándoselo a declaraciones que no conforman una confesión.

2. "El actor —dice el Tribunal— a más de los hechos en que fundamenta su pretensión, expone en la demanda 'presentar cartas y papeles provenientes del demandado; ...' los que, ciertamente, obran a los folios que preceden al libelo, o sean del 6 al 10 inclusive, del cuaderno principal. Además, como se dijo ya, dentro del plenario allegó otro grupo de cartas (folios 4 a 21 inclusive, C. 2) anunciadas en su memorial del 13 de diciembre (fl. 2 C. 2), para que el demandado "reconozca los documentos (cartas personales) que obran igualmente dentro del juicio y que se acompañaron a la demanda".

El demandado invocó únicamente las causales 4ª y 5ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, relativas a las relaciones sexuales que hayan existido entre el presunto padre y la madre o la posesión notoria del estado de hijo, como fuentes de la paternidad natural suplicada, y afirmó los hechos que en su concepto conformaban estas causales.

Por consiguiente, el sentenciador incurrió en un manifiesto error de hecho al haber entendido que se invocaba también como causal de paternidad la existencia de un escrito del padre que contenía una confesión inequívoca de esa calidad.

El demandante, en efecto, no alegó la causal 3ª, artículo 4º de la Ley 45 de 1936, como fuente de la declaración de paternidad natural suplicada, ni afirmó los hechos, como tales, que jurídicamente fijan la intención de demandar por dicha causal. Ciertamente, en el aparte del libelo que denominó "Pruebas", dice que presenta "Cartas y papeles provenientes del demandado", pero debe entenderse que unas y otras las trae al proceso con el propósito de demostrar las causales expresamente alegadas de relaciones sexuales entre los progenitores naturales y la posesión notoria del estado civil.

Como conclusión de lo anterior, debe casarse el fallo recurrido y al proceder como tribunal de instancia la Corte hará uso de las facultades que le confieren los artículos 179, 180 y 375, inciso 3º del Código de Procedimiento Civil, con el fin de verificar

los hechos alegados por las partes, para luego dictar la sentencia de reemplazo.

Resolución

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de junio 18 de 1969, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Chiquinquirá, en este juicio ordinario de Carmen Josefa Fletcher contra José Joaquín Monroy Guzmán.

Obrando de conformidad con el inciso 3º, artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, la Corte decreta las siguientes pruebas:

1ª Comisiónase al Juez Civil del Circuito de Chiquinquirá, para que con las formalidades que establecen los artículos 202, 205 y 208 del Código de Procedimiento Civil, cite al demandado José Joaquín Monroy Guzmán, a fin de que absuelva el interrogatorio que el comisionado habrá de formularle en relación con los hechos de la demanda y con los que son materia de las posiciones rendidas por el mismo demandado en la primera instancia, ante el Juez Promiscuo del Circuito de Chiquinquirá.

2ª Comisiónase al Juez Civil del Circuito de Tunja, para que con las formalidades que establecen los artículos 224 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, cite a Angel María Rodríguez y Pedro Salazar, para que contesten el interrogatorio que el comisionado les formule, acerca de lo que les conste en relación con los hechos de la demanda y lo expuesto por ellos en las declaraciones rendidas ante el Juez Primero Civil Municipal de Tunja, en la primera instancia de este juicio. El Juez observará lo dispuesto en el artículo 228 ibídem.

3ª Líbrense los despachos respectivos con los insertos del caso. Término de las comisiones: quince días.

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

CONSTRUCCION EN SUELO AJENO

Derecho de retención del constructor. — Pago de perjuicios e intereses por mora. — Prueba de indicios. — El yerro fáctico debe brillar al ojo para prosperar.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Decide la Corte el recurso de casación que ambas partes interpusieron contra la sentencia de diez y seis (16) de julio de mil novecientos sesenta y nueve (1969), proferida por el extinguido Tribunal Superior del Distrito Judicial de Chiquinquirá en este proceso ordinario que Paulina Santander de Yaver y Stella Yaver de Kirkiris suscitaron contra Celestín Faizal.

I. El litigio

1. Actuando, respectivamente, como cónyuge supérstite y heredera de Abdón Julián Yaver, Paulina Santander de Y. y Stella Yaver de K., ante el Juez Civil del Circuito de Chiquinquirá demandaron a Celestín Faizal para que, previos los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía, se declarara que la sociedad conyugal ilíquida que por el hecho del matrimonio formaron Paulina Santander y Abdón Julián Yaver o la sucesión ilíquida de éste, gozan del derecho de retención sobre el edificio de dos pisos y el suelo en que se levanta, inmueble ubicado en el área urbana del distrito de Chiquinquirá y singularizado como se dice en la demanda; que, consecuencialmente, se condenase a la demandada a restituir a la sociedad conyugal o a la sucesión ilíquida apuntadas "la edificación y el suelo en que se halla levantada" y a pagar a las mismas "el valor de los frutos civiles y naturales de la dicha edificación desde el 1º de abril de 1960 hasta la fecha de la restitución". En subsidio de las anteriores peticiones principales, solicitaron que el Juzgado declarara que Celestín Faizal, la demandada, debe pagar a la sociedad conyugal o a la sucesión preindicadas, el valor de la aludida edificación, "junto con los intereses corrientes de dicho precio" a partir del 1º de abril de 1960.

2. La causa petendi se hizo consistir en 46 hechos que se resumen así:

a) El 9 de octubre de 1925 celebraron matrimonio Abdón Julián Yaver y Paulina Santander, unión de la cual nació Stella Yaver el 21 de noviembre de 1937.

b) En este último año, Abdón Julián Yaver inició relaciones sexuales con Celestín Faizal, quien sabía que aquel era casado. Estas relaciones se hicieron notorias y estables en el año de 1940 cuando aquel llevó a su amante a vivir consigo bajo un mismo techo en la ciudad de Chiquinquirá; desde entonces, hasta el 1º de abril de 1960, fecha de la muerte del concubinario, convivieron como marido y mujer.

c) Paulina Santander de Yaver y Stella Yaver de Kirkiris, respectivamente, fueron reconocidas, dentro del juicio sucesorio de Abdón Julián Yaver, como cónyuge sobreviviente con derecho a gananciales y como heredera.

d) En julio de 1934 José Nassar, a título de compraventa, transfirió varios inmuebles situados en Chiquinquirá a "Sociedad Boyacense Cundinamarquesa S. A.", entonces gerenciada por Abdón Julián Yaver y de la cual eran socios éste y su hermano Chicre, quienes habían aportado, éste la suma de $ 200.000 y aquel solo $ 20.000. La sociedad citada, al mismo título de adquisición, enajenó en marzo de 1936 los mismos inmuebles a "Sociedad Manufacturera Anglocolombiana S. A. Smac", la que, a su vez, en diciembre del mismo año, los transfirió, también a título de compraventa, a Chicre Julián Yaver. En marzo de 1938, éste vendió a Nohamed Kadamany, los mismos bienes a que se ha hecho referencia, pero la escritura de enajenación "fue simulada" porque con ella solo se buscó asegurar un préstamo que éste hizo a aquel. En todas las negociaciones anteriores se hizo figurar la suma de $ 20.000 como precio de ellas.

e) Cuando ya los citados bienes figuraban en cabeza de Kadamany, Abdón Julián Yaver, quien pretendía "quedarse con el patrimonio de su hermano", valiéndose de José Nassar, coterráneo suyo "sobre quien ejercía una marcada y notoria influencia", logró que éste demandara "la nulidad por simulación" del contrato de compraventa que había celebrado en julio de 1934 con "Sociedad Boyacense Cundinamarquesa S. A." y de los posteriores a que se hizo alusión en la letra d). Todos los demandados entre quienes se contaban Chicre Julián Yaver y Nohamed Kadamany, inducidos por tretas de Abdón Julián Yaver, aceptaron los hechos de la demanda y expresamente dijeron no oponerse a ella. En tales circunstancias, el juez del conocimiento, en sentencia de 14 de junio de 1940, cuya ejecutoria se decretó en auto de 26 del mismo junio, acogió las peticiones del libelo, por lo cual el derecho de dominio sobre los bienes que fueron materia de las ventas relacionados en el punto d) anterior, "volvió a radicarse en cabeza del demandante José Nassar".

f) Por medio de la escritura 530 corrida ante el Notario de Girardot el 28 de octubre de 1940, José Nassar, a instancias de Abdón Julián Yaver, transfirió a Celestín Faizal, quien a la sazón era pobre, los mismos inmuebles que fueron materia de las compraventas antes referidas, incluyendo aquella cuya simulación se decretó. Ya para entonces, desde el 7 de diciembre de 1939, Abdón Julián Yaver, como gerente de "Sociedad Manufacturera Anglocolombiana S. A.", había recibido por el incendio, al parecer intencional, de las factorías de esta empresa, la suma de $ 57.500, que tomó en su exclusivo provecho, "pues de ella jamás hizo partícipe a su hermano Chicre".

g) Días antes de su muerte, José Nassar confesó a sus íntimos amigos que el juicio de simulación que adelantó y la venta que hizo a Celestín Faizal, fueron artimañas urdidas por Abdón Julián Yaver para arrebatarle la fortuna a su hermano Chicre, quien por no saber leer ni escribir, siempre se dejaba guiar por aquel.

h) Desde la venta que en 1934 hizo Nassar a "Sociedad Boyacense Cundinamarquesa S. A.", los inmuebles, objeto de ella, fueron explotados por Abdón Julián Yaver "en su exclusivo beneficio", y de tal manera los poseía que "la ciudadanía de Chiquinquirá, desde un comienzo, los reputó y tuvo como dueño de los dichos bienes". La sentencia que decretó la simulación a que antes se hizo alusión y la venta hecha por Nassar a Celestín Faizal en 1940, en nada modificaron aquel estado de cosas, pues Abdón Julián Yaver continuó manejando los bienes en la calidad dicha y sin oposición de la Faizal.

i) Para el año de 1953, a ciencia y paciencia de ésta, Abdón demolió la vieja edificación que se levantaba sobre uno de los lotes de terreno situados en Chiquinquirá, que fueron materia del contrato de compraventa celebrado en 1940 entre José Nassar y Celestín Faizal, y sobre el solar construyó "con dineros de su propio peculio y bajo su inmediata y directa intervención", un edificio de dos plantas.

j) La nueva edificación levantada sobre suelo ajeno fue, desde entonces, administrada por Abdón Julián Yaver, quien cobraba para sí los cánones de arrendamiento. Y

en virtud de que "se portaba como dueño" de ese bien, fue considerado, hasta su muerte, como propietario absoluto del mismo.

k) Fallecido Abdón Julián Yaver, su amante Celestín Faizal, sin consentimiento de Paulina de Santander de Yaver o de Stella Yaver de Kirkiris, cónyuge e hija del causante, tomó posesión del edificio apuntado y lo viene usufructuando.

3. Con oposición de la demandada se adelantó la primera instancia que culminó con sentencia de 9 de septiembre de 1967, proferida por el Juez Promiscuo del Circuito de Chiquinquirá, por medio de la cual Celestín Faizal fue absuelta de los cargos de la demanda. Contra este fallo la parte demandante interpuso recurso de apelación.

Surtida la segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Chiquinquirá le dio término con fallo de 15 de julio de 1969, que dispuso:

"Primero. Revócase la sentencia de fecha nueve de septiembre de mil novecientos sesenta y siete, proferida por el señor Juez Promiscuo del Circuito.

"Segundo. No es el caso de hacer las declaraciones principales a que se contrae la demanda.

"Tercero. CONDENASE a Celestín Faizal Nassar a pagar en manos de Paulina Santander de Yaver y Stella Yaver de Kirkiris, y para la sociedad disuelta e ilíquida que se formó por el matrimonio de Paulina Santander con Abdón Yaver (q. e. p. d.), o para la sucesión intestada e ilíquida de este último, la cantidad de trescientos cuatro mil ciento cuatro pesos M. C. ($ 304.104.00), valor fijado por los peritos que intervinieron en este negocio, junto con los intereses legales de dicho valor o precio, a partir del primero (1º) de abril de mil novecientos sesenta (1960) hasta cuando el pago se realice, pago que deberá hacer seis (6) días luego de quedar ejecutoriada la sentencia.

"Cuarto. DECLARANSE no probadas las excepciones perentorias propuestas por la parte demandada".

Ambas partes interpusieron recurso de casación contra este fallo.

II. Fundamentos de la sentencia del Tribunal

Después de transcribir la demanda introductoria del juicio y su respuesta y la parte resolutiva del fallo de primera instancia, y de relatar las incidencias de ésta, dice que ningún reparo ofrece la conclusión del a quo en cuanto halló completos los presupuestos procesales. Opina luego el Tribunal que "las acciones incoadas no son otras que las que incuestionablemente se derivan del inciso 2º del artículo 739 del C. C., pues se edificó en suelo ajeno a ciencia y paciencia del dueño de éste". Hace luego consideraciones históricas y doctrinarias sobre el fundamento de la accesión de mueble a inmueble para concluir que como lo accesorio cede a lo principal, para que no exista enriquecimiento sin causa por parte del dueño del terreno, éste está obligado, para recobrarlo, a pagar al constructor el valor del edificio y que la ley "garantiza o protege esa indemnización confiriéndole a su titular la prerrogativa de retener el inmueble", por lo que mientras el propietario del suelo no lo pague, "carece de acción para recuperar el bien".

Agrega que como el plantador no es poseedor, pues reconoce el dominio ajeno, el propietario no tiene contra él acción reivindicatoria, sino la de recobro que consagra el artículo 739 del C. C. Concluye el Tribunal este primer capítulo afirmando que el edificador despojado, para recobrar su tenencia debe probar: a) que el lote de terre no es de otro, b) que a ciencia y paciencia de éste se edificó sobre aquel y c) que el edificador fue desposeído por el dueño de la tierra o por otro.

Entra luego a analizar el material probatorio para concluir que está demostrado que Abdón Julián Yaver no tenía el dominio del solar y que "como las partes han estado conformes sobre el particular" está fuera de lugar examinar la escritura número 530 de 28 de octubre de 1940 pasada ante el

Notario de Girardot, aducida por la demandada como título de su propiedad, pues en estos juicios no se discute dominio, sino que "se busca determinar cuál de las dos partes frente al objeto se halla en posición prevaleciente", pues el derecho de retención se puede hacer valer erga omnes.

Dice que las pruebas se dividen en dos grandes grupos: a) prueba directa y b) prueba indirecta que también "se conoce con el nombre de prueba indiciaria"; que para probar el acto jurídico es necesario "establecer sus requisitos de fondo y de forma... mediante el medio probatorio adecuado", en tanto que el hecho jurídico puede establecerse por cualquier medio probatorio legal; que constituye un hecho jurídico el que Yaver haya edificado en suelo ajeno, por lo cual ello puede ser demostrado por cualquiera de los medios autorizados en la ley.

En capítulo que nomina "prueba directa" expresa que para demostrar que Abdón Julián Yaver edificó en suelo ajeno a ciencia y paciencia de la propietaria de la tierra, la parte demandante adujo las declaraciones de Luis Antonio Robayo (f. 192 cuad. 2º y 14 del 1º), Silvestre Rodríguez (f. 177. C. 2), Hernando Rodríguez (fs. 206, C. 2), Antonio María Castellanos (f. 175 C. 2), Alvaro Laguna (f. 175 C. 2), José Ortegón Páez (f. 186 C. 2) de las que transcribe "su parte esencial", testigos que "en una u otra forma intervinieron directamente en la construcción del edificio"; agrega el sentenciador que se abstiene "de transcribir otros sobre los mismos tópicos (sic), en gracia de brevedad"; que también obran las declaraciones de Luis Alberto Nieto Rojas (f. 195 C. 2), Efraín Neira Páez (f. 106), Bernardo Franco (f. 107), Simón Rubén Suárez (f. 107 vto.), Eutimio Moreno Ortegón (f. 108) y Ambrosio Lara (f. 201), todos del cuaderno 2º, testigos a los que, aunque no trabajaron en la construcción, "les consta de manera personal y directa" que fue Abdón el constructor, pues siempre actuó "como dueño único y exclusivo" del edificio, dirigió y supervigiló la obra, contrató los operarios, les pagó salarios y compró materiales"; que Simón Ortiz (f. 28 C. 3), testigo presentado por la parte demandada, corrobora lo dicho por los anteriores en cuanto a que fue Abdón "quien con dineros de su propio peculio y bajo su dirección permanente y vigilancia", levantó la construcción; que de conformidad con el artículo 668 del C. J., la prueba testimonial es idónea para comprobar el hecho de edificar en suelo ajeno, por lo cual son prueba plena dos testimonios que llenen las exigencias del artículo 697 del C. J.

Concluye el Tribunal este capítulo afirmando que "los varios testigos citados y transcritos antes en sus partes esenciales" por ser responsivos, sinceros y exactos y por concordar en las circunstancias de tiempo, modo y lugar, son prueba plena de que Abdón "levantó a sus propias expensas la edificación" litigada.

En otro capítulo que intitula "prueba indirecta", expresa el Tribunal luego de decir **qué es la prueba indiciaria**, que están probados plenamente los siguientes hechos indicadores:

1º Que el solar sobre el que se levantó el edificio litigado había sido adquirido en 1934 por Abdón para la sociedad que entonces representaba y por compra a José Nassar, lo que está demostrado con los respectivos títulos escriturarios y con el dictamen pericial que obra en el cuaderno 2º.

2º Que desde ese año Abdón entró en "quieta, pública y no interrumpida posesión de los inmuebles comprados a Nassar (declaraciones de Miguel Mor, Emilio o Nohamed Kadamany, Ambrosio Lara, Luis Alberto Nieto Rojas, Flavio Forero y "otros que obran en el cuaderno 2º)".

3º Que por 1937 Abdón abandonó a su mujer e inició vida marital con Celestín Faizal, primero en Girardot y luego en Chiquinquirá, precisamente en una de las casas vendidas por José Nassar en 1934" (declaraciones de Saad Mor, Miguel Mor, Emilio o Nohamed Kadamany, Ambrosio Lara, Rubén Suárez, Luis Alberto Nieto Rojas, Flavio Forero, Heliodoro Villamil" y muchas que obran en cuaderno de pruebas de la parte demandante".

4º Que con la prueba testimonial citada en el hecho 2º se demostró que Yaver, no obstante las sucesivas enajenaciones de que fueron objeto desde 1934, hasta radicarse su dominio en cabeza de Kadamany, conservó sin modificaciones "la posesión que sobre los bienes vendidos venía expresando".

5º Que con la escritura número 3622 de diciembre 7 de 1939 (f. 73 y ss. C. 2) se demuestra que Yaver recibió de The Home Insurance Company of New York la suma de $ 57.500.00.

6º Que numerosos testigos que conocieron a Celestín dicen que por el año de 1940 "era mujer de escasos recursos económicos, sin bienes de fortuna de alguna consideración y que para subvenir a sus necesidades lo hacía con ayudas de su concubinario, (declaraciones de Kadamany, Miguel Mor, Saad Mor y Berta de Mor, del cuaderno demandante). Además, que "no aparece en el proceso la más insignificante prueba" sobre "la cuantiosa fortuna o considerable capital que la demandada, en el escrito de contestación a la demanda, dijo tener por aquel entonces".

7º Que con las pruebas que obran a fs. 65 y ss. del C. 2 y las declaraciones de Emilio o Nohamed Kadamany, Miguel y Saad Mor y Berta Nassar de Mor que obran a fls. 98 y ss. del mismo cuaderno, se demostró que José Nassar, "instrumento dócil de Abdón Julián Yaver y a instancias de éste", logró con aceptación de los demandados que por sentencia de 14 de junio de 1940 se declarara la nulidad de la venta hecha en 1934, por lo cual todos los bienes se radicaron en su cabeza nuevamente.

8º Que en la escritura Nro. 530 de octubre 28 de 1940 de Girardot, José Nassar aparece vendiendo a la Faizal "los mismos bienes a que se refiere la sentencia de nulidad y que son los mismos que en 1934 Nassar había vendido a Yaver para la sociedad que representaba, quien para entonces era ya concubina de Yaver y carecía en absoluto de bienes de fortuna propios, como aparece de "las declaraciones citadas en los hechos 3º y 8º de la demanda".

9º Que con los testimonios de Nohamed Kadamany, Miguel y Saad Mor, Berta Nassar de Mor (f. 96 y ss. del cuaderno de pruebas de la parte demandante), quedó demostrado que cercana su muerte, José Nassar confesó que presionado por Yaver había iniciado sin causa la demanda de nulidad, pues sí había recibido el precio de la venta realizada en 1934 y que Yaver lo obligó a hacer traspaso a su concubina sin que ésta hubiera pagado precio, que fue de $ 20.000, diciéndole que así podía disfrutar plenamente de los bienes, sin peligro de sus sobrinos.

10. Que Yaver desde 1934, sin perjuicio de la venta hecha a Celestín, siguió "ante propios y extraños como dueño exclusivo de los bienes y ejecutó en ellos, sin limitación, actos propios de señor hasta su muerte. Esta situación ha sido afirmada no solo por Nohamed Kadamany, Ambrosio Lara, Efraín Neira, Rubén Suárez, Luis Alberto Nieto Rojas, Flavio Forero, Heliodoro Villamil, sino por los testigos presentados por la demandada: Félix Libos (f. 47 y ss. del cuaderno de pruebas de la parte demandada), Miguel Franco (fs. 48 y ss.) y Carlos Castañeda (f. 63 vto. y ss.).

11. Que Abdón desde 1939 cuando recibió por pago de un seguro $57.500.00, figuró como hombre de gran capacidad económica y vivió rodeado de comodidades y en forma elegante.

Afirma el Tribunal que los once indicios anteriores "por vía de inferencia producen certeza plena respecto al hecho de haber sido Abdón "quien desde 1934 hasta su muerte poseyó, explotándolos en su personal beneficio, todos los inmuebles situados en Chiquinquirá y que fueron objeto de las negociaciones a que antes se hizo alusión; que esos mismos indicios "permiten igualmente dar por probado" que esa posesión en nada fue modificada por la compraventa que sobre los mismos bienes celebró en 1940 la Faizal, quien solo actuó como "testaferro del verdadero beneficiario Abdón Julián Yaver; que también "conducen a dar por plenamente establecido "que fue Yaver quien levantó el edificio a sus expensas.

Finalmente dice el Tribunal que no puede "dejar desapercibido un último elemento de prueba que sin duda alguna viene a reforzar sus conclusiones"; que está probada la fama pública de que Yaver era el propietario del edificio.

En otro capítulo que denomina prueba testimonial, donde se hace el análisis de la que presentó la demandada, dice el sentenciador que lo afirmado por Joaquín Ramírez Soto (f. 22 C. 3), quien asevera que la Faizal levantó el edificio, no puede ser aceptado, pues "un testigo que no tiene firmeza en su declaración, que es dubitativo, nada preciso, y a más era asalariado de la persona que pidió su testimonio, para la justicia no merece crédito"; y que aún aceptándolo, frente a lo dispuesto en el artículo 696 del C. J. no hace plena prueba; que la exposición de Pablo Agustín Vanegas (f. 23 C. 3) es manifiestamente contradictoria y tiene el reparo previsto en el artículo 701 del C. J.; que Luis F. Villamil, Jorge A. Carrillo Pérez, Roberto Forero, Simón Ortiz, Juan Ortiz González, David Antonio Cruz y José Martiniano Ortegón (C. 3), se refieren solo a hechos ejecutados por la Faizal con posterioridad a la muerte de Abdón; que Miguel Félix Faizal, José Osorio Bedoya, Luis María Pardo, Félix Libos, Emiliano Valderrama, Eduardo Lemos, Coge Nage, Carlos Castañeda, Celso Ramírez, Diego Fajardo, Luis Danilo García y Miguel Franco (C. 3), nada dicen sobre la edificación en litigio.

En cuanto a la prueba literal presentada por la Faizal, como recibos, facturas, declaraciones de renta, libro de ingresos y egresos, contratos de arrendamiento, actas de conciliación, etc., dice que "carecen de eficacia probatoria" porque sólo hacen fe contra el que los ha escrito (Art. 1763 del C. C.); ninguno aparece autorizado por Abdón; no atestiguan directamente los hechos litigiosos, y porque algunos se refieren a sucesos acaecidos con posterioridad a la muerte de Yaver. Por todo lo cual concluye el Tribunal que este conjunto probatorio aducido por la demandada "resulta totalmente ineficaz para desvirtuar "las conclusiones que se desprenden de la prueba aportada por las demandantes.

Pasando al estudio del requisito consistente en que el edificador haya contruído a ciencia y paciencia del dueño de la tierra, dice el Tribunal que él está probado plenamente: "ninguna duda, ni la más remota", puede presentarse sobre este aspecto, pues no obstante que la Faizal fue la concubina de Abdón por cerca de 20 años en Chiquinquirá por lo cual "tuvo pleno y completo conocimiento de las actuaciones de su concubinario, no existe constancia de que se las hubiera impedido"; que con su confesión, fuera de las "múltiples declaraciones de ambas partes"; aparece demostrado que la demandada Faizal es la actual poseedora del edificio que en terreno de ella levantó Yaver.

Concluye de todo el Tribunal que las demandantes como sucesoras de Yaver no tienen derecho de retención sobre todo el edificio, pues el causante solo levantó la obra negra, como lo declaran Luis Francisco Villamil, Jorge Camilo Pérez, Antonio David Cruz y Emiliano Valderrama, en tanto que la Faizal, muerto su concubinario, "con dineros propios le dio cumplida terminación, por lo cual las demandantes solo tienen derecho" a que se les paguen las obras efectuadas por su causante y nada más, y por ende debe atenderse solo la petición subsidiaria.

Finalmente, el Tribunal, después de rechazar las excepciones propuestas por Celestín, dice que el dictamen pericial, "por la fama, ilustración y buen nombre" de los peritos y por las bases que tuvieron y por no haber sido objetado, "debe tenerse como exacto". Que la suma de $ 304.104.00, valor de lo edificado a la muerte de Abdón, debe ser pagada a sociedad conyugal disuelta e ilíquida que éste formó con Paulina Santander "de conformidad con lo dispuesto por el artículo 739 del C. C. en su segundo inciso", y por cuanto el derecho reclamado es bien social (Art. 1785 y 1793 C. C.).

III. La impugnacion

Recurso de la parte demandante

Se formula un solo cargo así: "Aplicación indebida del artículo 739, inciso 2º

del C. C. en relación con los artículos 970 y 971 del mismo Código y artículo 10 de la Ley 95/1890".

Dice la censura que aunque el artículo 739 en su inciso 2º sí fue aplicado, lo fue en forma "incompleta o imperfecta", pues el fallador no tuvo en cuenta consecuencias que se derivan de esa norma; que "quizás" fue mal interpretada la demanda, pues "no puede considerarse que la acción encaminada a obtener la declaratoria del derecho de retención sea PRINCIPAL y no ACCESORIA" de la de indemnización; que lo principal es la pretensión de pago del precio del edificio y lo accesorio el derecho de retención "consagrado para garantizar al acreedor la afectividad del pago de la obligación principal", por lo cual el de retención es derecho accesorio que algunos, con base en el artículo 2489 del C. C., califican de real accesorio, pero que lo importante es que debe tenerse como derecho de garantía que solo se extingue cuando se pague el valor del edificio en este caso, al cual debe aplicarse por analogía lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 85/90 para los eventos regulados por los artículos 858, 970 y 1995 del C. C.; que quien edifica, planta o siembra no solo tiene derecho al pago del valor de la mejora, sino a retener mientras no reciba el pago; que para que el juicio no sea ilusorio, en la misma sentencia que ordenó el pago del edificio, debió ser declarado el derecho de retención, aunque no se hubiera invocado por el demandante, "toda vez que ambos derechos se confunden en una sola y única prestación"; que en el fallo acusado se mira como principal el derecho de retención y como accesorio el derecho a la indemnización; que por todo lo anterior pide la casación parcial para que se conceda a los demandantes el derecho de retención mientras se hace el pago del valor del edificio.

La Corte considera

1. En la demanda de casación las demandantes recurrentes no impugnan el derecho de domino que, por el modo de la accesión, adquirió la demandada sobre el edificio litigado en virtud de ser dueña del suelo en que éste se levanta, ni controvierten el monto de la suma fijada en la sentencia por el Tribunal como indemnización a cargo de ella por el valor de la edificación dicha; reclaman, empero, que debió concedérseles por el Tribunal el derecho a retener el edificio en tanto la demandada cumple con su deber indemnizatorio. Dicen las recurrentes demandantes que hubo aplicación indebida del artículo 739, inciso 2º, en relación con los artículos 970 y 971 del C. Civil y 10 de la Ley 95 de 1890, pues aunque la primera norma sí fue aplicada lo fue "incompleta o imperfectamente", ya que se reconoció el derecho crediticio del constructor, pero no se le otorgó el derecho de retención consecuencial.

2. Ofrécese a la mente, prima facie, como lo nota el opositor, que la formulación del cargo peca gravemente contra la preceptiva del recurso extraordinario. Efectivamente: si la norma aplicable para desatar el litigio era precisamente la contenida en el inciso 2º del artículo 739, como lo acepta el recurrente, de ninguna manera podría existir aplicación indebida de esa disposición, pues como lo tiene repetido la doctrina jurisprudencial de la Corte, esta forma de infracción de la ley se ofrece solamente cuando para resolver el caso debatido se hace actuar precepto que no regula esa situación, es decir, cuando se aplica una norma que no era la aplicable. Por tanto, si el Tribunal empleó el inciso 2º del artículo 739 del C. Civil, que, en sentir del censor sí era el aplicable, síguese inexorablemente que no pudo ocurrir la denunciada aplicación indebida. Y aunque esa disposición, como lo afirma la censura, hubiera sido empleada "en forma incompleta o imperfecta", tal acontecimiento podría determinar otra clase de transgresión de ley sustancial, mas nunca la indebida aplicación, pues el precepto señalado es precisamente el que regula la situación fáctica debatida en el proceso.

Agrégase a lo anterior que los artículos 970 y 971 del C. Civil y el 10 de la Ley 95 de 1890, no fueron empleados por el Tribunal, por lo cual no puede tampoco darse su aplicación indebida, especie de infracción que presupone en todo caso que el sentenciador hubiera hecho actuar esas normas.

3. Pero en el supuesto de que la formulación del cargo se ajustara a la técnica, como el Tribunal no concedió el derecho de retención alegado, con base en que el edificio no había sido levantado íntegramente por Abdón Julián Yaver, quien solo construyó la llamada obra negra, pues hay prueba de que la demandada Faizal hizo por su cuenta todas las obras restantes de acabado, tiénese que el ataque no podría prosperar mientras el impugnante no demostrara que el sentenciador habría incurrido en contraevidencia respecto de esa apreciación probatoria que es soporte de su decisión.

4. Finalmente, si por decir en forma expresa el recurrente que "quizás hubo una mala presentación o una mala interpretación de la demanda, por cuanto no puede considerarse que la acción encaminada a obtener la declaratoria del derecho de retención sea **principal** y no **accesoria** de la acción indemnizatoria", debiera entender la Corte que se denuncia infracción de ley sustancial a consecuencia de error de hecho evidente, acontecería que no existe tal contraevidencia, pues el texto mismo de las peticiones de la demanda lo indica a todas luces.

Efectivamente: en el libelo introductorio del proceso, como petición principal, se solicitó la declaración de que la sociedad conyugal o la sucesión ilíquidas apuntadas gozan del derecho de retención sobre el edificio litigado y el suelo en que descansa, por lo cual la demandada, que los posee, debía ser condenada a su restitución y al pago del "valor de los frutos civiles y naturales de la dicha edificación desde el 1º de abril de 1960 hasta la fecha de la restitución". En subsidio de lo anterior, únicamente se pidió que la demandada fuera condenada al pago del valor de la aludida edificación "junto con los intereses corrientes de dicho precio".

En tales circunstancias, el Tribunal no habría cometido error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos al interpretar la demanda en el sentido de que en la petición subsidiaria no se demandó reconocimiento del alegado derecho de retención.

En mérito de lo expuesto, el cargo no prospera.

IV. Demanda de casación de la parte demandada

Formúlanse en ella cinco cargos, todos dentro del marco de la causal primera de casación. Por razones de método, la Corte primero despachará los cargos 4º y 5º.

Cargo cuarto

Denúnciase indebida aplicación del artículo 1617 del C. Civil, pues la demandada —dice el censor— fue condenada a pagar no solo la suma de $ 304.104.00 valor de lo edificado por Abdón Julián Yaver, sino además los intereses legales de esa suma desde el 1º de abril de 1960, sin que el sentenciador hubiera dicho cuál es el fundamento de esta última condena. Que por este motivo, el quebranto de ley sustancial "no puede colegirse que dependa de una errónea interpretación de la norma citada, por lo cual el cargo no puede aducirse sino por indebida aplicación de ella". Que como la obligación de pagar el valor de lo edificado, aún no es exigible, ya que no se ha ejecutoriado la sentencia, el deudor todavía no ha incurrido en mora, y por ende no podía ser condenado a pagar intereses de esa suma desde el 1º de abril de 1960.

Para resolver, la Corte considera

1. Como aparece nítidamente del extracto que atrás se hizo de la sentencia del Tribunal y como brilla del texto de ésta, cuando el fallo dice que la demandada debe pagar a la parte contraria, a manera de indemnización, el valor de las construcciones que levantó Abdón Julián Yaver, con sus intereses, de ninguna manera se está refiriéndo al resarcimiento de perjuicios a que tiene derecho el acreedor cuyo deudor ha incurrido en mora de satisfacer obligación que consiste en pagar una cantidad de dinero, como lo estatuye el artículo 1617 del C. Civil.

La norma aplicada por el sentenciador fue la del artículo 739 de esta misma obra, no hay duda, tanto en su segundo inciso como en el primero. Efectivamente en el fallo se lee: "Las acciones, restitutoria aquí entablada como principal, y de pago de las mejoras, como subsidiaria, se fundamentan en lo dispuesto por el artículo 739 del C. C., ya vimos en qué casos, pues allí se consagra en favor de quien ha edificado, plantado o sembrado en suelo ajeno, el derecho a ser indemnizado".

El citado artículo dispone:

"El dueño del terreno en que otra persona, sin su conocimiento, hubiere edificado, plantado o sembrado, tendrá derecho de hacer suyo el edificio, plantación o sementera, mediante las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o mala fe en el título de la reivindicación, o de obligar al que edificó o plantó a pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder, y el que sembró a pagarle la renta y a indemnizarle los perjuicios.

"Si se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, será ésta obligado para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera".

2. El recurrente tiene razón en cuanto que el Tribunal no dijo expresamente cuál era el fundamento de la condena que impuso a la demandada la obligación de pagar intereses legales desde el 1º de abril 1960, fecha de la muerte de Abdón Julián Yaver que fue la misma en que entró la demandada a poseer el edificio levantado por aquel. Del contexto de la sentencia resulta que el fallador, por cuanto la demandada entró desde el 1º de abril citado a poseer la edificación levantada por Yaver, la condenó a pagar el valor de la construcción con los intereses legales por todo el tiempo que la hubiera tenido en su poder, es decir desde el 1º de abril apuntado, dando así aplicación al artículo 739 en su inciso primero.

3. De todo lo expuesto, claramente resulta que la condena a pagar intereses no puede entenderse como reparación del daño causado por la mora del deudor que no ha satisfecho total y oportunamente la obligación de pagar una cantidad de dinero, sino que su verdadero entendimiento es el de una restitución de frutos percibidos por la demandada desde cuando entró en posesión del edificio levantado por Yaver. La obligación de pagar intereses, en este evento, no equivale a resarcimiento de perjuicios sino a la restitución de frutos, aun civiles, a que están obligados los poseedores en ciertos casos.

Por lo expuesto, dedúcese que el Tribunal no aplicó el artículo 1617 del C. Civil, razón por la cual no pudo violarlo, por el concepto denunciado.

El ataque no prospera.

Cargo quinto

Denúnciase en él aplicación indebida del segundo inciso del artículo 739 y del artículo 1766 del C. C., "como consecuencia de error de derecho en la apreciación de los indicios" que adelante especifica, con violación medio de los artículos 630, 665, 666 y 704 del C. J. y 1739 del C. Civil.

Dice el censor que los varios indicios que halló probados el Tribunal y cuyo extracto aparece en el resumen que se hizo de la sentencia, dieron pie al sentenciador para concluir que "Yaver fue quien edificó por su cuenta la construcción objeto de la litis, a lo cual agrega lo que denomina la fama pública que se guarda de decir cómo la estima demostrada concretamente".

Recuerda la censura que "en la apreciación de la prueba de indicios prevalece la soberanía del Tribunal... y que los errores de derecho (no estar probado cada hecho indiciario, por ejemplo), o de estos errores de hecho (error en las inferencias análogas primarias, o en las conjeturas análogas, por ejemplo), puede evidenciarse o manifestarse un error final en las inferencias, síntesis o resultado que el fallador creía que le servía para declarar probado el hecho indicado. Si por tener no probado el hecho indicado resulta indebida o erróneamente aplicada la

norma de derecho, se habrá justificado una causal de casación. Si en la prueba por indicios se trata fundamentalmente de que el juzgador por el hecho conocido, pase a descubrir el hecho que se controvierte, no existe duda alguna de que por regla general, el debate sobre su mérito queda cerrado definitivamente en la instancia y que la crítica en casación se reduce a determinar si por error evidente de hecho o por error de derecho estuvieron admitidos como probados o como no probados los hechos indicativos".

Afirma el censor que "el hecho que se considera probado con los indicios, que a su vez se estiman demostrados plenamente, es que la edificación materia de la litis la hizo con sus propios dineros Abdón Julián Yaver hasta el día de su muerte", pero que, aunque el Tribunal encontró que varios de ellos permitían esa inferencia, "los indicios que conducen a dicha conclusión no es sino uno: que es simulada la escritura 530 de 28 de octubre de 1940" por la cual la demandada compró a José Nassar varios inmuebles entre los que se cuenta el que fue edificado por Yaver, pues aquella había sido testaferro de éste, "quien fue el verdadero adquirente". Que esto lo acepta el Tribunal en la sentencia. No queda duda de que solo un dicho, el señalado —expresa el censor—, "sirve al Tribunal para encontrar demostrado que la construcción la hizo dicho señor a sus expensas", pues los demás indicios solo le sirven "para ver que con ellos encontró probada la simulación parcial de la escritura 530" citada "y no que Yaver construyera con su peculio la edificación" litigada.

Impugna luego la censura las apreciaciones del sentenciador afirmando que como la posesión que dice ejerció Yaver sobre el lote de terreno aludido, se inició a nombre de la sociedad que éste representaba como gerente, debió haber continuado así hasta 1960, porque no está demostrada la intervención del título, "pues cuando compró los bienes no lo hizo para sí sino para la sociedad Boyacense-Cundinamarquesa S. A. que fue la poseedora, ya que los testigos citados por el fallador no expresan que el gerente desposeyera a la sociedad, por lo cual se mantiene en pie la presunción del artículo 780 del C. C. que dispone que si se ha empezado a poseer a nombre ajeno se presume igualmente la continuación del mismo orden de cosas"; que la sentencia incurrió, pues, en error de hecho en cuanto desconoció la prueba de presunción establecida por el C. C. en el artículo 780, pues está demostrado así que Abdón Julián Yaver no poseía a nombre propio, sino ajeno, "y sin embargo no dio por probada esta circunstancia".

El censor concluye este aparte de su ataque expresando que "el indicio no sirve, pues no se refiere al hecho cuestionado, pero si se aceptara lo contrario, tampoco podría admitirse porque la posesión de Yaver no sería personal".

Agrega que no ataca el indicio del concubinato de Yaver con la Faizal, pero asevera "que tampoco sería ilógico deducir que Yaver habitaba en una casa de Celestín Faizal, por ser amante de ella".

El indicio que se apoya en que Yaver recibió $ 57.500.00 por pago de un seguro —expresa el censor—, no está demostrado, pues la escritura que sirve de soporte persuasivo al Tribunal, no dice que aquel haya recibido esa suma a título personal, "sino como representante de la sociedad Manufacturera Anglo-Colombiana", y por tanto, existe error de hecho, pues Yaver no recibió para él, sino para esa sociedad.

Que de todo lo anterior se colige que los únicos indicios que quedan en pie son: la pobreza presunta de la Faizal; la afirmación de Nassar de que en la venta de 1940 no le fue pagado el precio por aquella, por lo que fue simulada; y el concubinato de la misma con Yaver. De esto saca el recurrente las siguientes conclusiones:

a) Que no existe prueba de que Yaver poseyera a nombre propio el terreno en que se levantó la edificación litigada, sino de que poseía a nombre de la sociedad cuyo gerente era él.

b) Que tampoco existe prueba de que él hubiera recibido para sí la apuntada suma de 57.500.00, por pago de un seguro.

c) Que aceptando que están probados los demás indicios, ellos se encaminarían a "probar la aludida simulación, pero no a que el edificio lo hiciera Yaver a sus expensas, de modo que al utilizarlos para acreditar lo último, dio el Tribunal por probado el único indicio por otros indicios, con lo cual incurrió en error de derecho y violó el artículo 666 del C. J."

Para terminar, el censor dice que si "lo anterior no fuera rigurosamente legal", el Tribunal "no podía estimar como simulada", la escritura de compraventa citada, sin audiencia del vendedor Nassar, quien no es parte en el juicio, y sin que la Faizal hubiera aceptado, "por lo cual se debió cumplir lo preceptuado en los artículos 1739 (sic) del C. C. y 630 del C. J., o sea darle pleno valor". Que, por ende, se cometió error de derecho en la apreciación, de ese instrumento. Finalmente, que admitiendo que el Tribunal sí podía reconocer la susodicha simulación "ésta sería indicio único respecto al hecho objeto de la prueba, o sea que fue Yaver quien por su cuenta edificó en terrenos de Celestín Faizal, por lo cual no siendo necesario mal podría servir de base para acreditar plenamente el referido hecho fundamental", por lo que habría incurrido en error de derecho por violación del artículo 665 del C. J., pues el indicio único no basta para fundar una condena. Que todo lo anterior condujo a "aplicar indebidamente el artículo 739, inciso 2º del C. C., no sin antes violar por la misma razón al 1766 ibídem, pues vino a reconocer la simulación de una venta, sin la presencia del vendedor y sin que la compradora la aceptara.

Consideraciones de la Corte

1. Cada uno de los once (11) hechos que el Tribunal examina en su sentencia, en el capítulo que intitula FRUEBA INDIRECTA, los califica como "verdaderos indicios que por vía de inferencia producen certeza plena respecto al hecho de haber sido Abdón Julián Yaver quien a partir de 1934 y hasta el primero de abril de 1960, día de su muerte, administró en forma personal y directa y en su propio y personal beneficio los inmuebles ubicados en esta ciudad que aparecen determinados en los títulos escriturarios varias veces citados; permiten igualmente dar por probado que esta situación en nada la modificó el otorgamiento de la escritura Nº 530 de octubre de 1940, Notaría de Girardot, en la cual la aparente compradora Celestín Faizal solo sirvió de medio o testaferro del verdadero beneficiario Abdón Julián Yaver; y como complemento, conducen a dar por plenamente establecido el hecho central de haber sido Yaver quien con dineros de su exclusiva propiedad y bajo su inmediata, personal y directa intervención levantó la construcción a que se refiere la súplica restitutoria, o pago de la misma, impetrada en la demanda, esta última en forma subsidiaria". El sentenciador encuentra que los citados indicios están plenamente probados y son múltiples, precisos, conexos y convergentes.

2. El fundamento principal del ataque se hace consistir en que solo un indicio: la simulación de la compraventa del terreno en que levantó la construcción litigada, sirvió de base al Tribunal para declarar que fue Abdón Julián Yaver quien edificó a sus expensas, y que "los restantes indicios le sirven para hallar acreditada la referida simulación..." Pero a todas luces, esta interpretación del censor resulta contraria a lo dicho por el sentenciador. En efecto, como fluye del paso de la sentencia transcrito en el punto anterior, el Tribunal, con los 11 indicios que separadamente relaciona, encontró probados los siguientes hechos: a) Que de 1934 a 1960 Abdón poseyó a nombre propio, entre otros, el inmueble a que se refiere la litis; b) Que aunque la demandada figuró comprando en 1940 el inmueble dicho, ello en nada modificó el estado de posesión ejercida por Yaver, y c) Que éste, con dinero de su exclusiva propiedad y bajo su personal dirección, levantó el edificio materia de la petición restitutoria. El soporte de cada una de las conclusiones expresadas, surge de cada uno de esos indicios, considerados en forma individual y conjunta, según lo manifiesta el Tribunal en su sentencia.

3. Si el ad-quem expresa que cada uno de los hechos indiciarios y su conjunto, le sirve de fundamento para cada una de

las tres conclusiones antes anotadas, la Corte debe respetar este parecer del Tribunal mientras la presunción de acierto con que vienen amparadas las sentencias recurridas en casación, no sea desquiciada demostrándose por el censor la comisión, por parte del Tribunal, de yerros fácticos o de jure. El análisis probatorio queda, en principio, cerrado en instancia.

El censor no combate una a una las tres conclusiones sacadas por el Tribunal del examen de los 11 indicios. Se limita a exponer su propio criterio consignado en la afirmación de que "solo un indicio, o sea la pretendida simulación de la compra del terreno, sirve al Tribunal para encontrar demostrado que la construcción la hizo dicho señor a sus expensas" y que "los restantes indicios le sirven para hallar acreditada la referida simulación".

La Corte ha dicho insistentemente que "si en el proceso mental realizado por el juzgador, éste no resulta convicto de contraevidencia, ni en la contemplación de los hechos constitutivos de los indicios, ni en la tarea dialéctica de discriminar, sopesar y relacionar éstos, en razón de lo cual llegó a las conclusiones de hecho en que cristaliza la prueba, entonces, aunque sobre el elenco indiciario se pueda ensayar por el crítico interesado un análisis diverso al verificado por el sentenciador, para sacar consecuencias contrarias a las obtenidas por éste, tiénese que en esa contraposición de razonamientos forzosamente ha de prevalecer el del Tribunal, cuyas decisiones, como emanadas de quien es el agente de la justicia, revestidas están de la presunción de acierto".

4. Adviértese que no es evidente el error de hecho imputado al sentenciador con base en que dio por demostrado que Yaver fue poseedor del inmueble a que se refiere el litigio, desde 1934 hasta su muerte, "siendo que los testimonios que lo respaldan no dicen que el gerente hubiera desposeído a la sociedad", como afirma el censor.

El yerro fáctico que puede ser trascendente en casación no consiste en cualquier disconformidad entre el juicio del sentenciador y la presencia objetiva de las pruebas en el proceso; para que ese error pueda tener relevancia en el recurso extraordinario, es menester que, a más de otros requisitos, aparezca de modo manifiesto en los autos, que sea evidente o dicho de manera más expresiva, que brille al ojo.

Cuando de las "declaraciones de Miguel Mor, Emilio o Nohamed Kadamany, Ambrosio Lara, Luis Alberto Nieto Rojas, Flavio Forero y otros, que obran en el cuaderno 2º", el sentenciador dedujo que Abdón Julián Yaver poseyó quieta, pacífica e ininterrumpidamente los inmuebles referidos desde 1934 hasta 1960, al ejercitar sobre ellos actos a que solo da derecho el dominio, entre los que estaba el "realizar mejoras de distinta índole, en todos con dineros propios, sin que en estas actividades hubiera encontrado oposición de persona alguna", no incurrió en contraevidencia pues eso es precisamente lo que, en forma lógica y natural se desprende de lo afirmado por esos deponentes. La circunstancia de que Yaver hubiera actuado como gerente de las sociedades al adquirir para éstas esos inmuebles en 1934, en nada perjudica la conclusión del Tribunal, pues los títulos de adquisición de esas compañías, podrían demostrar el dominio de las mismas, mas no la posesión útil, que solo puede demostrarse con hechos indicativos de explotación económica adecuada a la naturaleza del bien respectivo, que fue precisamente lo que los testigos apuntados dicen que efectuaba Yaver en forma personal y a nombre propio.

No existe prueba en el proceso de que la mentada posesión se haya iniciado por Yaver a nombre de la sociedad que representaba, por lo cual no se puede hablar, como lo hace el recurrente, de que el título de posesión de Abdón Julián Yaver había sido invertido, por lo cual se habría violado por el Tribunal el precepto contenido en el artículo 780 del C. C.

5. Dice el censor que el Tribunal, del hecho del concubinato de Abdón y la demandada, dedujo que ésta había ido a habitar uno de los inmuebles situados en Chiquinquirá por ser ella la amante del poseedor de

ese bien. Reconoce el censor que "esta apreciación pertenece a la soberanía del Tribunal", pero a manera de ataque comenta "que tampoco sería ilógico" inferir que como la demandante había comprado ese bien, Yaver habitaba allí por ser el concubinario de la dueña.

Esta censura no es válida en casación, pues no siendo contraevidente la apreciación del sentenciador, el que de las relaciones amatorias de uno y otro pudiera sacarse una conclusión distinta a la que el Tribunal dedujo, no es circunstancia suficiente para dar por demostrado el error, ya que el recurso extraordinario se funda en la certeza y no en la duda, y porque si la inferencia del Tribunal también tenía apoyo en el suceso demostrado, síguese que no era contraevidente.

6. Sí existe el error de hecho endilgado al Tribunal porque con fundamento en la escritura número 3622 de 7 de diciembre de 1939, dio por demostrado que Yaver recibió para sí la suma de $ 57.500.00. Es muy claro el texto del instrumento citado en cuanto que aquel no recibió en nombre propio, sino como gerente de Manufacturera Anglo-Colombiana S. A. (Smac). Este yerro, empero, no tiene incidencia, pues los 10 indicios restantes contra los que no prospera el ataque son base sólida de las conclusiones del Tribunal.

7. Es evidente que el sentenciador no dio aplicación al artículo 1766 del C. Civil, pues en la sentencia no se declara que es simulado el contrato de compraventa que la demandada dijo celebrar con José Nassar y que aparece consignado en la escritura número 530 de 28 de octubre de 1940, corrida ante el Notario 14 de Girardot, ni se declara que, de consiguiente, los inmuebles, cuya enajenación se hizo por medio de ese instrumento, pertenecen, en propiedad, a Yaver y no a la Faizal. Como quiera que el sentenciador no hizo esta declaración de simulación, ni empleó el artículo 1766 citado, síguese que no pudo quebrantarlo por aplicación indebida. Basta leer la parte resolutiva de la sentencia cuyo contenido entraña precisamente al reconocimiento de que el terreno en que se levanta el edificio litigado es de la demandada, por lo cual se la condena a pagar a los sucesores del edificador el valor de las construcciones, para concluir que esta censura cae por su base.

El cargo no prospera.

Cargo primero

Con fundamento en la causal primera denúnciase quebranto, por aplicación indebida, del 2º inciso del artículo 739 del C. C. proveniente de errores de derecho en la apreciación de las pruebas que la censura determina, "por violación medio del artículo 697 en relación con los artículos 687 y 688 del C. J. en cuanto a las declaraciones en cuya apreciación cayó en error de derecho"; y de errores de hecho en la apreciación de otras pruebas que también señala.

Al desenvolver el cargo expresa que no existe prueba plena de que, con el consentimiento de Celestín Faizal, Abdón Julián, Yaver haya levantado a expensas propias la primera parte del edificio litigado; que las declaraciones de Luis Antonio Robayo, Silvestre y Hernando Rodríguez, Antonio María Castellanos, José Ortegón Amador, Alvaro Laguna, Simón Ortiz, Luis Alberto Nieto Rojas, Efraín Neira Páez, Bernardo Franco, Simón Rubén Suárez, Eutimio Moreno Ortegón y Ambrosio Lara, que analiza una a una, "nunca pueden constituir prueba plena sobre que la edificación se hiciera con dineros de Yaver, por lo cual el sentenciador les dio un valor que la ley no les reconoce, lo que ocasionó el error de derecho". Que otros testigos que señala, no deponen "sobre el referido hecho, de modo que no implican prueba del mismo, de manera que al apreciarlas en tal forma cayó en error manifiesto de hecho" el Tribunal.

Cargo segundo

También con base en la causal primera denúnciase "violación del segundo inciso del artículo 739 del C. C. por aplicación indebida, derivada de error de derecho en la apreciación de las pruebas que adelante especifica, y por tanto violación medio del ar-

tículo 697 en relación con los artículos 686 y 688 del C. J. También incurrió en error de hecho respecto a otras'.

Expresa la censura que "las declaraciones de Joaquín Ramírez Soto y Agustín Vanegas prueban plenamente que quien invirtió sus dineros en la obra cuestionada fue Celestín Faizal, no obstante lo cual el Tribunal les niega el valor que la ley les asigna e incurre en error de derecho que lo conduce a violar en primer lugar el artículo 697 del C. J."; que como el segundo de los testigos citados en nada se contradice en su declaración, el Tribunal, al rechazarla por considerar que es contradictoria, "incurrió en error de hecho, pues a una declaración que no es contradictoria, la tilda de tal y la desecha".

Finalmente puntualiza el impugnante que no pretende "que la Corte varíe la apreciación del Tribunal en relación con las declaraciones analizadas, pues ello sería propio de instancia..., "sino" poner de relieve que determinadas declaraciones no podían apreciarse porque no reunen los requisitos formales, sin los cuales no constituyen prueba de un hecho, sin consideración a su contenido, y que, en cambio, otras concretamente indicadas, debían apreciarse por ser regulares y versar claramente sobre el hecho cuestionado".

Tercer cargo

Denúnciase, con base en la causal primera, infracción medio de los artículos 637 y 697 del C. J. por error de derecho que condujo a la violación final del artículo 739, inciso 2º del C. C.

Dice el censor que los documentos que determina en el cargo "prueban que por lo menos desde enero de 1953 y hasta enero de 1954 los gastos de la obra los sufragó Celestín Faizal, lo que confirma la declaración de renta de dicha señora en 1954. Y como el Tribunal no les dio el valor correspondiente a los documentos testimoniales citados", incurrió en error de derecho por quebranto de las normas de valoración probatoria citadas arriba.

La Corte considera

1. Como aparece de la sentencia impugnada, cuyo extracto quedó atrás, el Tribunal apoyó su decisión en dos pilares, cada uno de los cuales le presta autónomo estribo; ellos están formados por la prueba testimonial aducida por la parte demandante y por los indicios que el sentenciador encontró demostrados en el proceso. Cada uno de estos dos medios probatorios: testimonios e indicios, permitieron al sentenciador llegar a la conclusión de que había sido Abdón Julián Yaver quien, con el asentimiento de la demandada Faizal, había construído la obra negra del edifiico litigado.

2. Para alcanzar el anonadamiento de la sentencia, de consiguiente, sería menester que la censura lograra abatir esas dos columnas o pilares, pues quedando en pie alguno de ellos, él solo sería apoyo suficiente de la decisión del Tribunal.

3. Ahora bien, como quiera que no prosperó la impugnación contenida en los cargos cuarto y quinto, que apuntaban a la casación del fallo en cuanto condenó al pago de intereses y dio pleno valor de convicción a la prueba de indicios, síguese inexorablemente que aún en el evento de que fueran fundados los tres cargos que ahora se despachan, la sentencia no podría ser aniquilada, pues ella es ya inexpugnable en virtud del piso firme que le presta la prueba de indicios.

Por lo dicho no prospera el ataque.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de diez y seis (16) de julio de mil novecientos sesenta y nueve (1969), proferida por el extinguido Tribunal Superior del Distrito Judicial de Chiquinquirá en este proceso ordinario que Paulina Santander de Yaver y Stella Yaver de Kirkiris suscitaron contra Celestín Faizal.

Costas en casación a cargo de los recurrentes.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de Tunja.

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

REIVINDICACION

Quién puède reivindicar, acción publiciana. — Contra quién se puede reivindicar. — Casos de excepción en que puede dirigirse la acción contra quien ha dejado de ser poseedor. — Restitución del retenedor. — La acción consagrada en el artículo 971 del C. C. es de carácter personal y no real.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 24 de abril de 1970 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en el juicio ordinario instaurado por Matilde Restrepo de Rivera frente a Augusto Restrepo Restrepo.

I

El litigio

1. Ante el Juzgado Civil Municipal de Belalcázar, Matilde Restrepo de Rivera demandó a Augusto Restrepo Restrepo en procura de las siguientes declaraciones:

a) Que la actora es dueña de la finca denominada "El Placer", y de las mejoras en ella plantadas, ubicada en jurisdicción de ese municipio, de unas cincuenta cuadras de superficie, distinguida por los linderos que en la demanda se consignan; b) que el demandado debe restituírla a su demandante, junto con las mejoras existentes; c) que el demandado debe pagarle además los frutos naturales y civiles del predio, no solo los percibidos "sino también los que su propietaria hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo el lote en su poder"; y d) que se condene igualmente al citado demandado a pagar las costas del juicio.

2. Como hechos constitutivos de la causa petendi la demandante invocó los siguientes:

a) Mediante la escritura pública número 3240 de 9 de noviembre de 1966, otorgada en la Notaría Tercera de Pereira y debidamente inscrita en el Registro de Instrumentos Públicos y Privados, Matilde Restrepo de Rivera adquirió, por compra que hizo a Leonor Restrepo viuda de Restrepo, el inmueble objeto de la reivindicación de que aquí se trata, siendo hasta hoy su poseedora inscrita por no haber enajenado el dominio;

b) La tradente Leonor Restrepo viuda de Restrepo había adquirido el derecho enajenado por adjudicación que se le hizo en el juicio de sucesión de su esposo José Jesús Restrepo González, "inscrito en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Anserma el 15 de mayo de 1964", quien a su vez fue propietario de dicho inmueble por compra que en mayor extensión hizo a León Sterimberg, según escritura número 338 de 4 de septiembre de 1947, otorgada en la Notaría de Belalcázar;

c) El demandado no ha celebrado contrato de arrendamiento respecto de la finca "El Placer", pero, agrega la demanda en el hecho 5º, "la ha venido ocupando, sin justo título para ello, ya que aun cuando admite

que su propietaria es la señora Matilde Restrepo de Rivera, según lo acepta al absolver la pregunta cuarta del pliego de posiciones extrajuicio que acompaño, ha venido obstaculizando a la legítima propietaria el disfrute del inmueble";

d) Dentro del juicio ejecutivo que ante el Juzgado Civil Municipal de Viterbo adelanta Antonio Fajury Henao contra Augusto Restrepo Restrepo se secuestraron, denunciadas por el ejecutado como de su propiedad, las mejoras existentes en la citada finca "El Placer";

e) Como hasta hoy no ha sido posible que el demandado desocupe y entregue a su dueña el inmueble referido, ésta se ha visto en la necesidad de acudir a la justicia para que le tutele su derecho de propiedad, legalmente adquirido por medio de la escritura número 3240 de 9 de noviembre de 1966, pasada ante el Notario Tercero de Pereira; y,

f) Augusto Restrepo Restrepo, dice la demandante en el hecho undécimo de su libelo, "es poseedor de mala fe, ya que sin título alguno entró a ocupar lo que no le pertenece y ha simulado juicios ejecutivos para entorpecer el ejercicio de los derechos de mi mandante. Por ello también se le debe condenar a la restitución de los frutos naturales y civiles del predio en cuestión".

3. Oportunamente el demandado contestó la demanda aceptando la mayoría de los hechos pero oponiéndose a las pretensiones de su demandante, "excepto la relativa a la declaratoria de dominio por parte de aquella sobre el terreno del predio, ya que ese derecho siempre lo ha reconocido".

Afirmó que siempre ha tenido a la demandante como dueña de la finca que él ocupa en virtud del derecho de retención, "hasta tanto se le pague el valor de las mejoras" que ha plantado en ella. Agregó que desde cuando el inmueble pertenecía a su padre José Jesús Restrepo González lo recibió para explotarlo, habiendo empezado a mejorarlo "con conocimiento y consentimiento de aquel"; que luego, cuando pasó a ser de propiedad de su madre Leonor Restrepo v. de Restrepo, "la situación no se modificó", pues que ésta consintió que su hijo prosiguiera su tarea de mejorar el predio; y que la misma situación continuó posteriormente bajo el dominio y posesión de la demandante. Concreta su oposición, pues, a que se le pague el valor de las mejoras y en tal virtud invocó en su favor el derecho de retención que consagra el inciso 2º del artículo 739 del Código Civil.

4. Trabada así la relación procesal el juzgado del conocimiento le puso término a la primera instancia con sentencia de 28 de agosto de 1969, mediante la cual declaró: a) probada la tacha propuesta por la demandante contra algunos de los testigos presentados por el demandado; b) el dominio de la finca materia de la litis en cabeza de la demandante; c) condenó al demandado a restituir a su demandante el inmueble, "con las cosas que forman parte de él conforme al artículo 962 del Código Civil"; d) lo condenó igualmente, calificándolo como poseedor de buena fe, a restituir los frutos naturales y civiles del predio percibidos a partir de la contestación de la demanda"; e) reconoció al demandado "el derecho que le confieren los artículos 739, 965 y 966 del Código Civil"; y f) impuso a éste las costas de la instancia.

Por apelación interpuesta por ambas partes el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, el que, por sentencia de 24 de abril de 1970, dispuso:

"Primero. REVOCASE la declaración contenida bajo la letra a) de la parte resolutiva de la sentencia proferida en el presente juicio ordinario por el Juzgado Civil Municipal de Belalcázar el veintiocho (28) de agosto de mil novecientos sesenta y nueve (1969) por ser ella improcedente.

"Segundo. CONFIRMASE lo resuelto bajo las letras b) c) y f) de la misma parte resolutiva.

"Tercero. REVOCASE lo resuelto por el Juzgado bajo las letras d) y e) de la referida parte resolutiva, en cuanto a la restitución de frutos a cargo del demandado y

al derecho de retención a favor de éste por concepto de presuntas mejoras establecidas o plantadas por él, en virtud de que si tales mejoras no fueron puestas a sus propias expensas, sino que son el resultado de las inversiones que como administrador hizo de valores provenientes de los frutos de la misma finca, no es posible saber, mientras no se produzca la correspondiente rendición de cuentas, el saldo a favor o en contra de una de las partes por esos conceptos.

"Cuarto. Quedan a salvo los derechos que el demandado pueda derivar del presunto contrato de administración del inmueble de que se habla en la parte motiva por el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones correspondientes a sus servicios, al igual que los que ambas partes pueden invocar a través del juicio de rendición de cuentas de que se habló antes.

"Sin costas en esta instancia por haber prosperado el recurso parcialmente para ambas partes".

II

Motivación del fallo impugnado

1. Comienza el ad-quem las consideraciones de su sentencia afirmando que aunque en la demanda se plantea el reconocimiento de dominio sobre la finca "El Placer" para la demandante, "en relación con este punto no hay propiamente controversia entre las partes". A esta aserción llega después de notar que según el hecho quinto del libelo aquella dice que "el demandado ha venido usurpando materialmente la finca con lo cual obstaculiza a la actora el goce de la misma, pese a que admite que esta es su propietaria"; y que el demandado, no solo al contestar la demanda sino también "en diversas piezas del proceso", reconoce la certeza de este hecho fundamental.

Sobre esta base el sentenciador emprende luego la labor de refutar las alegaciones de la parte demandada encaminadas a demostrar que, no siendo Augusto Restrepo poseedor sino mero tenedor del referido fundo, la acción reivindicatoria no puede ser acogida por falta de uno de sus elementos axiológicos. "Mirada la cuestión desde este punto de vista —dice el Tribunal— podría aceptarse que al demandado le asiste en parte razón, por cuanto no parece justificarse el planteamiento y trámite de un juicio reivindicatorio con respecto a un bien sobre el cual la persona que lo ocupa no discute dominio. Mas —añade— ocurre que dentro del estatuto legal que reglamenta entre nosotros la reivindicación (Título XII del Libro 2º del C. Civil), hay una norma, que es el artículo 971, con arreglo al cual esas reglas de la reivindicación son aplicables también 'contra el que poseyendo a nombre ajeno, retenga indebidamente una cosa raíz o mueble, aunque lo haga sin ánimo de señor'."

2. En apoyo de su conclusión reproduce el Tribunal una sentencia suya en la cual, después de afirmar que si por regla general la acción de dominio debe dirigirse contra el actual poseedor del bien, por lo cual se ha dicho que es elemento esencial de la reivindicación la posesión del demandado, sostiene que "el artículo 971 del C. Civil extiende la aplicación de todas las normas que la regulan a quien retenga indebidamente una cosa, aun sin ánimo de señor, norma esta que —agrega dicho fallo— es de restringida aplicación".

Proyectando sus razonamientos al caso de este juicio, dice el fallador que aunque el demandado no es poseedor de la finca "El Placer", "calificación que equivocadamente le da el mandatario de la demandante en el hecho undécimo del libelo inicial, es sí evidente que el inmueble de que se trata está ocupado por el señor Restrepo Restrepo, quien, según se desprende de la numerosa prueba testimonial que su propio mandatario aportó, entró a dicha finca en calidad de administrador de ésta, cuando por razón de la enfermedad de su padre, señor Jesús Restrepo González, éste se vio imposibilitado para continuar al frente de ella".

Concluye que el demandado es un administrador del inmueble cuyo dominio reconoce en cabeza de la demandante, y que como trata de retenerlo hasta tanto no se le pague el valor de las mejoras que dice ha-

ber plantado, se da el caso contemplado por el artículo 971 precitado. "Frente a la ausencia de ánimo de señor y dueño en el demandado, que presupone toda controversia sobre dominio de una cosa, hay que convenir que solo por extensión y en virtud de lo prevenido en el artículo 971 le son aplicables al caso sub-judice las normas que regulan la reivindicación, sin que ello implique un cambio en el objetivo principal de la litis".

3. Después de determinar el contenido de la pretensión del demandado, expresada en varias y repetidas manifestaciones durante todo el proceso, dice el sentenciador que como lo que en el fondo se discute en este juicio no es el derecho preferencial de dominio que sobre la finca pueda corresponder a una u otra parte, sino la restitución que la actora exige y que el demandado ha supeditado el pago previo de las mejoras por él hechas en ella, "no hay dificultad para la prosperidad de las pretensiones de la demandante por el aspecto de la titulación aportada", prueba que, agrega, "si se tratara realmente de una controversia sobre dominio resultaría insuficiente por ser posterior a la posesión u ocupación con ánimo de señor y dueño que hubiera alegado en ese evento el demandado".

Apunta a continuación que la demandante solo adujo como título la escritura número 3240 de 9 de noviembre de 1965, la cual, a pesar de ser posterior al momento en que se inició la tenencia del demandado, "tiene eficacia en primer término porque el ocupante no desconoce el dominio de la señora Restrepo de Rivera, y en segundo lugar, porque esa ocupación o tenencia se deriva de uno de los antecesores en el dominio de la finca, como es el padre de ambos litigantes, señor Jesús Restrepo González". Observa, por último, que considerando los extremos en que quedó planteada la controversia son "descartables los otros elementos configurativos de la pretensión de dominio como la identidad entre lo que se demanda y lo que ocupa el demandado y la singularidad del inmueble pretendido, los que por lo demás están acreditados también.."

4. Acomete en seguida el ad-quem el estudio de las prestaciones mutuas debidas por razón de la restitución de la finca decretada, lo que hace en dos capítulos diferentes que titula "Mejoras" y "Frutos".

Inicia el primero con el análisis de las declaraciones recibidas en el juicio a instancia del demandado, con las cuales pretendió demostrar que al asumir la administración de la finca "mejoró el inmueble a ciencia y paciencia del propietario y de sus sucesores en el dominio". En esta tarea advierte el sentenciador que el a-quo no decidió previa y separadamente la tacha formulada por la demandante contra algunos de ellos, sino que, actuando antiprocesalmente, reservó tal cuestión para resolverla en la sentencia, dentro de la cual declaró probada la tacha con respecto a Bernardo Lema, Octavio García y Ovidio Ramírez Holguín, en virtud de haberse demostrado que el primero aparece declarando en varios juicios en que es parte Augusto Restrepo, y por haber manifestado los dos últimos tener amistad íntima con éste.

Dice el Tribunal que a pesar de que los motivos determinantes de la tacha formulada contra estos tres testigos están demostrados, se le impone revocar la declaración que al respecto hizo el juzgado de la primera instancia, "por cuanto la sentencia debe concretarse a resolver las peticiones impetradas en el libelo inicial..."; agrega que tal revocatoria no impide sin embargo que los mencionados testimonios pueden tenerse en cuenta, "puesto que dentro de los principios que informan la sana crítica de la prueba testimonial que al juzgador le corresponde aplicar, esas declaraciones no merecen crédito y deben descartarse, sin que haga falta para ello la extemporánea decisión sobre la tacha que el a-quo incluyó en la parte resolutiva".

5. Emprende luego el estudio de las declaraciones rendidas por Carlos Arturo Arango, Jesús Arango Zapata, Manuel Vera Moncada, Carlos Bedoya, Bernardo Parra, Ramón Antonio Osorio Serna, Gonzalo Arango, José J. Giraldo, Mario Rivera, Omar Benjumea Valencia y Alfonso Hincapié pa-

ra afirmar, después de sintetizar el contenido de cada uno de estos testimonios, que en muy pocos se alude a la plantación de determinadas mejoras por cuenta del demandado; que los que a este hecho se refieren son los testigos Hincapié, Benjumea y Giraldo, "ya que Manuel Vera Moncada y Ramón Antonio Osorio que hacen afirmaciones similares no benefician a Restrepo, porque ya se dijo que el primero es sospechoso en razón de sus frecuentes declaraciones en pro del demandado y el segundo es claro en reconocer que las mejoras las hacía con productos de la misma finca". Encuentra el Tribunal que "contra las afirmaciones de los otros tres citados", están las declaraciones "mas o menos uniforme" de Gonzalo Arango, Saúl Londoño Gallego, Gonzalo Bedoya e Hipólito Ospina Cardona, aducidos por la parte demandante, quienes —dice— "sostienen que todas las mejoras fueron puestas por la señora Leonor Restrepo de Restrepo, antecesora de la demandante en el dominio, a lo cual se agrega la circunstancia de que, al decir de algunos declarantes, las mejoras que se pretenden puestas por el demandado, lo fueron con el mismo producto de la finca".

Conclusión de este estudio es, para el Tribunal, la de que "no está suficientemente demostrado que las mejoras cuya propiedad alega el demandado fueron realmente plantadas por él, a sus expensas, y por consiguiente, la Sala no comparte el reconocimiento un poco impreciso que hizo el señor juez a-quo cuando dijo que se le reconoce al demandado el derecho que le confieren los artículos 739, 965 y 966 del C. Civil".

6. Para reforzar su conclusión se apoya en el dictamen pericial rendido por Darío Agudelo y Hernando Osorio Barreiro, diciendo que si éstos especificaron las mejoras puestas en la finca siete u ocho años atrás, determinando su valor y fijando el precio de los frutos por ellas producidos en el mismo lapso, ese doble avalúo, no objetado por las partes, "da base para pensar que pueden estar en lo cierto los declarantes que sostienen que la plantación y montaje de las mejoras se hizo con el producto de las mismas".

Dice el sentenciador, en la conclusión de este capítulo, que lo que puede colegirse de todo el acervo probatorio practicado "es que el demandado, por enfermedad de su señor padre entró en calidad de hijo a administrar la finca, administración que desde luego implicaba la atención de los cultivos existentes con las resiembras necesarias, el mejoramiento de los medios utilizados para la explotación de la misma finca, así como también el pago de trabajadores, el manejo de los fondos provenientes de los productos, etc."; de lo cual, —dice— se desprende que haya una obligación de rendir cuentas para deducir un saldo líquido en favor o en contra del demandado, sin descartar el derecho que a éste le asiste por la "retribución de sus servicios personales y a las prestaciones sociales correspondientes".

7. Sostiene finalmente el sentenciador, fundándose en las conclusiones a que antes arribó, es decir, que el demandado solo ostenta la calidad de "simple administrador" del fundo y que las mejoras que plantó en él lo fueron con el producido de la misma finca, que "no resulta equitativo condenarlo desde ya al pago de todos los frutos por él percibidos durante su administración, sin determinar previamente, mediante una rendición de cuentas voluntarias o a petición de parte interesada, hasta donde el valor de aquellos se invirtió en beneficio de la misma finca".

III

La demanda de casación

Contra la sentencia de segundo grado el demandado formula dos cargos, ambos con fundamento en la causal primera del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, vigente a la sazón, de los cuales se despacha el primero que a juicio de la Corte viene fundado en razones suficientes para casar el fallo impugnado.

Primer cargo

1. Se formula por violación directa de los artículos 762, 946, 952 y 971 del Código Civil, por aplicación indebida, y de los artículos 739, 775 y 777 ibídem, por falta de aplicación.

2. En desarrollo del cargo empieza el censor por afirmar que en este litigio aparece un caso bien singular; y que "aunque la cuestión se capta al primer golpe de vista, importa detenerse en ella para destacarla más y deducir las consecuencias jurídicas que acarrea por serle consustanciales".

Al efecto primeramente concreta las pretensiones deducidas en la demanda y las normas legales que en ella se citaron como fundamento jurídico, notando que el artículo 669 del C. C. define el derecho de dominio y las demás son las que consagran y regulan la acción reivindicatoria; observa en seguida que en su alegato de conclusión presentado en la primera instancia del proceso el apoderado del actor expresó que ejercitaba la acción de dominio, la que consideró conformada por concurrencia de sus presupuestos esenciales y por tanto impetró el despacho favorable de sus pedimentos iniciales.

Después de determinar el contenido de los hechos principales de la demanda pasa el recurrente a exponer la conducta asumida en este pleito por el demadado. Al respecto advierte que éste, desde cuando absolvió posiciones antes del juicio, reconoció que el dominio de la finca "El Placer" pertenecía a su demandante y que él lo retenía por haber plantado mejoras; que al contestar la demanda repitió su aserción agregando que ostentaba legítimamente la tenencia del fundo en virtud del derecho de retención que el artículo 739 del C. C. consagra para quien planta o siembra en predio ajeno; que tres días después de haber recibido notificación del auto admisorio de la demanda le dirigió al apoderado de la actora la carta de 11 de marzo, en la cual le decía que de acuerdo con conversaciones anteriores estaba presto a entregar la finca siempre que le pagaren el valor de sus mejoras; que dos meses después, cuando se estaba practicando la inspección ocular en el juicio, el demandado, por boca de su apoderado, expuso nuevamente que no estaba discutiendo dominio sino que simplemente solicitaba el reconocimiento de las mejoras; y que, además, en sus alegatos de bien probado presentados en las dos instancias del proceso, expresó no ser poseedor de la heredad sino mero tenedor de ella, por haber reconocido y reconocer la propiedad de la demandante, razón ésta que adicionada del hecho de no estar probada la identidad del fundo invocó para que se declarara la improsperidad de la acción reivindicatoria.

Dice luego el recurrente que el Tribunal sí vio y consiguientemente tuvo en cuenta en su sentencia todo ese acontecer procesal, más concretamente la posición asumida por el demandado. Que sobre esta base, y apoyándose para ello en lo preceptuado por el artículo 971 del C. C., refutó sus alegaciones y le impuso la condena diciendo que "aunque no resulte ser poseedor del inmueble objeto de la demanda, calificación que equivocadamente le dio el mandatario de la demandante, es sí evidente que el inmueble está ocupado por el señor Restrepo Restrepo, quien, según se desprende de la numerosa prueba testimonial que su propio mandatario aportó al juicio, entró a dicha finca en calidad de administrador de ésta, cuando por razón de la enfermedad de su padre, señor Jesús Restrepo González, éste se vio imposibilitado para continuar al frente de ella"; y que, afirmando que el caso aquí contemplado corresponde al supuesto fáctico previsto por dicha norma, el ad-quem consideró que a pesar de haberse traído una titulación deficiente para acreditar el dominio debía accederse a lo solicitado, por no existir controversia sobre la propiedad del inmueble, agregando el fallador, dice el recurrente, que por lo mismo "no hay que tener en cuenta, sino descartar también 'los otros elementos configurativos de la pretensión de dominio', cuales son las singularidad y la identificación del inmueble en litigio".

"Total, según la sentencia, —dice el impugnador rematando esta fase de la censura— que en este juicio no hay para qué

averiguar ni tener en consideración los elementos estructurales de la acción reivindicatoria, porque en realidad de verdad no se trata de tal acción. Este es —agrega— el caso singular y curioso a que hice referencia inicialmente, en que toda la actividad defensiva del demandado quedó reducida a machacar en hierro frío y en que prospera una acción que no aparece configurada, y ello por obra y gracia del arbitrio judicial".

3. Continuando con el desenvolvimiento del cargo se detiene luego el acusador en consideraciones acerca de la esfera de aplicación del artículo 971 del Código Civil. Dice que al respecto la doctrina ha formulado tres tesis, cuyo contenido sintetiza así:

a) La primera, que califica como "la más simple y ostensiblemente exegética", se reduce a sostener que como el precitado precepto es parte integrante del Título que trata de la reivindicación y no hace excepción alguna, constituye, en consecuencia, uno de los medios de defensa del derecho de propiedad, "de modo que el dueño de un bien disfruta de dos acciones contra el ocupante de éste, a saber: de una acción real, como lo es la de reivindicación o de dominio, cuando está privado de la posesión, y de una segunda acción personal derivada del acto jurídico que dio origen a la tenencia, cuando de ésta goza otra persona";

b) La segunda, que el censor dice es la que hasta ahora ha venido sosteniendo la Corte, encuentra su característica en que, "no obstante admitir también la aplicación de las reglas de la reivindicación al tenedor, no autoriza este proceder en forma general e indiscriminada, sino de modo restringido, esto es, reducido a aquellos casos en que haya de veras retención indebida, en que el tenedor, por carecer de todo derecho, se resista ilegalmente a restituir la cosa a su dueño. Entre estos casos no puede incluirse aquel en que un tenedor tenga, por ley o por contrato, derecho de retención sobre la cosa, porque en este evento no puede ser calificado de retenedor indebido"; y

c) La tercera, que arrancando de los presupuestos que son esenciales de la acción reivindicatoria esto es, que la legitimación en la causa solo se estructura en dicho evento, por el aspecto activo, cuando la instaura el dueño de la cosa de que no está en posesión; y por el pasivo, cuando se dirige contra quien es el poseedor del bien cuya restitución se busca, porque "la contienda no puede trabarse sino entre las personas que reunen estas calidades, o sea entre el propietario no poseedor y el poseedor que no es dueño o que lo es apenas en forma presunta", se contrae a sostener, en suma, "que la naturaleza de la acción de dominio no permite que se la dirija contra el mero tenedor, porque éste tiene entonces la cosa en nombre del dueño demandante o en nombre de un tercero, y, en el primer caso, el poseedor sería el mismo propietario que demanda, y, en el segundo supuesto, el tercero sería el único que, como poseedor, podría ser llamado a controvertir el dominio con el verdadero propietario".

Añade el impugnante que el requisito o presupuesto de que la acción reivindicatoria deba dirigirse contra el poseedor, no tiene en la legislación colombiana sino dos excepciones, consagradas por los artículos 955 y 957 del C. C., preceptos estos que permiten incoar la acción "contra el que enajenó la cosa y no es ya su poseedor y contra el que poseía de mala fe y por hecho o culpa suya ha dejado de poseer"; pero que fuera de estas dos salvedades "hay que dirigirla contra el que tiene la calidad de poseedor actual", porque, como lo ha dicho la Corte, "la instauración de la acción de dominio contra el mero tenedor, distorsiona o deforma la naturaleza real de tal acción y la convierte, degenerándola, en una acción simplemente personal".

"La esencia de la reivindicación, —continúa afirmando el recurrente— repudia la instauración de la acción contra el mero tenedor, porque en tal caso el poseedor verdadero puede ser el mismo propietario que pretende la restitución de la cosa, y además la colocación del artículo 971 dentro del Capítulo Cuarto y no dentro del Tercero, demuestra que lo aplicable al tenedor que retiene indebidamente son las reglas de las prestaciones mutuas y no todas las que gobiernan la materia de la reivindicación".

4. Pasa luego el acusador a puntualizar las violaciones de la ley sustancial que denuncia en el planteamiento del cargo. En esta tarea, comienza por aseverar que a pesar de que el fallo impugnado recoge la segunda de las tesis esgrimidas acerca de la aplicación del artículo 971 del C. C., consistente en que tal precepto "no puede ser aplicado en forma general e indiscriminadamente a todo tenedor, sino únicamente a aquel que, sin derecho alguno, retiene indebidamente una cosa y se resiste a restituírla a su dueño", concluye sin embargo aplicándolo a este caso, sin definir previamente si el aquí demandado es o no un tenedor indebido.

Al decidir así, dice el recurrente, la sentencia violó el artículo 946 del C. Civil por haberlo aplicado indebidamente a un supuesto que esta norma no regula. Explica que en el caso de esta litis el poseedor de la finca "El Placer" no es el demandado Augusto Restrepo, sino la propia demandante; que ella sabía esto desde antes de proponer el juicio, "de modo que instauró su acción a sabiendas de que el demandado la venía reconociendo como dueña y de que tal acción no era procedente"; y agrega que el fallo, al decretar la restitución del predio, quebrantó también esa misma norma, por haberlo hecho contra quien no es su poseedor.

Estima además el censor que el ad-quem, al haber considerado en su sentencia al demandado como poseedor cuando aparece que es un mero tenedor, y al haberlo condenado a restituir la posesión de un inmueble que en realidad no posee, infringió también los artículos 762 y 952 ibídem, "por haberlos aplicado a un caso que ellos no regulan, o sea por haber condenado a un mero tenedor a restituir una posesión que él no ejerce"; y que quebrantó asimismo el artículo 971 de la misma obra, por aplicación indebida, "porque, aunque el demandado Restrepo es tenedor del fundo 'El Placer', no está reteniendo indebidamente este inmueble, es decir, sin derecho alguno, sino en ejercicio del derecho que la ley le reconoce de obtener el pago de las mejoras plantadas allí por él y de retener ese mismo predio mientras no se le cubra su valor".

Asevera el impugnador que la sentencia violó también, por falta de aplicación, los artículos 775 y 777 del C. C.; el primero, porque si el demandado ha reconocido siempre a la demandante como dueña y poseedora de la finca ha debido ser considerado como un mero tenedor y no como poseedor; y el segundo, "al no parar mientes en que esa tenencia no podía mudarse en posesión para el efecto de que se le pudiesen aplicar al demandado todas las reglas de la reivindicación".

Finalmente expresa el recurrente que la sentencia infringió, por inaplicación, el inciso 2º del artículo 739 del C. Civil, por dos aspectos: el primero, porque si el demandado entró a la finca con la autorización de su padre y continuó manejándola durante todo el tiempo en que fue de la propiedad de su madre, plantando en ella mejoras con conocimiento de sus dueños, en estas circunstancias la sentencia ha debido decir que la acción que la demandante tenía no era la reivindicatoria sino la que consagra el precitado artículo 739; y el segundo, porque al remitir a los litigantes a un juicio de cuentas, el fallador da por sentado, contra lo que expresa dicha norma, que Augusto Restrepo tiene la obligación de restituir o pagar a la demandante los frutos producidos por las mejoras que él plantó en la finca.

IV

Consideraciones de la Corte

I. El dominio, como derecho real que es, se caracteriza por otorgar a su titular el poder de persecución, que como su nombre lo indica, lo habilita para perseguir la cosa sobre la cual recae, en manos de quien se encuentre.

Por ello el Código Civil Colombiano, después de definir el derecho real de propiedad como el que se tiene "en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno" (Art. 669), se ocupa, en el Título 12 de su Libro 2º, de la acción reivindicatoria, consagrándola como el medio efi-

caz para hacer efectivo el atributo de persecución que es consubstancial al dominio, y obtener la consecuencial restitución de la cosa a su dueño.

Define así la reivindicación, que también llama acción de dominio, atendiendo a su finalidad esencial al decir que "es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírla" (Art. 946), expresiones que reflejan claramente el pensamiento del legislador, traducido en que en las controversias de esta especie la legitimación en la causa corresponde, por el aspecto activo, al propietario del bien; y por el pasivo, al actual poseedor de éste.

II. La reivindicación es una acción real, puesto que nace de un derecho que tiene ese carácter cual es el de dominio.

Y es este rasgo el que especialmente la distingue de otras acciones de restitución que, por fundarse en un vínculo contractual entre demandante y demandado, son de naturaleza personal, las cuales por tanto pueden instaurarse por quien esté ligado con ésta, sea o no dueño de la cosa cuya restitución busca, puesto que en tal evento se puede ser acreedor a la entrega de un bien muy a pesar de que no se tenga la calidad de propietario del mismo.

Sin embargo de que es real, la reivindicación da lugar a prestaciones personales, tanto del reivindicador a favor del poseedor vencido, como de éste respecto de aquel, que le son acesorias y que provienen de la situación respectiva en que se hallan colocados con relación a la cosa reivindicada.

III. El aludido Título 12 del Libro 2º del Estatuto Civil, luego de definir la acción de dominio, reglamenta separadamente en cuatro capítulos las "cosas que pueden reivindicarse", "quién puede reivindicar", "contra quién se puede reivindicar", y las "prestaciones mutuas", regulaciones de las cuales importa considerar, para decidir la controversia sub judicè, algunas de las referentes a los tres últimos.

Quién puede reivindicar

IV. Por definición, la reivindicación es la acción que tiene el dueño de una cosa singular (Art. 946). Por cuanto nace del derecho de dominio, la acción comentada corresponde, en principio, "al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa", según lo consagra el artículo 950 del código citado.

Puede reivindicar, por lo tanto, no solo el verdadero propietario que tenga la propiedad libre de toda condición y limitación, el dueño de un bien que no se halle gravado con un derecho real principal a favor de otra persona; sino también el propietario que está obligado a restituir la cosa eventualmente en caso de verificarse una condición, o el nudo propietario cuyo dominio esté limitado por un derecho de usufructo, de uso o de habitación.

V. Como excepción a este principio nuestra ley concede la referida acción, según lo preceptúa el artículo 951 ibídem, "el que ha perdido la posesión regular de la cosa y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción", la que sin embargo no puede incoar contra el verdadero dueño ni contra el tercero que posea con igual o mejor derecho que el demandante.

Mediante esta norma nuestro derecho positivo consagró la acción publiciana, así conocida por haber sido introducida en Roma por el pretor Publicius como medio para tutelar el derecho de quien estaba en camino de adquirir la propiedad por usucapión y era privado de la cosa. Mediante una ficción se consideraba que el poseedor había cumplido el tiempo necesario para que operara este modo de adquirir, y así podía reclamar la restitución de la cosa sobre la cual apenas si tenía una propiedad bonitaria.

Esta acción publiciana era, pues, en cuanto a su forma una actio fictitia porque reposaba sobre la ficción del cumplimiento de una usucapión que no se había realizado aún; y en cuanto a su naturaleza y sus efectos una rei vindicatio, que producía las

consecuencias de esta acción dada para la protección de la propiedad quiritaria.

Contra quién se puede reivindicar

VI. Según la definición que de la acción reivindicatoria da el artículo 948 del C. C., ella debe dirigirse contra el poseedor que es quien puede restituir la cosa al reivindicador. Por eso el artículo 952 estatuye que "la acción de dominio se dirige contra el actual poseedor".

De acuerdo con el claro contenido de estas normas, por regla general solo el actual poseedor de la cosa puede ser el sujeto pasivo de la demanda reivindicatoria; excepcionalmente ésta podrá dirigirse contra el que fue poseedor y dejó de serlo.

Pero como el ánimo de señor y dueño, elemento que junto con la tenencia configura la posesión, es un hecho interno y por ende no susceptible de apreciación a primera vista, el reivindicador puede, cuando ignore el carácter en que la cosa es tenida por otra persona, dirigir la acción contra ese tenedor. Demandado en esa calidad, el mero tenedor de la cosa debe declarar que no la tiene a su nombre y expresar el de la persona a cuyo nombre la detenta y la residencia de ésta, puesto que él, precisamente por no ser poseedor, no es legítimo contradictor en el juicio; y si oculta su situación y sigue el proceso con la aparente categoría de poseedor, exponiendo con su conducta al demandante a que pierda el dominio por la prescripción que seguirá corriendo en favor del verdadero poseedor, ejecuta un hecho ilícito que lo hace responsable de los perjuicios que de él resulten para el actor.

Tal es la preceptiva contenida en los artículos 953 y 954 del C. C. De ella se infiere que no es que el legislador haya exceptionado el principio considerando al tenedor como posible sujeto pasivo de la reivindicación, sino que, precisamente para determinar la persona del poseedor verdadero, le impone ciertas obligaciones según sea la conducta que asuma en el juicio.

De ahí que, como lo ha dicho la Corte interpretando el sentido y el alcance de los artículos 952, 953 y 954, "todo esto reafirma lo que ese Código establece al definir la acción reivindicatoria y al precisar contra quién procede, fijando al poseedor como sujeto responsable. De otro modo, no solo incurriría en grave contradicción, sino que desnaturalizaría la acción de dominio. Este es un conflicto entre el ocupante que a su tenencia material agrega el ánimo de señor —corpus et animus— y que por eso es poseedor y cuenta con el favor legal de presumirlo dueño, y el que sostiene serlo y que, si lo demuestra, destruirá esa presunción y lo dejará vencido" (LVIII, 2816, Pág. 172).

VII. El principio de que la acción reivindicatoria debe dirigirse contra el actual poseedor de la cosa no es sin embargo absoluto: encuentra, consagradas por la ley, dos excepciones a virtud de las cuales puede incoarse en frente de quien habiendo sido poseedor ha dejado de serlo, así:

a) El artículo 957 la hace extensiva contra el que "poseía de mala fe y por hecho o culpa suya ha dejado de poseer, como si actualmente poseyese". Es este, pues, un caso de ficta posesión en el cual la misma acción reivindicatoria es figurada, porque en el fondo, desde que se dirige contra quien ha dejado de ser poseedor, no persigue la cosa y es acción simplemente personal, que solo se reviste del carácter de la reivindicatoria para hacer más ventajosa la posición del dueño, víctima de un adversario doloso; y,

b) Mediante el artículo 955 ibídem, cuando se haya hecho imposible o difícil la persecución del bien, puede dirigirse la acción reivindicatoria "contra el que enajenó la cosa", a efecto de obtener la restitución de lo que haya recibido por ella, si la enajenó de buena fe, o para la indemnización de todo perjuicio si el falso tradente procedió a sabiendas de que era ajena. Pero también en este caso, como en el anterior, se trata de una acción reivindicatoria figurada, porque se funda en el concepto de la subrogación real, esto es, la sustitución, por virtud de una ficción de la ley, de una cosa por otra como objeto del derecho.

VIII. El Capítulo 4º del Título 12 del Libro 2º del Código Civil contiene las disposiciones regulativas de las "prestaciones mutuas", es decir, de los recíprocos derechos y obligaciones que por razón de la reivindicación surgen para el reivindicador triunfante y para el poseedor vencido. Y en el último de sus artículos preceptúa que "las reglas de este título se aplicarán contra el que, poseyendo a nombre ajeno, retenga indebidamente una cosa raíz o mueble, aunque lo haga sin ánimo de señor".

Dicho estatuto define la posesión como la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño (762); la distingue de la tenencia en que ésta es la que se ejerce sobre un bien, pero no como dueño sino en lugar o a nombre del dueño (775); exige ese ánimo, ya sea en tratándose de la posesión regular (764), ya sea refiriéndose a la irregular (770); y atribuye a la mera tenencia carácter inmutable al estatuir que no se muda en posesión por el simple lapso de tiempo. Y sí, como ya está dicho, la reivindicación, como acción de dominio que es, se dirige contra el poseedor, esto es, contra el que detenta la cosa en su poder con ánimo de dueño, que es el que lesiona el derecho del propietario al pretenderse dueño del bien que pertenece a otro y desconoce el dominio de éste, cabe deducir que el precitado precepto 971 no consagra ni puede consagrar una excepción a la regla fundamental de que la acción reivindicatoria se dirige contra el poseedor para obligarlo a restituir la cosa a su dueño.

Así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte. En efecto, en sentencia de 5 de diciembre de 1944, reiterándola luego en las de 28 de julio de 1954, 27 de abril de 1956 y 5 de diciembre de 1957, sentó la doctrina de que "no puede entenderse el artículo 971 en forma tal que infirmara todo lo que claramente ha establecido respecto de posesión al mismo título que él encierra, identificando con ella la mera tenencia a efecto o hasta el extremo de hacer responsable de esa acción al mero tenedor en tesis general e indiscriminadamente" (LVIII, 172; LXXVIII, 141; LXXXII, 305; XC, 74).

La acción consagrada por la norma en comento requiere para su estructuración de los siguientes dos presupuestos: a) la calidad de mero tenedor del demandado; y b) el carácter indebido de la retención, vale decir, que la persistencia de la cosa en poder del tenedor carezca de causa que la justifique. Trátase, pues, de una acción de restitución de carácter personal y no real, puesto que se consagra contra el detentador indebido, en la cual, por tanto, es innecesaria la prueba del dominio, debiéndose en cambio acreditar el vínculo contractual existente entre demandante y demandado en virtud del cual tiene la cosa. Si se estimara que el citado artículo envuelve la acción reivindicatoria, entonces, como lo ha dicho la Corte, el legislador habría incurrido en "grave contradicción... se desnaturalizaría la acción de dominio", y habría que exigir en tal supuesto la prueba de la propiedad al demandante frente al mero tenedor, carga a que no está obligado en la interposición de acciones personales.

IX. El injusto detentador puede haber entrado en la tenencia de la cosa, ora en virtud de un acto jurídico celebrado con el demandante y que le imponía la obligación de restituírsele al vencimiento de un plazo o al cumplirse una condición, o ya por razón de un contrato acordado con el causante del derecho del actor. En ambas hipótesis el demandante, para obtener la restitución del bien y por cuanto pretende hacer valer un derecho de crédito y no un derecho real, tiene a su favor la acción que emane del contrato, que es por tanto la que debe instaurar; en tal evento al demandado se le aplican las reglas que respecto de deterioros, frutos y mejoras establece el título de la reivindicación, por mandato del artículo 971 citado. No puede por consiguiente ejercitarse en estos supuestos la acción reivindicatoria, no solo porque media un contrato entre las partes cuyos términos son los que rigen las relaciones que el acto crea entre ellas, sino también porque para tutelar jurisdiccionalmente un derecho es menester, a más de la plena demostración de su existencia, que el reconocimiento se suplique por los trámites consagrados por la ley al respecto,

desde luego que las normas procesales son de orden público y por ende de obligatorio cumplimiento.

A falta de estipulación expresa que concreta los derechos y obligaciones de los contratantes, se impone acatar las regulaciones legales que rijan el respectivo contrato para suplir la voluntad no manifestada por las partes. Con respecto al mandato, por ejemplo, la ley fija las obligaciones y derechos que por razón de la administración de negocios ajenos incumben al mandatario. Entre sus deberes se encuentra, como es obvio, el de restituir al mandante los bienes recibidos de éste y por su cuenta: y en cuanto a sus facultades le reconoce la de retener los efectos que se le hayan entregado para la seguridad de las prestaciones a que el mandante está obligado por su parte (Art. 2188 C. C.).

X. El Código Judicial que rigió en el país hasta el 30 de junio pasado, reglamentando los juicios de tenencia, estatuía en el artículo 1115 que los trámites por él establecidos para el juicio de lanzamiento se debían aplicar, "en lo pertinente, a la restitución de cosas dadas en tenencia a título distinto del de arrendamiento, que estén en poder de alguno en ejercicio del derecho de retención, llegado que sea el tiempo de exigir que se restituyan", precepto éste que, como lo dijo la Comisión Redactora de dicho estatuto, comprendía los casos de comodato, depósito, prenda, anticresis, de bienes tenidos en virtud de un derecho de retención, y, en fin, cualquier supuesto de tenencia a título distinto de arrendamiento.

Y el Código de Procedimiento Civil vigente hoy así lo dispone también. En efecto: después de determinar en su artículo 414 los asuntos que deben tramitarse y decidirse en proceso abreviado, dentro de los cuales enlista el lanzamiento del arrendatario, o del "tenedor a cualquier otro título", preceptúa en el artículo 435 siguiente que las reglas dadas para el lanzamiento del arrendatario se aplican en toda restitución de bienes, muebles o inmuebles, "dados en tenencia a título distinto de arrendamiento".

Igualmente, el Código Judicial reglamentada, como acción especial de tenencia, la que asistía al adquirente del dominio o de cualquier derecho real principal constituído sobre un inmueble, cuya tradición legal se hubiera efectuado previamente, para que su tradente no retuviera materialmente la cosa en su poder (Art. 887). El Código de Procedimiento Civil vigente hoy conserva, aunque con sustanciales modificaciones, la acción tendiente a obtener la entrega de la cosa por el tradente al adquirente.

Por cuanto las acciones personales de restitución sólo pueden entablarse cuando el demandado se encuentra vinculado contractualmente con el demandante, cuando la restitución de la cosa se pide de un tercero que la posee entonces sí es forzoso intentar contra éste la acción reivindicatoria, la cual puede o no estar subordinada a una acción personal contra el causante del tercero, según que el reivindicador haya estado ligado o no contractualmente con dicho causante. Sucede lo primero, por ejemplo, cuando para reivindicar de ese tercer poseedor se impone previamente demandar la nulidad o la resolución de un acto que vincula al demandante con su adquirente, quien a su vez enajenó la cosa al tercero; y acontece lo segundo, cuando el causante del actual poseedor no ha estado vinculado jurídicamente con el reivindicador, tal cual ocurre en los casos de venta de cosa ajena.

XI. Dedujo el Tribunal, y sobre tal conclusión edificó su sentencia, que el demandado Augusto Restrepo Restrepo entró en la tenencia de la finca "El Placer" en virtud de haberla recibido de su padre José Jesús Restrepo González, a la sazón dueño de ella e imposibilitado para manejarla por razón de enfermedad, con el encargo de administrarla; y que la administración la continuó luego de la muerte de éste con el consentimiento de los posteriores propietarios del fundo: su madre Leonor Restrepo vda. de Restrepo, primeramente, y más tarde su hermana Matilde Restrepo de Rivera, quien es aquí la demandante.

Hallada, pues, por el ad-quem la preexistencia de una relación contractual entre las partes, origen de la tenencia material del

predio por el demandado, quien siempre ha reconocido sobre él dominio ajeno, dando aplicación al artículo 971 del Código Civil decretó la reivindicación que en su favor suplicó la demandante y negó al demandado el derecho de retención que invocó como justificativo de la no entrega. Consecuente con su motivación declaró el sentenciador que para concretar el valor de las prestaciones recíprocas que por razón de la administración de la heredad correspondían a las partes se debe acudir a un proceso de rendición de cuentas, y dispuso, además, que "quedan a salvo los derechos que el demandado pueda derivar por el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones correspondientes a sus servicios".

Al decidir así el Tribunal quebrantó con su fallo, por aplicación indebida, los preceptos de los artículos 762, 946 y 952 del Código Civil al acoger la pretensión de reivindicación en ausencia de sus presupuestos esenciales.

De todo lo cual se sigue que el fallo impugnado debe ser infirmado.

V

Sentencia sustitutiva

Por todas las razones consignadas en el despacho del cargo que prospera, se impone la revocatoria de la sentencia de primera instancia y la absolución del demandado por ser legalmente improcedente en este caso la acción reivindicatoria deducida en la demanda con la cual se inició el proceso.

Se debe condenar al demandante a pagar las costas de las dos instancias del juicio, en acato a lo preceptuado por el numeral 4 del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil vigente en la actualidad.

VI

Resolución

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de veinticuatro de abril de mil novecientos setenta (1970), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en este juicio ordinario instaurado por Matilde Restrepo de Rivera contra Augusto Restrepo Restrepo, y actuando como Tribunal de instancia,

Resuelve

Primero. REVOCASE en todas sus partes la sentencia de veintiocho (28) de agosto de mil novecientos sesenta y nueve (1969), proferida en este mismo juicio por el Juzgado Civil Municipal de Belalcázar;

Segundo. NIEGANSE, en su lugar, todas las pretensiones deducidas por la demandante en la demanda con la cual se inició el juicio y consecuencialmente se absuelve al demandado de los cargos que en dicho libelo se formularon contra él;

Tercero. CONDENASE a la demandante al pago de las costas causadas en las dos instancias del proceso, y

Cuarto. DECLARASE no haber lugar a costas en el recurso extraordinario.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

REIVINDICACION

Personería sustantiva o legitimación en causa. Incongruencia. Dictamen pericial. Su aclaración o ampliación forma con él un solo todo.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 11 de marzo de 1970 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en el juicio ordinario instaurado por David Santana García frente a Carmen Leguízamo.

I

El litigio

1. Ante el Juzgado Primero Civil Municipal de Ibagué, David Santana García demandó en juicio ordinario de mayor cuantía a Carmen Leguízamo en procura de las siguientes declaraciones:

a) Que es dueño de un inmueble situado en el área urbana de la ciudad de Ibagué, en el paramento sur de la carrera 5ª, "entre calles 40 y 41 (antes 39 y 40)", y comprendido dentro de los linderos especiales que la misma demanda relaciona; b) Que la demandada debe restituírlo al demandante, junto "con las cosas que forman parte de él, conforme a la clasificación de los bienes muebles que hace el Código Civil"; c) Que el demandante no está obligado a indemnizar a la demandada las expensas necesarias, por ser ésta poseedora de mala fe; y d) Que se condene además a la demandada a pagarle al demandante todos los perjuicios causados con la ocupación del predio, "de acuerdo con lo que se demuestre en el juicio y a justa tasación de peritos".

2. Los hechos que el demandante citó como fundamento de sus pretensiones pueden sintetizarse así:

a) Mediante escritura pública Nº 538 de 21 de marzo de 1955, otorgada en la Notaría Segunda de Ibagué y debidamente inscrita el 1º de abril siguiente en el correspondiente registro de Instrumentos Públicos y Privados, David Santana García adquirió, por compra que hizo al municipio de Ibagué, el dominio y la posesión del lote de terreno de 432 metros cuadrados, ubicado en el paramento sur de la carrera 5ª de esa ciudad, entre las calles 39 y 40, comprendido dentro de los siguientes linderos: 'Por el Norte, en recta de 24.10 mts., con la carrera 5ª; por el Oriente, en recta de 21.30 mts., con terrenos ocupados por Leonidas Pulido; por el Sur, en recta de 24.50 mts., con terrenos ocupados por Félix Restrepo (hoy Urbanización La Macarena); y por el Occidente, en recta de 18 mts., con terrenos ocupados por Silvino Salazar';

b) Del terreno así adquirido Santana transfirió una parte, en extensión de 215 metros cuadrados, ubicada en el extremo occidental de aquel, a Eléazar Orozco Agudelo, mediante la escritura Nº 361 de 14 de marzo de 1957, pasada ante el Notario Segundo de Ibagué, parcela que allí se demarcó por los siguientes linderos: "Por el Norte, en recta de 12 mts., con la carrera 5ª; por el Oriente,

en recta de 19 mts., con el resto del lote que el vendedor se reserva; por el Sur, en recta de 12 mts., con Félix Restrepo Isaza; y por el Occidente, en recta de 18 mts., con terrenos ocupados por Silvino Salazar";

c) Desde marzo de 1955 David Santana entró a poseer regularmente todo el predio que compró al municipio de Ibagué, ejecutando sobre él actos de dominio como lo es "la limpieza de la totalidad del mismo", hasta el mes de marzo de 1957 en que, por razón de la venta parcial que de él hizo a Orozco Agudelo, su posesión inscrita y material se redujeron a la porción del predio que se reservó, comprendida dentro de estas alindaciones: "Por el Norte, en línea recta de 12 mts., con la carrera 5ª; por el Oriente, en línea recta de 21.30 mts., con terrenos de Leonidas Pulido; por el Sur, en línea recta de aproximadamente 12.50 mts., con terrenos de propiedad de Félix Restrepo (hoy Urbanización La Macarena); y por el Occidente, en línea recta de aproximadamente 19 mts., con terrenos que fueron de Eleázar Orozco";

d) A partir de febrero del año de 1966 Carmen Leguízamo entró a ocupar la porción que comprende el extremo oriental del predio de David Santana, parte que se determina así: "por el Norte, en línea recta de 6 mts., con la carrera 5ª; por el Sur, en línea de 6 mts., con propiedad que fue de Félix Restrepo (hoy Urbanización La Macarena); por el Oriente, en línea de 21.30 metros, con propiedad de Leonidas Pulido; y por el Occidente, en línea aproximada de 21 mts., con lote de propiedad de David Santana", iniciando en dicha parcela los trabajos para la construcción de una casa de habitación;

e) Tan pronto como David Santana se enteró de que era privado de la posesión de parte de su fundo, inició contra Carmen Leguízamo acción posesoria especial a efecto de obtener la suspensión de la obra nueva que ésta adelantaba. A pesar de que por sentencias de abril y junio de 1967, proferidas en su orden por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Ibagué y el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, se prohibió a la demandada continuar la construcción, ésta, desacatando la ordenación judicial, continuó la edificación y se negó a restituir el predio a su dueño, privándolo consiguientemente de su legítima posesión, y

f) La demandada es la actual poseedora del inmueble, y lo posee de mala fe "como que entró a ocuparlo de hecho y abusivamente, sin título, y procedió a levantar sobre él una casa de habitación, a sabiendas de que lo hacía sobre terreno ajeno, y continuó su edificación hasta concluirla no obstante haberle sido prohibida por su propietario, por las autoridades administrativas del municipio y por sentencia judicial".

3. Oportunamente la demandada contestó la demanda negando la mayoría de los hechos en ella invocados, exigiendo la prueba para los demás y oponiéndose a las pretensiones de su demandante. Afirmó que había levantado la edificación en el predio que compró a Buenaventura Huertas Fonseca según escritura Nº 595 de 25 de abril de 1966, otorgada en la Notaría Segunda de Ibagué, que es el que posee; y que no acató la sentencia que le prohibió la continuación de la obra nueva "pues el fallo no podía tener vigencia indefinida".

4. Trabada así la relación procesal el juzgado del conocimiento le puso término a la primera instancia con sentencia de 23 de junio de 1969, mediante la cual acogió todas las súplicas de la demanda, con excepción de la referente al pago de perjuicios, la cual negó, e impuso a la demandada las costas procesales.

Por apelación interpuesta por esta parte el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el que, por sentencia de 11 de marzo de 1970, después de revocar el numeral 4º del fallo apelado, cuyo contenido era la declaración de que el demandante no está obligado a indemnizar "las expensas necesarias, a que se refiere el artículo 965 del C. Civil", confirmó todas las demás disposiciones de dicha providencia, aclarando que la restitución debería hacerse teniendo en cuenta que el predio reivindicado, por su lindero occidental, mide solo 18 metros y no 21 como se expresa en la demanda.

III

Motivación del fallo impugnado

1. Concretándose el Tribunal al estudio de la acción reivindicatoria que encuentra deducida en la demanda incoativa del proceso, después de enumerar los cuatro presupuestos esenciales que la estructuran según la jurisprudencia tradicional, emprende el estudio de las pruebas aducidas por el demandante, para concluir que todos ellos se encuentran plenamente justificados en este litigio.

Así, en lo que respecta al requisito del dominio del actor sobre el fundo materia de la litis, lo encuentra demostrado el sentenciador "con los títulos de adquisición que obran a folios 13 a 16 y 33 a 37 del cuaderno número 3", documentos éstos que —dice— por haber sido allegados a los autos oportunamente y en forma legal, acreditan plenamente que David Santana adquirió el dominio de dicho predio desde el año de 1955 y su tradente, el municipio de Ibagué, desde 1919.

Dice, luego, que por lo que hace al presupuesto relacionado con la singularización de la cosa también se halla presente, puesto que "como se desprende de la demanda, se trata de un inmueble determinado por linderos precisos, lo cual lo singulariza, y es por lo tanto reivindicable conforme al artículo 947 del C. C.". En lo que respecta al factor de la posesión material por parte de la demandada, nota que "se halla demostrada plenamente con su confesión —dice que sí posee pero que es de ella— y con la diligencia de inspección ocular, en la que se dice que la demandada se encontró en posesión del inmueble".

Y en lo atinente al presupuesto de la identidad entre el bien especificado en la demanda y el que es poseído por la demandada, advierte que se establece con la comprobación que hizo el juez a-quo en la inspección judicial practicada en la primera instancia del proceso, y además con lo expresado por los peritos Carlos J. Lozano y Arturo Villamil en las ampliaciones de sus experticios.

Analizando esta última prueba, observa el fallador que si bien los tres peritos inicialmente expresaron encontrar dificultad para la identificación del fundo materia de la litis, posteriormente los dos expertos nombrados, al ampliar sus dictámenes, conceptuaron que "la construcción hecha por la demandada está en parte del lote que se reservó al doctor David Santana". Agrega el ad-quem, después de transcribir los apartes trascendentes de los escritos de aclaración a los dictámenes, que el experticio hace plena prueba según lo preceptúa el artículo 722 del C. J., y que se debe aceptar "no solo por la claridad y uniformidad del mismo, sino también porque él concuerda con las comprobaciones del juez a-quo y con el dictamen pericial que se produjo en el juicio posesorio entre las mismas partes", prueba esta que —añade— por ser trasladada y no haberse ratificado, "si bien no hace plena prueba, sí puede tenerse como indiciaria".

2. Acomete en seguida el Tribunal el análisis de las pruebas practicadas a instancia de la demandada, de las cuales dice que no desvirtúan el presupuesto de la identidad de la cosa, puesto que ellas solo demuestran, "de un lado, la propiedad de Carmen Leguízamo sobre un inmueble —escritura 617 de abril 24 de 1958, de la Notaría 2ª—, y de otro, que el lote que compró esta señora y los adyacentes estaban abandonados, que es lo que se deduce de todas las declaraciones del cuaderno número 2".

Para refutar las alegaciones de la parte demandada encaminadas a sostener que como sobre el predio de marras hay doble titulación, la acción reivindicatoria no puede ser acogida porque tanto su posesión inscrita como la material son mejores que las de su demandante, dice el fallador: "en la posesión inscrita la demandada es causahabiente del demandante, por lo cual es mejor la de éste y que la material empezó a ejercerla al tiempo con la inscrita, como se desprende de las declaraciones aportadas por ella al juicio".

3. Observa finalmente el sentenciador que "como quiera que el lindero occidental, según la escritura de adquisición de David

Santana es solo de 18 metros y él no ha alegado posesión material anterior, a ellos debe limitarse la reivindicación por este lindero, y no a los 21 metros de que habla la demanda"; y que en consecuencia en este sentido debe modificarse la sentencia apelada.

III

Demanda de casación y consideraciones de la Corte

Contra la sentencia de segundo grado interpuso la parte demandada el recurso de casación. En la demanda respectiva le formula cinco cargos: el primero con fundamento en la causal cuarta del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, entonces vigente; el segundo con apoyo en la causal segunda; y los tres últimos dentro del ámbito de la primera.

Cargo primero

1. Estima el recurrente que el proceso se halla viciado de nulidad, en primer lugar por falta de citación o emplazamiento de algunas de las personas que han debido ser llamadas a él, y en segundo término por ilegitimidad de personería en el demandante, según lo preveía el artículo 448 del Código Judicial en sus ordinales 3º y 2º. En consecuencia solicita que la Corte, previa la infirmación del fallo impugnado, declare la nulidad del juicio, desde el auto admisorio de la demanda.

2. Al desarrollar el cargo por el primer aspecto empieza el acusador haciendo prolija relación de todos los antecedentes del litigio. En ella se detiene en el referente al juicio posesorio especial instaurado por el aquí demandante contra Graciela Leguizamón y Buenaventura Huertas: observa que la demanda con la cual se inició dicho proceso fue corregida extemporáneamente para dirigirla también contra Carmen Leguízamo Romero; y que la sentencia condenatoria en él proferida no se ejecutó, tal vez, dice, porque se dictó "contra Graciela Leguízano, entre otras y la demandada fue 'Leguizamón', sobre inidentificado globo de tierra urbano".

Agrega que después de que allá el demandante imputó a todos los tres demandados "ser autores de actos perturbatorios de sus derechos de posesión", inició el presente juicio ordinario solamente en frente de Carmen Leguízamo, actuación esta que califica de extraña y que le atribuye "efectos procesales ineludibles y funestos. Entre ellos, la conformación, dentro del posesorio, de consorcio pasivo integrado por tres personas: Buenaventura Huertas Fonseca, Graciela Leguízamo(n) y Carmen Leguízamo R., en perjuicio de las cuales personas, consiguió SENTENCIA DE CONDENA DEFINITIVA, actualmente, ejecutoriada, y, promoción fundada en idénticos hechos, de juicio de dominio, con deliberada exclusión de dos de los primigenios demandados... Por consiguiente, —continúa el censor— sin alegar motivo de exclusión ninguno y demostrarlo, idéntico demandante, con respecto a idéntico inmueble, al demandar pronunciamientos de dominio, en contra de singular demandada, incluída en el posesorio, con omisión de los otros integrantes del consorcio pasivo, precondenado por sentencia definitiva, incurrió en causal de nulidad procedimental..."

3. Y al desenvolver la censura por el segundo aspecto, dice el impugnador que el apoderado del demandante, habiendo recibido poder de éste para "que inicie y lleve hasta su terminación juicio ordinario de mayor cuantía contra la señora Carmen Leguízamo... con el fin de obtener la declaración de dominio de un bien inmueble urbano ubicado en este municipio, en contra de la citada señora y en favor del suscrito y las demás condenas derivadas de la mencionada declaratoria, como son la restitución del citado bien, pago de perjuicios, inscripción de la demanda, condena en costas", extralimitó el mandato "al peticionar pronunciamientos no contenidos en el deficiente, trunco poder, por ejemplo, la declaración relativa a pago de frutos civiles,

calidad de ser poseedora de mala fe, la singular demandada, provista de justo título".

Se considera

1. El ordinal 3º del artículo 448 del C. J. elevaba a la categoría de nulidad general "la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio", cuya razón de ser está en la violación del derecho de defensa que como garantía fundamental consagra la Constitución Nacional.

Mas, como lo ha expresado la doctrina, dicha causal alude a las personas que en el juicio figuren como parte. Como ni Graciela Leguízamo ni Buenaventura Huertas son parte en el presente juicio ordinario, desde luego que la demanda con la cual se inició no los cita ni como demandantes ni como demandados, hay que concluir afirmando que su falta de citación no estructura el motivo de nulidad invocado.

2. La personería sustantiva, últimamente calificada por la doctrina como legitimación en la causa, no alude a la formación del proceso sino a los sujetos de la relación jurídico-material que en él se controvierte: constituye, como lo ha dicho la Corte, uno de los requisitos que han de concurrir para que el demandante obtenga sentencia favorable a su pretensión. Dada su naturaleza la legitimación en la causa, ya sea por su aspecto activo o pasivo, o por ambos a la vez, no constituye un presupuesto procesal y por consiguiente su falta no conduce a fallo inhibitorio, ni vicia de nulidad la actuación, sino que trae como consecuencia la desestimación de la demanda y consiguiente absolución del demandado.

3. Ciertamente, la causal de nulidad que por ilegitimidad de personería consagraba el ordinal 2º del artículo 448 del C. J., se configuraba, entre otros casos, por alguna deficiencia o informalidad del poder cuando se gestionaba por medio de apoderado. Y es igualmente cierto, según lo estatuía el artículo 255 ibídem, que en el poder se debían determinar claramente los asuntos o asunto para los cuales se otorgaba, con lo cual se demarcaba el campo de las atribuciones del mandatario judicial.

Mas, ocurre que como en el caso sub-judice el poder que el demandante confirió al abogado Alvarez Ocampo claramente determinó la naturaleza del negocio judicial, y como en el ejercicio del mandato el apoderado no extralimitó sus facultades, no se estructura el vicio de nulidad invocado. En efecto, dicho escrito dice que "confiero poder especial... para que inicie y lleve hasta su terminación juicio ordinario de mayor cuantía contra... con el fin de obtener la declaratoria de dominio de un bien inmueble urbano ubicado en este municipio..., y las demás condenas derivadas de la mencionada declaratoria, como son la restitución del citado bien, pago de perjuicios, inscripción de la demanda, condena en costas, etc.".

Si el mandante no invistió expresamente a su mandatario de facultad para impetrar las prestaciones que fluyen de la prosperidad de la acción reivindicatoria, que fue el objeto principal del encargo conferido, no puede decirse que al suplicarlas el apoderado haya rebasado la órbita de sus atribuciones, sencillamente porque tal poder va implícito por ser complemento obligado de la misión recibida, hasta el punto de que aún en el evento de que no se supliquen en la demanda, dado su carácter consecuencial deben ser decretadas de oficio por el juez.

4. Pero si todo lo anterior no fuere así, habría que observar, como desde vieja data lo viene sosteniendo la Corte en forma reiterada, que las causales de nulidad consistentes en ilegitimidad de personería de una de las partes, y en falta de citación o emplazamiento de las personas que han debido ser llamadas al juicio, no pueden ser invocadas en casación sino por quien ha estado ilegítimamente representado, o no ha sido citado o emplazado, o lo ha sido en ilegal forma, pues que estando tales motivos de invalidacion del proceso establecidos para proteger los fueros de la defensa exclusiva de éstos es a ellos únicamente a quienes corresponde el interés jurídico para hacerlas valer.

Como el recurrente en casación no es la persona que se dice no fue llamada al juicio o la que se afirma que ha estado mal representada en él, ni es representante de ésta o de aquella, el ordenamiento legal a que corresponde la doctrina antes citada proporciona fundamento suficiente para rechazar la censura.

5. Como consecuencia de lo dicho, el cargo de nulidad no prospera por ninguno de los dos aspectos por los cuales fue planteado.

Cargo segundo

1. Mediante éste se denuncia incongruencia de la sentencia de segundo grado "con las pretensiones, de la acción propuesta y de las excepciones o defensas opuestas".

2. A intento de fundar el cargo nota el recurrente que la demanda con la cual se inició el juicio, al determinar el inmueble materia de la reivindicación, discrepa con la escritura que el demandante cita como título de adquisición del dominio, porque mientras aquella dice que el predio tiene, por el extremo occidental, una extensión aproximada de 21 metros, ésta la fija en 18 metros; observa además que la sentencia de primer grado decretó la restitución del fundo en conformidad con la demanda; y asevera que el ad-quem, al advertir la falta de correspondencia entre ésta y los títulos, expresó que debía modificar el fallo apelado, lo que sin embargo no hizo en la parte resolutiva de su sentencia.

"Pero —dice la censura— es manifiesto que la proposición: 'DEBE SER MODIFICADA LA SENTENCIA', consignada en la motiva, NO SE CUMPLIO, como había de cumplirse, en la resolutoria; antes bien, OMITIOSE. Resultando, por omisión, esta concreta deficiencia, generativa del ataque, dentro del especificado motivo 2º, toda vez que la sentencia del a-quo, omitió resolver sobre punto que fue objeto del litigio, es decir: extra petita o similar; el ad-quem, lo apuntó en la expositiva, como pronunciamiento sometido a debe(r) ser modificad(a), se sobreentiende, en la resolutiva, con claridad completa; pero no lo hizo, debiendo hacerlo, obviamente".

Se considera

1. Por cuanto son las peticiones de los litigantes las que configuran la materia del debate judicial, la incongruencia como causal de casación ha de buscarse necesariamente confrontando la parte resolutiva de la sentencia, que es la que contiene la decisión del conflicto sometido a la jurisdicción, con las pretensiones deducidas en la demanda, o las excepciones propuestas por el demandado, a fin de ver si en realidad existe entre estos dos extremos falta de conformidad por cualquiera de estos tres aspectos: porque el fallo otorgue mas de lo pedido por el actor (ultra petita); porque resuelve sobre lo que no fue impetrado por éste (extra petita); o porque al decidir omita, en todo o en parte, acerca de las peticiones de la demanda o de las excepciones del reo (mínima petita).

No es por tanto de recibo el cargo de inconsonancia cuando se fundamenta en la falta de correspondencia entre la parte activa y la dispositiva del fallo, ni tampoco cuando se hace descansar en la falta de armonía entre ésta y la conclusión a que el sentenciador llega del análisis del haz probatorio; si estas últimas discrepancias existen podrán alegarse dentro de la causal primera de casación, si con ellas se incurre en violación de la ley sustancial, pero no por la causal segunda, por no estar de acuerdo con la preceptiva legal que la consagra.

2. Formulada como viene la censura que se estudia, de ser la sentencia incongruente, por no haber decidido en su parte dispositiva la parcial inconformidad existente entre la demanda y los títulos de adquisición en relación con el lindero occidental del predio materia de la reivindicación, inconsonancia advertida y expresada por el Tribunal en la parte motiva de su fallo, de ello se sigue que el cargo es improcedente y que por lo tanto debe rechazarse.

3. Mas, en la hipótesis de que lo anterior no fuere así, habría que decir que el juzgador ad-quem, contrariamente a lo sostenido por el recurrente, sí decidió en la parte resolutiva de su sentencia la reforma que en

sus motivaciones consideró necesario hacer al fallo del a-quo.

En efecto: después de notar en la parte motiva que el inmueble cuya restitución se había decretado solo tiene, según los títulos de propiedad aportados al juicio, por el costado occidental y a partir del paramento sur de la carrera 5ª de Ibagué una extensión de 18 metros, y no de 21 como se afirmó en la demanda; y de expresar que "por ende, en este sentido debe ser modificada la sentencia", dispuso en la parte resolutiva confirmar el proveído apelado "con la salvedad hecha en la última parte de esta providencia", expresión que claramente indica, por no permitir interpretación distinta, que el inmueble debe restituirse a su dueño teniendo en cuenta que por su extremo occidental solo tiene 18 metros de extensión.

4. Y si la inconsonancia se pretende deducir de que la sentencia de segundo grado concedió al demandante menos de lo pedido por éste, cabría advertir que la demandada carece de interés jurídico para impugnarla con este fundamento. "Es vano el cargo por inconsonancia —ha dicho la Corte— cuando aunque la sentencia no esté acorde con las pretensiones deducidas por la parte demandante, quien invoca la causal segunda por tal motivo no es ésta parte sino al demandado, a quien no perjudica esa inconsecuencia". (LXXIX, 855).

Cargo tercero

1. En su planteamiento se acusa la sentencia "por SER VIOLATORIA DE LA LEY SUSTANTIVA POR INFRACCION DIRECTA del Art. 2157 del C. C. y/o por indebida aplicación o falta de aplicación del propio ordenamiento, al caso del pleito, siendo aplicable y de los Arts.: 762, 764 y 769 de este cuerpo de leyes, C. C. y/o interpretación errónea de los mismos".

2. Para sustentarlo, empieza el recurrente diciendo que el Tribunal, identificándose con el juzgador a-quo, consideró que el apoderado del demandante tenía suficiente facultad "para pedir los pronunciamientos que deprecó" en la demanda, especialmente las súplicas 3ª y 4ª, muy a pesar de la ostensible deficiencia del poder conferido. Agrega que al habérsele permitido la extralimitación del mandato el sentenciador "infringió directamente el Art. 2157 y/o lo aplicó indebidamente, dejando de aplicarlo al caso del pleito, siendo aplicable, y/o lo interpretó en forma errónea". A través de este quebranto, añade el censor, "vino a incurrir en idéntico vicio, acerca de los artículos 762", que consagra la presunción de dominio a favor del poseedor, y del 769 "consagratorio de la presunción legal de la buena fe asistente de la poseedora con justo título".

Se considera

1. Reiteradamente lo ha sostenido la doctrina de la Corte que la causal primera de casación, que surge siempre del quebranto de la ley sustancial, contempla tres formas de violación: falta de aplicación, aplicación indebida e interpretación errónea. Ocurre la primera cuando el sentenciador deja de aplicar el precepto legal al punto controvertido, debiendo haberlo aplicado al caso; se produce la segunda cuando, entendida rectamente la disposición, se la aplica a un hecho o a una situación no regulada por tal norma; y sucede la tercera cuando el Tribunal, independientemente de la cuestión de hecho que se debate, elige la disposición pertinente pero yerra al determinar el sentido o alcance de la misma.

Por cuanto cada una de estas tres formas de violación de la ley sustancial emana de fuentes distintas, cabe afirmar, como también lo ha dicho la Corte, que por tratarse de tres maneras diversas y aun contradictorias de infringir la ley sustancial no pueden producirse simultáneamente, ni, por ende, invocarse a la vez en el mismo cargo respecto de una misma norma. Mal puede, en efecto, haberse interpretado equivocadamente un precepto legal que no fue aplicado, ni aplicada indebidamente una norma que aunque no fue rectamente entendida sí regula el caso litigado.

2. Formulado como viene el cargo que se estudia, por ser la sentencia violatoria de la

ley sustancial, artículos 2157, 762, 764 y 769 del C. C. "POR INFRACCION DIRECTA y/o por indebida aplicación o falta de aplicación ... y/o interpretación errónea", de ello resulta que es inepto, porque quedaría al criterio de la Corte la elección del concepto de la violación, lo que técnicamente es inadmisibe.

Por lo dicho, se desestima el cargo.

Cargo cuarto

1. En su planteamiento se denuncia el quebranto indirecto de los artículos 946, 947, 961, 962, 963, 964 del Código Civil, por aplicación indebida, y de los preceptos 762, 765, 769, 965, 966 **ibídem**, por falta de aplicación, como consecuencia de errores de hecho que aparecen de modo manifiesto en los autos, provenientes de errónea apreciación de algunas pruebas y falta de apreciación de otras.

2. Entre las pruebas apreciadas erradamente por el Tribunal, señala el censor las siguientes: a) la escritura Nº 1818 de 16 de septiembre de 1953, Notaría 2ª de Ibagué, mediante la cual el demandante compró a Ricardo Buitrago Casas las mejoras existentes en un solar perteneciente a ese municipio, "ubicado en el paramento sur de la carrera 5ª, entre calles 39 y 40"; b) la escritura número 538 de 21 de marzo de 1955, otorgada en la misma Notaría, mediante la cual David Santana compró al municipio de Ibagué, en mayor extensión, el predio que se reivindica; c) la demanda con la cual se inició este juicio; d) la inspección ocular practicada el 13 de diciembre de 1966 dentro del juicio posesorio instaurado por el aquí demandante contra Buenaventura Huertas y otros; e) la inspección judicial practicada en la primera instancia del presente proceso, el 17 de septiembre de 1968; y f) el dictamen de los peritos que en ella intervinieron.

Y entre las pruebas que en concepto del recurrente no fueron consideradas por el sentenciador, señala las siguientes: a) la escritura número 595 de 23 de abril de 1966, otorgada también en la Notaría 2ª de Ibagué, mediante la cual Buenaventura Huertas enajenó a título de venta a favor de la aquí demandada un predio urbano en esa ciudad; b) el certificado número 836, expedido en mayo de 1966 por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de esa ciudad; y c) las resoluciones números 1277, 594 y 413, de fechas 7 y 15 de diciembre de 1965 y 10 de junio de 1966, mediante las cuales el municipio concedió licencia a Carmen Leguízamo Romero y a Graciela Leguízamo para la construcción que en ellas se detalla.

Asevera el impugnante que si el ad-quem hubiera apreciado correctamente las primeras pruebas indicadas y no hubiese omitido considerar las demás, habría llegado a la conclusión que no estaban acreditados los presupuestos estructurales de la acción reivindicatoria, especialmente los referentes a la singularización del inmueble pretendido por el actor y su identidad con el que es poseído por la demandada; y que, como consecuencia, habría negado las súplicas de la demanda.

3. En la tarea de examinar las pruebas el impugnador comienza cotejando las alindaciones consignadas en las dos primeras escrituras citadas y las descritas en la parte petitoria de la demanda. A renglón seguido, refiriéndose a la escritura número 538, dice que ella "describe la propiedad y deslinda en desacuerdo y discordancia con la descripción y lindes, que indica el libelo demandador, y, en todo caso, sin señalar punto preciso, inconfundible para comenzar la mensura, dentro de la vasta extensión lineal preexistente, de la carrera 5ª entre calles 39 y 40"; afirma que tampoco la escritura número 1818 "indica en qué punto comienza la mensura del frente en la car. 5ª, entre calles 39 y 40, ni en cuál punto fina. El costado occidental, —agrega— tampoco colinda con el demandante, como hace aparecer en su libelo, ni mide 21 metros: tan solo 18 lineales ... El libelo demandador, señalatorio de finca urbana, en casi todos sus costados y dimensiones discordantes e incoherentes con descripción, y lindes, y dimensiones, prefijadas en las dos escrituras solemnes: pero, de manera notoria, ostensible, manifiesta, cuanto el lado OCCIDENTAL del po-

lígono, también imposible de singularizar e identificar".

Refiriéndose a la inspección judicial practicada en diciembre de 1966, dentro del juicio posesorio que con antelación al presente siguió David Santana contra Carmen y Graciela Leguízamo y Buenaventura Huertas, expresa el censor que como en ella se alindó el inmueble singularizado en la escritura número 538, pero no el descrito en la demanda que es el que constituye el objeto de esta litis, tal probanza "se mantuvo y persevera distante de identificación del bien en procesamiento de dominio"; y que, "por otra parte, trátase de diligencias trasladada de otro juicio, que no se puede estimar como prueba en éste, por no haber sido decretada y practicada con citación de la contraparte".

Emprende luego el recurrente el estudio de la inspección judicial practicada en la primera instancia de este proceso, para afirmar que también "está distante, de comprobar los extremos de identificación y singularización, acerca del inmueble que se pretende reivindicar", puesto que en ella el juez expresó haberlo identificado pero sin "indicar el punto de arranque de la mensura sobre la carrera 5ª", y además advirtió la discrepancia de la extensión lineal de su costado occidental. Añade que allí se deslindó el lote sobre el cual construye la demandada, "pero con alindación arbitraria, extraída de la troje del juzgador pedáneo, no cita el origen, que otro no puede ser, ni es que la escritura solemne de adquisición de la demandada".

En seguida, aludiendo al dictamen de los peritos Carlos J. Lozano, Arturo Villamil y Jesús Mario Palacio asevera el censor, luego de transcribir apartes de esta pieza, que los dos primeros, después de haber conceptuado inicialmente que era imposible determinar si el fundo ocupado por Carmen Leguízamo corresponde o no a parte del que pretende reivindicar el demandante, a través de aclaraciones a su experticio contradijeron su primitiva conclusión, sin dar explicación satisfactoria; y que el Tribunal acogió la corrección sin considerar la manifiesta y ostensible contradicción existente entre ella y la peritación inicialmente rendida.

4. Al desenvolver el cargo por el segundo aspecto dice el impugnante que ninguno de los documentos acompañados por la demandada al escrito de contestación fueron apreciados por el sentenciador; que si no hubiera omitido considerar la escritura pública número 595 de 23 de abril de 1966, mediante la cual aquella compró la finca urbana sobre la cual edificó, el certificado respectivo expedido por el Registrador y la copia de las resoluciones mediante las cuales se le concedió licencia de construcción, habría llegado a conclusión diferente, es decir, a no tener por demostrada "la identidad, singularización del inmueble, lo mismo que la posesión de idéntica finca, por la demandada".

5. Rematando la formulación de la censura apunta el recurrente que "la ausencia de lindes idóneas a configurar cuerpos ciertos", no permite saber con certeza si el predio ocupado por la demandada está comprendido dentro del contenido especial del que el demandante alega ser suyo; que por consiguiente "subsiste comunidad sobre el globo de tierra general, solucionable por juicio previo de deslinde; o de partición, toda vez que los títulos justos de los actuales dueños de cuota, provienen de común antecesor en su dominio y posesión: David Santana G., actual osado demandante".

Se considera

1. Repetidamente lo tiene dicho la jurisprudencia que la impugnación por error de hecho tiene que concretarse a establecer que el sentenciador ha supuesto una prueba que no obra en los autos o ha ignorado la presencia de la que sí está en ellos, hipótesis éstas que por imperativo lógico comprenden la desfiguración del medio probatorio, bien sea por adición de su contenido (suposición), o por cercenamiento del mismo (preterición). Incumbe por consiguiente al censor puntualizar cada uno de estos yerros y mostrar su evidencia, para que quede así de manifiesto que la conclusión sobre la cuestión de hecho a que llegó el Tribunal por

virtud del desacierto en la apreciación de las pruebas, no corresponde a la realidad fáctica establecida por ellas.

Mas si el sentenciador —lo ha dicho también exhaustivamente la Corte— contempla una prueba tal como se ofrece en el proceso, pero en el ejercicio del poder discrecional de apreciación de que se halla investido le da una interpretación que no repugna a su texto y tiene, por ende, como demostrado un determinado hecho mejor que otro, no puede decirse entonces que haya incurrido en un error de hecho trascendente en casación, porque el yerro de esta clase ha de ser evidente, y esa evidencia no se da cuando la interpretación del Tribunal no es ilógica ni arbitraria. En tal evento ha de respetarse la interpretación del fallador, no solo porque llega cobijada por la presunción de acierto, sino porque se ampara en la discreta autonomía que al juzgador de instancia le reconoce la ley, razones por las cuales no puede ser variada en el recurso extraordinario.

2. En el caso de este juicio el ad-quem analizó el acervo probatorio aportado al proceso, y dedujo que todos los presupuestos esenciales de la acción de dominio se encuentran presentes. Por consiguiente despachó favorablemente al demandante las súplicas impetradas en su demanda.

La acusación se presenta por razón de que el sentenciador habría incurrido en su fallo en manifiestos errores de hecho, por apreciación errónea de las pruebas aducidas por el demandante y falta de apreciación de algunas de las aportadas por la demandada, lo que lo habría conducido a afirmar que el bien materia de la reivindicación sí está singularizado; que hay identidad entre éste y el que es poseído por la demandada; y que ésta es la poseedora material de aquel.

3. El recurrente, en el deber de demostrar los ostensibles errores que por indebida apreciación de la prueba imputa al Tribunal, se ocupa primeramente en el análisis de las escrituras Nos. 1818 de 16 de septiembre de 1953 y 538 de 21 de marzo de 1955, cotejando su contenido en cuanto a linderos descritos en ellas con los que determina la demanda, y en el de la inspección judicial practicada el 17 de septiembre de 1968 durante el trámite de la primera instancia de este juicio, para afirmar que como hay discrepancias de alindaciones entre los primeros documentos y no se deslindó en la ocular el fundo pretendido por el demandante, no existe su singularización, ni la identidad entre él y el que es poseído por la demandada. Mas, en lo que toca con estas pruebas no aparece que el sentenciador las hubiera visto de modo distinto a como obran en el proceso, ni que les hiciera decir lo que ellas no rezan, o les hubiese cercenado su verdadero contenido.

En efecto. Al considerar el presupuesto "cosa singular reivindicable", dice el Tribunal que según la demanda "se trata de un inmueble determinado por linderos precisos", con los cuales se identificó en la inspección judicial. Porque si bien es cierto que los títulos escriturarios citados no coinciden íntegramente, en cuanto a los linderos que ellos describen, con los que la demanda indica en su parte petitoria, lo cual es obvio ya que ellos deslindan el predio del cual fue segregado el que ésta determina y lógicamente no es lo mismo el todo que la parte, también es verdad que el sentenciador sí advirtió tal discrepancia, pues al referirse al "dominio del actor" sobre el bien de la litis expresó que lo acreditan los títulos mediante los cuales había adquirido en mayor extensión.

De otra parte, en la inspección judicial, a más de haberse dejado testimonio que en el predio objeto de la controversia se encontró a la demandada quien allí expresó poseerlo por ser suyo, el personal de la diligencia comprobó los linderos de las diferentes parcelas en que se dividió y se subdividió el inmueble inicialmente comprado por el demandante, alindaciones todas que coincidieron con las referidas en la parte expositiva de la demanda y por tanto con las respectivas escrituras públicas. Los fundos identificados fueron: a) "El inmueble de que trata la demanda"; b) El adquirido inicialmente por David Santana al municipio de Ibagué; c) La parte de éste que, ubicada en su costado occidental, el demandante vendió a

Eleázar Orozco; d) La porción que se reservó el vendedor después de la anterior enajenación; y e) La parte de ésta que, situada en su extremo oriental, ocupa la demandada, la cual coincide exactamente con la que la demanda determina.

4. Es manifiesto también que el sentenciador leyó en el concepto rendido por dos de los peritos lo que ellos esencialmente dijeron al aclarar el dictamen inicialmente presentado, y que advirtió el sentido contrario de las conclusiones a que llegaron en éste y en aquel. Así, al estudiar esta prueba dice que "si bien, en un principio, los tres peritos manifestaron la imposibilidad física para determinar la identidad del bien objeto del litigio —folio 65 del cuaderno Nº 3— posteriormente los peritos Lozano y Villamil", concordemente expresaron que "la construcción hecha por la demandada está en parte del lote que se reservó el Sr. David Santana", que es exactamente la conclusión a que llegaron estos expertos y que el Tribunal transcribe en su sentencia.

Además, el dictamen primeramente presentado en conjunto por todos los tres peritos que intervinieron en la inspección ocular trae la misma conclusión, a pesar de que sus autores expresan tener imposibilidad física para la identificación. "Como en la venta —dicen— que el municipio de Ibagué le hizo a David Santana, aparece que por el costado 'oriental en recta de 21.30 colinda con Leonidas Pulido', y teniendo en cuenta la manifestación hecha por Pedro A. Vásquez, de haber comprado el lote que reclama, del citado Pulido, los peritos tomamos esta información, para establecer la alinderación —sobre el terreno—, del lote correspondiente a Santana García, apareciendo en consecuencia, que la posesión material que tiene y ejercita Carmen Leguízamo, está dentro del citado, lote, con un área de 117 metros cuadrados". Todo lo cual indica que lejos de desfigurar el real contenido de dicha prueba, haciéndola decir lo que ella no dice o dejando de ver lo que la misma expresa, la apreció debidamente el Tribunal y que, por consiguiente, no cometió el error fáctico que la censura le atribuye.

5. La crítica que el censor hace contra la apreciación del ad-quem referente a la inspección ocular practicada en diciembre de 1966, dentro del juicio posesorio seguido con anterioridad al presente, y a la peritación que en aquel se produjo, también resulta improcedente por las siguientes razones:

a) Porque el Tribunal tomó en cuenta dichos medios solo como circunstancia corroborante de lo que ya había dado por establecido con apoyo en la otra inspección judicial y el otro dictamen pericial. Y si lo apreciado por el fallador con base en estas dos pruebas ha quedado en pie, nada significaría que el respaldo adicional hallado en aquellas estuviera afectado de error; b) Porque para el efecto dicho el sentenciador consideró aquellos medios no como inspección ocular ni como dictamen, sino como indicios del hecho de la identificación. Entonces, el error que se comenta tendría que haberse montado en el campo de la prueba indiciaria; y c) Porque si la censura se edifica con fundamento en que por tratarse de prueba trasladada no podía ameritarse sin antes someterla a ratificación, el yerro posible del ad-quem sería de derecho y no de hecho, puesto que con tal conducta estaría quebrantando las normas de disciplina probatoria y no alterando la objetividad misma de la prueba en el proceso.

6. No menos infundado se ofrece el cargo por el error evidente de hecho que el impugnador hace derivar de la no apreciación por el Tribunal de la prueba documental aportada por la demandada al contestar la demanda. Porque todo el contenido del fallo indica que el sentenciador sí consideró la prueba documental referida, y que fue sobre los resultados del cotejo que hizo de ella con la aducida por la contraparte que edificó su decisión. "De otra parte —dice en efecto la sentencia impugnada—, las pruebas aportadas por la parte demandada no tratan de desvirtuar el elemento que se viene estudiando, sino que demuestran, de un lado, la propiedad de la señora Carmen Leguízamo sobre un inmueble —escritura 617 de abril 24 de 1958—, y de otro, que el lote que compró esta señora y los adyacentes estaban abandonados". Y para refutar la alegación

de esta parte, consistente en sostener que tanto su posesión inscrita como la material son mejores que las del demandante, dice el fallador: "se observa: que en la posesión inscrita la demandada es causahabiente del demandante, por lo cual es mejor la de éste, y que la material empezó a ejercerla al tiempo con la inscrita".

El sentido del fallo indica que si el sentenciador no mencionó concreta y expresamente la escritura número 595 de 25 de abril de 1966, sí la apreció como prueba. No se trata, por consiguiente, de que hubiese dejado de ver la prueba, sino de que, al valorarla, no le reconoció eficacia para desvirtuar el derecho alegado por el demandante, que es cosa bien distinta.

Y si, como también lo ha dicho la Corte, no siempre que el Tribunal deja de apreciar pruebas incurre en error de hecho, pues es indispensable que por su falta de apreciación llegue en el fallo a conclusiones contrarias a la legal, habría que decir, en el supuesto de que el ad-quem no hubiere visto la existencia en los autos de las resoluciones de licencia de construcción y de pago de algunos impuestos, que tales documentos, por aludir a actos posesorios ejecutados por la demandada sobre el bien materia de esta controversia, refuerzan la conclusión a que llegó el Tribunal.

7. Síguese de todo lo dicho que el cargo es infundado y que, por lo mismo, debe rechazarse.

Cargo quinto

1. Mediante él se denuncia el quebranto indirecto de los artículos 762, 765, 769, 946, 947, 965, 966 del Código Civil, por falta de aplicación, y de los preceptos 961, 963, 964 ibídem, por aplicación indebida, proveniente del error de derecho en que habría incurrido el Tribunal al otorgarle pleno valor probatorio al segundo experticio rendido por los peritos Carlos J. Lozano y Arturo Villamil. Como violación medio cita la censura el artículo 722 del Código Judicial.

2. Al desenvolver este cargo advierte el impugnador que inicialmente los tres peritos designados conceptuaron, de común acuerdo, que existía imposibilidad física para identificar el predio cuya restitución persigue el demandante; que luego dos de ellos, Carlos J. Lozano y Arturo Villamil, en "amañada" aclaración, contradicen su concepto inicial; y que el ad-quem le confiere pleno valor probatorio al segundo experticio, "producido en abierta contradicción con el primero", violando así el artículo 722 del C. J.

"Cuanto a los dos instrumentos contradictorios entre sí, —dice el censor— pertenecientes a una misma naturaleza: la pericia, pero disminuída hasta el físico suelo, en razón de violar el principio universal de contradicción: **una cosa no puede ser y no ser, al propio tiempo**, sancionado por el Art. 651 del C. de P. C., apagó el mecho de valor probatorio, reconocido contra legem por la sentencia de segunda. En efecto: ¿qué valor puede conservar un experticio integrado por extremos, que se excluyen y arruinan entre sí?".

Se considera

1. El resumen que se ha hecho del fallo acusado, evidencia que el Tribunal sentenciador dedujo la identidad del predio materia de la litis, no solo del dictamen de los peritos Lozano y Villamil rendido en la primera instancia del proceso, sino también de la inspección judicial practicada en éste, de la realizada en el juicio posesorio anteriormente seguido entre los aquí querellantes y del experticio rendido en éste.

El cargo que aquí se considera, como aparece del extracto que en lo fundamental se ha hecho de él, ataca la consideración que el ad-quem hizo de la primera peritación, pero omite atacar los otros medios que también tuvo en cuenta el fallador para sustentar su conclusión. Si, como lo tiene dicho la jurisprudencia, la acusación de un fallo por error de hecho manifiesto o por yerro en la valoración de pruebas no puede prosperar cuando se refiere a una o algunas, si

las demás constituyen soporte suficiente de la decisión, debe seguirse que la censura no puede prosperar por no ajustarse a la técnica del recurso extraordinario.

2. Pero haciendo abstracción del defecto de técnica dicho, la Corte al entrar al estudio de fondo de la censura encuentra que no incurrió en error de derecho el sentenciador al atribuir pleno valor probatorio al concepto de dos de los tres peritos, expresado en el escrito de aclaración al dictamen inicial.

En efecto. Dentro de las formalidades establecidas por la ley para que la prueba pericial cumpla la función civil que le es propia, se enlista el traslado que de ella debe darse a las partes, puesto que solo en virtud de él pueden éstas ejercitar cabalmente el derecho de vigilancia al tener, dentro del lapso de su duración, oportunidad de controvertirla.

La ley ha otorgado a los litigantes derecho para pedir, dentro del referido traslado del dictamen, que los peritos lo expliquen, amplíen o aclaren en caso de ser oscuro o deficiente, con el fin de complementar la prueba purgándole de dudas o deficiencias, o para darle mejores fundamentos. Por lo mismo, también corresponde oficiosamente esta facultad al juez; y aún, por estar de acuerdo con la naturaleza y el fin de este medio de convicción, como lo ha dicho la Corte, pueden ejercerla motu proprio los peritos ya que ningún texto legal se lo prohibe.

Como la aclaración o ampliación del dictamen no constituye un nuevo peritaje sino parte integrante o complemento del concepto inicialmente rendido, formando con éste un solo todo, así sea que mediante ella el perito modifique o rectifique, y aún contradiga sus primeras conclusiones, no incurre en yerro de valoración legal el sentenciador que encontrándola uniforme, explicada y debidamente fundamentada atribuye pleno mérito demostrativo a la aclaración que hagan dos peritos, prescindiendo de lo que inicialmente en sentido contrario ellos hayan afirmado.

Se rechaza pues este cargo.

IV

Resolución

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de once (11) de marzo de mil novecientos setenta (1970), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en este juicio ordinario.

Las costas del recurso son de cargo de la parte recurrente.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

FILIACION NATURAL

Nulidades procesales. — La actuación de abogado suspendido es punible pero no invalida.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la demandante contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 17 de septiembre de 1970, en el juicio ordinario instaurado por Adelia Gutiérrez contra Neftalí y Diomedes Forero Castro, como herederos de Rubén Forero Castro.

I

El litigio

1. La citada Adelia Gutiérrez demandó ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Tabio a "la sucesión" de Rubén Forero Castro, "representada" por sus hermanos legítimos Neftalí y Diomedes Forero Castro, a efecto de que se declarase que la demandante es hija natural del causante para todos los efectos legales, y que como tal tiene derecho a la herencia de éste con exclusión de los demandados.

2. Los hechos que en su demanda cita como constitutivos de la causa petendi, pueden sintetizarse así:

Que Rubén Forero Castro, fallecido en esa ciudad en 1968, sostuvo relaciones sexuales estables y notorias durante siete meses continuos, a partir del mes de mayo de 1945, con Ana Adelina Gutiérrez, en la vereda de "Riofrío Occidental" del municipio de Tabio; que fruto de esas relaciones fue el nacimiento de la demandante, ocurrido el 13 de mayo de 1946 en ese lugar; que desde entonces aquel reconoció a ésta como hija suya, la presentó en esa condición a sus familiares y relacionados, por lo cual los vecinos de la región siempre han considerado a Adelia como hija de Rubén; y que a su muerte solo le sobrevivieron, como colaterales suyos, las personas demandadas, a quienes se ha reconocido como herederos en el juicio de sucesión.

3. Los demandados, por conducto del abogado Tulio Escobar García a quien confirieron poder, contestaron la demanda oponiéndose a las pretensiones de su demandante y negando todos los hechos en ella invocados.

Trabada así la relación jurídico-procesal el juzgado del conocimiento, a la sazón lo era el civil del Circuito de Zipaquirá, le puso fin a la primera instancia con sentencia de 10 de marzo de 1970, mediante la cual denegó las súplicas de la demanda.

4. Por apelación interpuesta por la demandante el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, en fallo de 17 de septiembre siguiente confirmó el apelado, impuso las costas al apelante y ordenó investigar penalmente "la conducta del doctor Tulio Escobar García".

II

Motivación del fallo impugnado

1. Concretándose al examen de la nulidad por ilegitimidad de personería que para el proceso solicitó en su segunda instancia la

parte demandante, fundándola en la sanción de suspensión del ejercicio de la profesión que se había impuesto al abogado que inicialmente actuó como apoderado de los demandados, el Tribunal luego de transcribir algunas jurisprudencias de la Corte respecto al interés jurídico de los litigantes para suplicar las nulidades procesales, dice que "si se pudiera hablar de indebida representación de la parte demandada, solo a esta parte le sería viable la impetración de la nulidad, por cuanto la razón jurídica no es otra que la violación del derecho de defensa.

"Empero, —agrega el sentenciador— como quiera que la nulidad está planteada por la parte contraria y la Sala no encuentra asidero legal para darle despacho favorable, toda vez que la parte directamente mal representada al decir del recurrente, ha consentido dicha representación, todo lo cual hace innocuo un trámite distinto al del pronunciamiento de mérito que corresponde realizar".

2. Expresa en seguida el fallador que como no encuentra reparo para formular a los presupuestos del proceso, debe proferir sentencia de mérito, la cual tiene que ser desestimatoria de las pretensiones de la demandante, por cuanto ésta "hizo gala de una absoluta inactividad atinente a la producción de pruebas para acreditar la causa petendi".

3. Advierte el ad-quem, finalmente, que como el abogado Tulio Hernán Escobar García carecía de habilidad para ejercer la profesión en el momento de asumir la representación de los demandados, se impone ordenar que la justicia penal investigue si su conducta implica la comisión de un delito.

III

La demanda de casación

1. Contra la sentencia de segundo grado interpuso la demandante el recurso de casación. En su demanda le formula un solo cargo, con fundamento en la causal 4ª del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, entonces vigente.

2. Estima la recurrente, apoyando su aserción en lo previsto por el numeral 2º del artículo 448 del C. J., que el proceso se halla viciado de nulidad por ilegitimidad de la personería en el apoderado de los demandados, vicio que hace consistir en que el abogado Tulio Escobar García, quien en la primera instancia llevó la representación judicial de ellos, tenía entonces suspendida, por decisión judicial firme, la facultad de ejercer la profesión. En consecuencia solicita que la Corte, previa la infirmación del fallo impugnado, declare la nulidad del juicio, a partir de la contestación a la demanda.

3. En desarrollo del cargo la censora, después de advertir que en juicio de la naturaleza del presente es necesaria la intervención de abogado titulado e inscrito por imperativo de la Ley 69 de 1945, nota que según lo evidencian los autos el doctor Tulio H. Escobar García, a pesar de tener suspendido desde el 11 de marzo de 1959 el derecho a ejercer la abogacía por dos años, representó sin embargo en el proceso a los demandados puesto que en su nombre contestó la demanda, sustituyó el poder, lo reasumió luego para solicitar concesión de término probatorio, y, además presentó alegato de conclusión.

Afirma en seguida que según la teoría general del derecho procesal hay "tres categorías de actos jurídicos ineficaces: el máximo que corresponde a la inexistencia del mismo; el medio que equivale a la nulidad absoluta, y el mínimo que viene a ser la nulidad relativa"; que como en el presente caso el proceso es "inexistente jurídicamente, puesto que se aceptó la actuación de un representante judicial inhábil, carente de la facultad de provocar la actividad jurisdiccional", el Tribunal, al desconocer interés jurídico a la demandante para impetrar la declaración de invalidación del juicio, llegó hasta "darle validez a las actuaciones de una persona carente de la facultad intrínseca de representar a otro. Si por la falta absoluta de presentación —agre-

ga— no existe juicio en derecho, sobre el levantado en tales condiciones era imposible jurídico levantar una sentencia que le diera culminación".

4. Concretándose al aspecto de la legitimación de los litigantes para impetrar la nulidad consagrada por el ordinal 2º del Art. 448 del C. J., dice la recurrente, después de citar algunas doctrinas de la Corte, que con aplicación del principio nemo auditur propriam turpitudinem allegens, debe concluirse que la persona que realiza el acto nulo, sabiéndolo y conociéndolo, como quien acepta asumir la defensa siendo inhábil para ello, "no tiene disyuntiva entre escoger sus efectos, aceptarlos si le son favorables, o rechazarlos, si le son desfavorables"; añade que "si al autor de la torpeza no le está permitido alegar su propia inmoralidad, sí le es, a la parte contraria que ha obrado de buena fe y lealmente".

Concluyendo la formulación del cargo la censura transcribe algunas jurisprudencias de la Corte, en las cuales la corporación sostiene que la nulidad por ilegitimidad de personería no puede ser alegada ni durante las instancias del juicio, ni como motivo de casación "por el mismo representante cuyo título no ha sido conferido en debida forma o se ha encontrado deficiente".

IV

Consideraciones de la Corte

1. Las nulidades procesales, que consisten en las irregularidades, vicios u omisiones de transcendencia tal que afecten la validez de los procedimientos establecidos por la ley como camino necesario para alcanzar la efectividad de los derechos subjetivos, encuentran su fundamento en el desconocimiento de las bases de la organización judicial o de los postulados atinentes a la defensa de los litigantes.

2. El Código Judicial de 1931, vigente cuando se interpuso el recurso extraordinario que aquí se decide y por tanto cuando se inició este juicio, destinaba todo el Capítulo VII del Título XIII de su Libro 2º a reglamentar la materia de las nulidades procesales. Lo integraban las normas que señalaban las causas de nulidad en todos los juicios y en algunos especiales, así como las que determinaban las oportunidades para alegarlas, la forma de declararse y sus consecuencias.

El legislador de entonces, como también lo hizo el del año de 1970, adoptó como principio básico en esta materia el de la especificidad, según el cual no hay defecto capaz de estructurar nulidad adjetiva sin ley que expresamente la establezca. Por cuanto se trata de reglas estrictas, no susceptibles del criterio de analogía para aplicarlas, las causales de nulidad, ora se trate de las generales para todo proceso, o ya de las especiales para algunos de ellos, son pues limitativas y por consiguiente no es posible extenderlas a informalidades diversas.

3. El ordinal 2º del artículo 448 del C. J. elevaba a la categoría de nulidad general "la ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes, o en quien figure como su apoderado o representante", cuya razón de ser está en violación del derecho de defensa que como garantía fundamental establece la Constitución Nacional.

Como la ley no ha consagrado la nulidad por mero prurito formalista, sino con el fin de proteger los derechos vulnerados con la ocurrencia de la irregularidad, la ilegitimidad de la personería en quien figuraba como apoderado judicial, constitutiva de nulidad, no podía hallarse sino en los casos en que quien así actuaba no tenía poder, o el conferido adolecía de alguna deficiencia o informalidad. Solo en estos casos podía quedar cercenado o desconocido el derecho de defensa de los intereses de la respectiva parte y consiguientemente la nulidad venía a cumplir su objetivo propio.

Cuando el abogado que actúa en juicio como apoderado de una de las partes con-

tendientes tiene suspendido el derecho de ejercer la profesión, es indudable que lo hace ilegalmente, desde luego que esa intervención implica el quebranto de una prohibición impuesta por autoridad competente con el propósito de mantener a tono el sentido ético de la abogacía. Su ilegal conducta reclamará sanción disciplinaria para él y para los funcionarios que la hayan permitido; comprometerá la responsabilidad civil y penal del profesional, pero no puede producir la invalidez de los actos procesales ejecutados, puesto que la nulidad tiene que fundarse solamente en informalidades cuya ocurrencia origine lesión al derecho de alguna de las partes, y con tal ocurrencia este menoscabo no lo sufre ni el litigante a cuyo nombre actúa el abogado suspendido, ni mucho menos su adversario.

4. El conjunto de las normas reguladoras de la teoría de las nulidades procesales, contenidas en el referido Código Judicial, permitía poner de manifiesto que fue voluntad del legislador la de que, por regla general, todo lo concerniente a dicha materia se discutiera y decidiera dentro del proceso en que habían ocurrido. Solo excepcionalmente, tratándose de las causales por falta de citación o emplazamiento en la forma legal o por ilegitimidad de la personería, autorizaba que se alegaran y declararan en otro juicio, por vía de acción o de excepción cuando se estaba ejecutando la sentencia.

Para alcanzar la meta fundamentalmente perseguida dicho estatuto establecía tres medios. Consistía el primero en la facultad conferida al juez para poner en conocimiento de las partes la nulidad advertida, con el objeto de invalidar lo actuado si la causal no se allanaba, o de declararla de plano si era inallanable (Art. 455). Estribaba el segundo en el derecho consagrado para que las partes pidieran por la vía incidental, "en cualquier estado del juicio, antes de que se dicte la sentencia", la declaración de las nulidades que afectaban la actuación (Art. 456). Y radicaba el tercero en la autorización que se concedía a las partes para alegar las nulidades generales como causal de casación, siempre que no hubieren sido saneadas.

5. Dentro de los principios que gobernaban el régimen de las nulidades procesales se enlistaban además, como también lo hace hoy el estatuto procedimental vigente, el de la protección y el de la convalidación. Fúndase el primero en la necesidad de consagrar la nulidad con el fin de proteger a la parte cuyo derecho le fue cercenado por causa de la irregularidad; y consiste el segundo en que la nulidad, salvo contadas excepciones, desaparece del juicio por efecto del consentimiento expreso o implícito del litigante perjudicado con el vicio.

El consentimiento expreso como medio para sanear o convalidar una actuación viciada de nulidad, en tratándose de ilegitimidad en la personería del apoderado, lo consagraba el artículo 450 del C. J., en su ordinal 3º, al preceptuar que no se estructuraba "cuando, aunque el poder no sea bastante, la parte interesada o algún apoderado o representante legal suyo ratifica lo actuado"; y el saneamiento por consentimiento implícito lo preveía también esa disposición en su numeral 4º.

6. Consistiendo la causal cuarta de casación, según lo que estatuía el artículo 52 del Decreto 528 de 1964, esencialmente igual a lo que al respecto prevé el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil hoy vigente, en "haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el artículo 448 del Código Judicial, siempre que la nulidad no haya sido saneada de conformidad con la ley", se impone aceptar que en este recurso extraordinario es improcedente acusar la sentencia del Tribunal invocando irregularidades no constitutivas de nulidad general, o alegando los defectos procesales que a pesar de tener esta naturaleza han sido saneados por el consentimiento expreso o tácito del litigante afectado con ellos.

7. De acuerdo con lo atrás expuesto debe concluirse: a) que la ilegitimidad de la personería alegada no se tipifica en este caso porque el apoderado constituído por los demandados actuó en la primera instancia del proceso con poder que formalmente no tiene deficiencia; b) que como durante el trámite de la segunda instancia sus mandan-

tes expresaron, en escrito por ellos presentado personalmente, ratificar las actuaciones de aquel, "especialmente en cuanto pueda considerarse como leve o insignificante mala representación en nuestro favor", la nulidad alegada, en el evento de configurarse, se habría saneado y por ende no estructuraría causal de casación; y c) que si existiere, su invocación por la demandante sería improcedente por no ser ella la persona que se dice estuvo mal representada en el juicio, conforme a la doctrina exhaustivamente expuesta por la Corte al respecto.

Por lo dicho, se desestima el cargo.

V

Resolución

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha diecisiete (17) de septiembre de mil novecientos setenta (1970), proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Las costas del recurso son de cargo de la recurrente.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

PROPIEDAD HORIZONTAL

En la escritura de venta de un departamento no es esencial insertar el reglamento de copropiedad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, veintidós de octubre de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor José María Esguerra Samper).

Arturo Wilches Navas y Fanny Lugo de Wilches demandaron por la vía ordinaria al Instituto de Crédito Territorial para que se hiciesen las siguientes declaraciones:

1. "Que es nula, de nulidad absoluta, la escritura pública número 3076 de julio 8 de 1961 de la Notaría 10ª de Bogotá, en la cual aparece contenido un contrato de compraventa según el cual el Instituto de Crédito Territorial vende a los demandantes el apartamento número 102, entrada 2, del Edificio A-1 del Centro Urbano Antonio Nariño (CUAN) en propiedad horizontal...;

2. "Que es igualmente nulo, de nulidad absoluta, el correspondiente registro...";

3. "Que, como consecuencia de las dos declaraciones precedentes y de los términos de la Ley 143 de 1959, el Instituto de Crédito Territorial debe ser obligado a suscribir una nueva escritura, dentro del tercer día de ejecutoriada la sentencia, escritura que deberá llenar los requisitos contemplados en las Leyes 182 de 1948 y 143 de 1959, en relación con el apartamento mencionado, propiedad horizontal y precios de costo".

Los hechos afirmados en la demanda se resumen así:

A. Que el Instituto de Crédito Territorial vendió a los actores, mediante la escritura cuya nulidad se impetra, el apartamento en ella mencionado;

B. Que en la cláusula cuarta de tal instrumento, el Instituto "declara hacer la venta en propiedad horizontal, pero no solicitó ni obtuvo de la Secretaría de Obras Públicas del Distrito Especial la autorización administrativa correspondiente para poder constituir el Centro Urbano Antonio Nariño bajo el régimen de la propiedad separada de pisos y apartamentos de un mismo edificio";

C. Que no obstante esa omisión, el Notario 10º de Bogotá autorizó la mencionada escritura y el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del mismo Circuito la registró;

D. "Que la Ley 182 de 1948, en su artículo 19 prohibe a los Notarios y Registradores, en su orden, pasar y registrar escrituras públicas sobre constitución y enajenación de bienes en propiedad horizontal sin que se acompañen, para su protocolización conjunta, el acto administrativo de autorización y el reglamento de copropiedad respectiva. Tales omisiones acarrean como sanción la nulidad absoluta del acto por mandato del artículo 1741 del Código Civil relativo a la omisión del requisito para la confección de un acto o contrato".

E. "Que la Ley 143 de 1959 estableció una prelación a favor de los antiguos inquilinos del CUAN que cumplieran sus requisitos, para la adjudicación. Los demandantes llena-

ron a satisfacción tales requisitos por cuya razón se les adjudicó y tienen derecho a que se les corra la escritura de venta en la forma legal y el costo".

El fallo de primera instancia, proferido por el Juzgado 14 Civil Municipal de Bogotá el 13 de mayo de 1967, negó todas las súplicas de la demanda y absolvió al Instituto de Crédito Territorial de los cargos formulados por la parte actora, a la cual condenó en costas. Por apelación interpuesta por esta última, subió el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el cual confirmó la decisión del Juez, aunque por motivos distintos, mediante la sentencia del 21 de febrero de 1969 que es objeto del recurso de casación que ahora decide la Corte.

Motivación de la sentencia impugnada

El Tribunal comienza por hacer un análisis jurídico de la nulidad a la luz del artículo 1741 del Código Civil y dice que "considerada como una sanción que afecta el acto jurídico que no está conforme con los requisitos de forma o de fondo, se funda unas veces en consideraciones de orden público y otras, en motivos de interés privado. Mediante lo primero, el legislador quiere proteger la sociedad contra un acto cuya subsistencia sea susceptible de perjudicarla; mediante lo segundo, se pretende favorecer y proteger a las personas de las consecuencias de un acto viciado con incidencia en sus intereses patrimoniales, bien morales o pecuniarios. Con base en esta diferencia se ha marcado el límite entre nulidad absoluta y nulidad relativa, aunque en la práctica sucede con frecuencia que la misma regla protege tanto el interés general como los intereses particulares. Cuando la nulidad no viene de la omisión de un requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a su naturaleza, se trata de una nulidad absoluta cuyos efectos no son otros que exonerar a las partes del cumplimiento de las obligaciones emanadas del acto o contrato, y restituir las cosas al mismo estado en que se encontrarían si no se hubiera contratado, pero ello se entiende respecto a contratos solemnes, o sea aquellos que están sujetos 'a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil' (Art. 1.500 C. C.)".

Se refiere luego a los contratos solemnes y a los requisitos que la Ley exige ad sustantiam actus y ad probationem y agrega que si el contrato es solemne "como lo es el de compraventa de bienes inmuebles, al tenor de lo preceptuado por el inciso 2º del artículo 1857 del Código enunciado, la nulidad de la escritura por falta de solemnidades o requisitos legales, conlleva necesariamente la nulidad del acto o contrato contenido en ella".

Analiza en seguida algunas de las normas legales que consagraron la propiedad horizontal, y en cuanto a las formalidades que al efecto exigen los artículos 10, 11 y 19 de la Ley 182 de 1948, concluye que son de la esencia de aquella. "No se trata —continúa el sentenciador— como lo afirman el a-quo y el apoderado del Instituto demandado de requisitos ad probationem sino ad substantiam actus o ad solemnitatem pues atañen a la esencia misma del régimen de propiedad comentado... Si el instrumento público es esencial para la existencia del contrato de compraventa y si la Ley exige determinados requisitos que se deben cumplir en éste, tratándose de propiedad horizontal, se concluye que éstos constituyen una exigencia ad solemnitatem que si no se cumple, afecta no al instrumento en sí mismo considerado, únicamente, sino a la esencia del contrato. Y ello es explicable, ya que dadas las exigencias de la civilización moderna y del reciente aumento de población, se hacía necesario en nuestro país la adopción y reglamentación del derecho de propiedad horizontal, pero su constitución y ejercicio no solamente afectan los intereses individuales sino los de la sociedad, por lo cual las normas que la regulan son de estricto cumplimiento. Es una limitación que impone el estado moderno al ejercicio de la propiedad que se aleja cada día más del concepto individualista que de éste se ha tenido".

En concepto del Tribunal están plenamente probados los hechos de la demanda, o sea que el Instituto vendió a los actores el apartamento de que se trata sin que se hubiera obtenido previamente la declaración administrativa sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley 182 de 1948 y por el Decreto reglamentario 1335 de 1959 y sin que tampoco se hubiese protocolizado "el reglamento a que se refiere la escritura pública Nº 3076 de 18 de julio de 1961, aducida en legal forma (Art. 636, C. J.), junto con esta misma, como lo exige la ley. En el instrumento se dice que el reglamento fue protocolizado mediante escritura Nº 5800 de 20 de diciembre de 1960, pero con la sola constancia de ese hecho no se cumple con el requisito aludido, como tampoco se cumple con la manifestación de los compradores de haberlo conocido, pues no se trata de una cláusula de contenido convencional, sino legal".

Expresa en seguida el sentenciador que el Notario autorizó la escritura y el Registrador la inscribió "contra la prohibición expresa del artículo 19 de la ley comentada, y que para la fecha de la demanda, el Instituto demandado aún no había obtenido la comentada autorización administrativa para constituir en propiedad horizontal la unidad comunal denominada 'Centro Urbano Antonio Nariño'. Por tanto, se llega a la conclusión de que en el caso sub-lite se omitieron requisitos ad-solemnitatem en la constitución del título de propiedad horizontal lo cual afecta no solamente la invalidez (sic) del instrumento público, sino la validez misma del contrato de compraventa".

No obstante lo expuesto, el Tribunal expresa que no habiéndose demandado la declaración de nulidad del contrato contenido en la escritura Nº 3076 sino únicamente la de ésta y la de su registro, no cabe despachar favorablemente las súplicas de la parte actora, ya que ello sería proferir un fallo "extra petita", con clara violación del artículo 471 del C. J. "Se trata de un contrato solemne —dice el sentenciador— y por tanto el título o instrumento público que lo contiene junto con los requisitos aludidos forma parte esencial del mismo... En consecuencia la nulidad absoluta del instrumento implica necesariamente la nulidad del contrato de compraventa en él mencionado" la cual no fue impetrada por la parte actora "ni esa fue su intención según se deduce del fin perseguido con la demanda".

El recurso de casación

El actor formula tres cargos contra la sentencia del Tribunal, dos de ellos dentro del campo de la causal primera "por considerar que se ha quebrantado la ley sustantiva y adjetiva, así como el derecho contenido en las mismas, por infracción directa, consistente en error de derecho..." y otro por el motivo segundo de casación, o sea, porque "la sentencia pronunciada no fue dictada en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los demandantes", el cual debe despacharse en primer término por razones de técnica.

Segundo cargo

Según la censura, "la sentencia pronunciada no fue dictada en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los demandantes, como es fácil colegirlo. Aquí violó el Tribunal igualmente el Art. 471 del Código Judicial, así como el 472 y por ende, los ya citados Arts. 1740 y 1741 del Código Civil que dejó de aplicar, así como el 1494 del mismo Código y atribuye tales violaciones a "error de derecho por interpretación errónea de las disposiciones adjetivas citadas y la inaplicabilidad de las sustantivas también aquí señaladas. De no haber incurrido en error el Tribunal, habría dictado sentencia declarando la nulidad de la escritura de compraventa".

Se tiene en cuenta

Haciendo un esfuerzo de interpretación parece que el recurrente hace consistir la incongruencia que le atribuye al Tribunal, en no haber fallado éste sobre la petición implícita en el libelo de que se decretara también la nulidad del contrato contenido en la escritura impugnada.

Lo que el censor califica de incosonancia no tiene ese carácter. El Tribunal no se abstuvo de fallar sobre una súplica impetrada en la demanda sino que, precisamente por no haberla encontrado en ella, declaró improcedentes las que fueron formuladas, como pasa a verse.

Dentro del sistema acentuadamente dispositivo que informaba el Código Judicial de 1931, al demandante correspondía señalar la pauta dentro de la cual podía desarrollarse la actividad jurisdiccional, pauta de la cual al juez no le era dado salirse, so pena de proferir un fallo extra o plus petita ("Sententia debetesse conformis libello; ne eat judex ultra, extra o citra petita partium"). De ahí que el artículo 737 ibídem exigiese como requisito fundamental de las demandas en juicio ordinario, que se enunciasen en ellas "con claridad y precisión las peticiones" de la parte actora. De otro lado, el artículo 471 en su segundo inciso imponía al juzgador el deber de proferir sentencias "claras, precisas y en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes". La violación de este precepto constituía y aún constituye motivo de casación, según el Num. 2º del artículo 52 del Decreto 528 de 1964 (hoy Num. 2º del Art. 368 del C. de P. C.), el cual consiste precisamente en no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones de la demanda.

La relación jurídico procesal se formó sobre un extremo único, claramente contenido en las súplicas del libelo y único también que podía deducirse de la causa petendi: la declaratoria de nulidad de la escritura que suscribieron las partes el 18 de julio de 1961 en la Notaría 10 de Bogotá junto con su inscripción y la condena al Instituto demandado a otorgar a favor de los actores una nueva, ésta sí ajustada a los requisitos establecidos por las Leyes 182 de 1948 y 143 de 1959. Sobre esas bases el demandado ejerció su derecho de defensa y los sentenciadores dirimieron la litis. Todo pronunciamiento por fuera del marco que la parte actora trazó en su demanda, es decir, ajeno a la controversia, habría sido extra petita y adolecido por consiguiente de incongruencia, con indudable quebranto del último inciso del artículo 471 del Código Judicial.

Un simple parangón entre el petitum de la demanda que dio origen al presente juicio y la parte resolutiva de la sentencia acusada en casación, demuestra sin lugar a duda que no existe la incongruencia que se le atribuye en este cargo. Por otra parte, dada la naturaleza del mismo, no cabe considerar supuestos quebrantos de las normas legales que en él se señalan, lo cual solo es de recibo dentro de la órbita de la causal primera.

"Reiteradamente ha expuesto la Corte que el que se dejen de aplicar disposiciones pertinentes al caso, al que se hayan aplicado las que no lo son, son motivos improcedentes dentro de la causal segunda, que contempla el caso de incongruencia o desarmonía entre lo pedido y lo fallado" (LX, Pág. 164), y ha dicho también que un fallo totalmente absolutorio, como lo fue el impugnado, no puede adolecer de incongruencia.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Primer cargo

El censor lo formula diciendo que la sentencia adolece de "error de derecho por violación directa de los artículos 1740 y 1741 del Código Civil e interpretación errónea del artículo 471 del Código Judicial. Acuso la sentencia... porque al interpretar erróneamente el contenido del artículo 471 del Código Judicial, en su inciso 4º, dejó de aplicar los artículos 1740 y 1741 del Código Civil".

Al sustentar esta acusación, que por ciertos aspectos es una simple repetición del cargo anterior, dice el recurrente que "el razonamiento hecho por el Tribunal es sofístico y hasta contradictorio... porque después de aceptar que la nulidad de la escritura afecta necesariamente la nulidad del contrato de compraventa allí contenido, ya que contrato... y escritura son una misma cosa... resulta inoficioso exigir la petición expresa de que igualmente se anule dicho contrato. Lo anterior nos lleva a concluir que el demandante al pedir la nulidad de la escritura, involucró en ese pedimento

la nulidad del citado contrato de compraventa, como consecuencia obligada e irrefragable, y el Tribunal debió declarar la nulidad impetrada, fallando así en consecuencia con lo pedido, cualesquiera hubiesen sido las consecuencias. De haber interpretado rectamente el Tribunal el contenido del artículo 471 del Código Judicial, habrá tenido que fallar la nulidad impetrada, dando aplicación a los artículos 1740 y 1741 del Código Civil que dejó de aplicar, violándolos por omitir su aplicación".

Se considera

La censura rectamente entendida, haciendo caso omiso de su ambigüedad, de algunas impropiedades de lenguaje y de los defectos de técnica que contiene, se funda indudablemente en la falta de aplicación al caso sub-judice de los artículos 1740 y 1741 del Código Civil, ocurrida como consecuencia de interpretación errónea de la demanda que dio origen al juicio, es decir, en una violación indirecta de aquellas normas como resultado de tal error. El recurrente sostiene que la solicitud para que se declare la nulidad de una escritura, lleva implícita idéntica petición respecto del contrato que ese instrumento contiene y que al no haberlo considerado así el Tribunal quebrantó, por inaplicación, los mencionados artículos 1740 y 1741 del Código Civil.

"Una demanda —ha dicho la Corte— debe interpretarse siempre en conjunto porque la intención del actor está muchas veces contenida no solo en la parte petitoria sino también en los fundamentos de hecho y de derecho. No existe en nuestra legislación procedimental un sistema rígido o sacramental que obligue al demandante a señalar en determinada parte de la demanda o con fórmulas especiales su intención, sino que basta que ella aparezca claramente del libelo, ya de una manera directa o expresa, ya por una interpretación lógica basada en todo el conjunto de la demanda (XLIV, Pág. 527)".

El Tribunal interpretó correctamente la demanda que dio origen al presente juicio. No se atuvo tan solo a la literalidad de las súplicas, según las cuales solo se impetraba la declaratoria de nulidad de la escritura Nº 3076 y de su registro y que se condenase al Instituto a otorgar una nueva con sujeción a los requisitos legales que se echaban de menos, sino que al analizar todo el libelo, en su conjunto, encontró que esa era la única y verdadera intención de los demandantes, es decir, que éstos no habían pedido ni pretendido solicitar que se anulara el contrato contenido en tal instrumento, sino este únicamente. Esa apreciación del sentenciador debe prevalecer en cuanto no se demuestre su contraevidencia, lo cual no ha logrado el recurrente en el caso sub-judice y por tanto no existe el error de hecho que éste le atribuye, como pasa a verse:

1. La petición de nulidad de una escritura pública no lleva implícita idéntica solicitud respecto del contrato de que da cuenta, ni menos aún, como aquí ocurre, cuando el instrumento atacado contiene varios contratos. En efecto, mediante el instrumento público de que se trata, las partes celebraron dos negocios jurídicos distintos, aunque uno de ellos tuviese su origen en la celebración del otro: la venta de un apartamento en el Centro Urbano Antonio Nariño por el sistema de propiedad horizontal, cuyo precio quedaron debiendo en parte los compradores demandantes, y la constitución de un gravamen hipotecario sobre el mismo inmueble a favor de la entidad vendedora, para garantizar el pago del referido saldo. Aunque en los hechos de la demanda obviamente se hace referencia a la venta, de lo cual pudiera deducirse algún asidero a la tesis de que implícitamente se solicitó también la declaración de nulidad de ésta, es lo cierto que en aquella no se menciona siquiera la referida hipoteca. No podría, pues, pretenderse que la nulidad impetrada se extendiese también a este gravamen, sin haber sido solicitada y sin que se le hubiese atribuido a este vicio alguno que permitiera hacer semejante declaración.

2. El artículo 1740 del Código Civil estatuye que es nulo todo acto o contrato que carece de alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo, según su especie o la calidad y estado de las partes;

el 1760 ibídem dispone que la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos o contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y el segundo inciso del 1857 del mismo estatuto, prescribe que la venta de bienes raíces no se reputa perfecta ante la ley "mientras no se ha otorgado escritura pública". Los preceptos mencionados llevan a la forzosa conclusión de que la escritura pública es requisito ad solemnitatem, vale decir, esencial para el perfeccionamiento de contratos de venta, de inmuebles y que por tanto, su omisión acarrea necesaria e ineludiblemente la invalidez de éstos. El régimen especial de la llamada propiedad horizontal no constituye excepción al principio indicado.

3. Los actos o contratos dentro del campo del derecho privado pueden adolecer de vicios que acarrean su nulidad absoluta o relativa, según el caso, en los eventos previstos con carácter general por los artículos 1740 y 1741 del Código Civil, no obstante que el instrumento que se otorgó al celebrarlo, era como requisito ad sustantiam actus ya ad-probationem cumpla a cabalidad con las normas que establece la ley para su validez o para demostrarlos. En efecto, una escritura pública por ejemplo, está sujeta a ciertos requisitos sustanciales cuya falta invalida el instrumento, señalados antes por el artículo 2595 del Código Civil y hoy por el 99 del Decreto 960 de 1970, pero si éstos se cumplen exactamente, tal instrumento no quedará inválido, no obstante los vicios de que pueda adolecer el acto o contrato allí contenido.

4. Hay, pues, requisitos esenciales para la validez de los contratos y otros para la de los instrumentos públicos, cada uno de los cuales juega papel preponderante dentro de su propia órbita de aplicación cuando el instrumento público es a su vez exigencia que establece la ley para el perfeccionamiento del contrato que contiene, la invalidez de aquel produce necesariamente la de éste, porque un instrumento inválido no es tal, y si se requiere ad sustantiam del contrato, resulta forzoso concluir que dicho contrato no se ha perfeccionado.

5. La recíproca, en cambio, no es verdadera. Si, como quedó dicho, el contrato es nulo, necesariamente no puede predicarse lo mismo de la escritura pública mediante la cual se celebró, si ésta por su parte, se encuentra ajustada a las formalidades sustanciales que le son propias, las cuales enumeraba el citado artículo 2595 del Código Civil (con la salvedad que establecía el artículo 333 de la Ley 57 de 1887), que fue derogado por el artículo 232 del Decreto 960 de 1970 y reemplazado por el 99 ibídem. El precepto primeramente mencionado, vigente cuando se celebró el contrato de venta entre los demandantes y el Instituto de Crédito Territorial y vigente también cuando se promovió y se decidió en instancias el presente juicio, señalaba cuáles eran las formalidades sustanciales de las escrituras públicas "cuya falta invalida el instrumento, sin perjuicio de los motivos legales de nulidad de los actos o contratos que pasan ante los Notarios". Allí se distinguía, pues, entre la invalidez del instrumento y la del acto o contrato contenido en él. De ahí que la Corte en sentencia de casación del 16 de diciembre de 1952, hubiese dicho que "el artículo 2595 del Código Civil distingue claramente dos clases de nulidades: las del instrumento en sí, que son únicamente aquellas que allí mismo se señalan; y las del acto o contrato que son las consagradas en los artículos 1740 y 1741" (LXXIII, Pág. 794).

6. De esta suerte no puede sostenerse, como lo hace el censor, que el contrato y la escritura que lo contiene son una misma cosa; que uno y otra están sujetos a idénticas formalidades sustanciales para su validez; que la solicitud para que se declare la nulidad del instrumento siempre lleva implícita idéntica petición respecto del contrato allí contenido; y que, por tanto, cuando se pide la declaratoria de nulidad de una escritura, debe entenderse solicitada también la del contrato correspondiente. Lo que es legalmente inadmisible a todas luces, es que se pida la nulidad de un instrumento público que la ley exige como requisito ad solemnitatem de un contrato y que al mismo tiempo se pretenda que este último quede incólume y continúe produciendo sus

efectos. En cambio, cuando la escritura pública se otorga para producir efectos probatorios únicamente, los vicios de forma de que adolezca no afectan el contrato que contiene, y cuyo caso como lo dispone el segundo inciso del artículo 1760 del Código Civil, "valdrá como instrumento privado si estuviere firmado por las partes".

No hubo pues, interpretación errónea de la demanda que originó este proceso ni, por ende, el error de hecho que le atribuye el recurrente. Por tanto, la acusación no puede prosperar, pero la Corte en cumplimiento de su deber legal de orientadora de la jurisprudencia nacional considera necesario hacer la siguiente rectificación doctrinaria a la sentencia impugnada:

A) El régimen de la propiedad horizontal está contenido en la Ley 182 de 1948 y en el Decreto reglamentario 1335 de 1959, que fue adicionado por el 144 de 1968, de cuyos lineamientos generales cabe destacar los siguientes:

a) Solo puede versar sobre los diversos pisos de un edificio o de los departamentos en que se divida cada piso de éste o una casa de uno solo, o los subsuelos y las buhardillas de una edificación, siempre que "sean independientes y que tengan salida a la vía pública directamente o por un pasaje común" (Art. 1º)";

b) "Cada propietario será dueño exclusivo de su piso o departamento y comunero de los bienes afectados al uso común" (Art. 2º) de los cuales "podrá servirse a su arbitrio siempre que los utilice según su destino ordinario y no perturbe el uso legítimo de los demás" (Art. 6º);

c) "Se reputan bienes comunes y del dominio inalienable indivisible de todos los propietarios del inmueble, los necesarios para la existencia, seguridad y conservación del edificio y los que permitan a todos y cada uno de los propietarios el uso y goce de su piso o departamento..." y la indivisión de tales bienes subsistirá de pleno derecho mientras exista el edificio (Arts. 2º y 3º y 14);

d) "El derecho de cada propietario sobre los bienes comunes es proporcional al valor de su piso o departamento, inseparable del dominio, uso y goce del mismo" (Art. 4º);

e) Cada propietario deberá pagar directamente los impuestos y tasas como si se tratara de predios aislados y contribuir en proporción al valor de su piso o apartamento al pago de las expensas necesarias de administración, conservación y reparación de los bienes comunes "sin perjuicio de las estipulaciones expresas de las partes" (Art. 5º);

f) Cada propietario usará su piso o departamento en la forma prevista en el reglamento de copropiedad y "en consecuencia no podrá hacerlo servir a otros objetos que los convenidos en dicho reglamento, o a falta de éste (se subraya) aquellos a que el edificio esté destinado o que deben presumirse de su naturaleza", sin perturbar la tranquilidad de los demás propietarios ni comprometer la seguridad, solidez o salubridad del inmueble (Art. 7º);

g) Cada propietario puede enajenar, arrendar y gravar libremente su piso o departamento, sin necesidad del consentimiento de los demás, pero para "inscribir por primera vez un título de dominio o cualesquiera otro derecho real", será menester acompañar un plano del edificio a que pertenece "el cual se agregará y guardará en el protocolo respectivo" (Art. 8º); (salvo Decreto 1969);

h) Para la administración del edificio y la conservación de los bienes comunes, los dueños de los pisos o departamentos en que aquel se divide "podrán constituir una sociedad y a falta de ella deberán redactar un reglamento de copropiedad que precise los derechos y obligaciones recíprocas de los copropietarios, el cual deberá ser acordado por la unanimidad de éstos" y reducido a escritura pública e inscrito simultáneamente con los títulos de dominio y el plano del edificio (Arts. 11 y 12);

i) Corresponde a la dirección de obras públicas o a la entidad que haga sus veces

en cada Municipio, decidir, "si el edificio que se proyecta dividir en pisos o departamentos" cumple con las exigencias a que deben estar sometidas las construcciones objeto del régimen de propiedad horizontal, declaración que es irrevocable. "Los Notarios —agrega el artículo 19— no podrán autorizar ninguna escritura pública sobre construcción, traspaso de la propiedad de un piso o departamento, ni los Registradores de Instrumentos Públicos inscribirán tales escrituras si no se inserta en ellas copia auténtica de la correspondiente declaración y del reglamento de copropiedad de que tratan los artículos 11 y 12 de la presente ley". Este requisito, sin embargo, fue modificado posteriormente por el Decreto 144 de 1968, también reglamentario de la Ley 182 de 1948, en el sentido de que si las escrituras de enajenación de un bien sujeto al régimen de propiedad horizontal se otorgan en la misma Notaría en que lo fue aquella mediante la cual se constituyó dicho régimen, no es necesario insertar el texto íntegro de la declaración municipal y del reglamento de copropiedad.

B. La preceptiva a que está sujeta la propiedad horizontal que brevemente se deja reseñada, no dispone que el reglamento de copropiedad referente a los bienes comunes sea de la esencia de los actos jurídicos tendientes a constituir un edificio como de propiedad horizontal o a enajenar alguno de los pisos o departamentos que lo integran. En efecto, según el artículo 11 de la Ley 182, la administración y conservación de esos bienes comunes puede llevarse a cabo de acuerdo con lo previsto en el reglamento respectivo o bien a través de la sociedad que todos los propietarios constituyan al efecto. Además, el artículo 7º ibídem prevé inclusive la posibilidad de que el reglamento en cuestión no exista, al disponer que a falta de éste, cada propietario no podrá usar o hacer servir su piso o departamento "a otros objetos... a que el edificio esté destinado o que deben presumirse de su naturaleza".

C. Así pues, el reglamento en cuestión tiene fines meramente administrativos y de publicidad, y cuando existe tiene "fuerza obligatoria respecto de los terceros adquirentes a cualquier título, pero su inserción en la escritura de enajenación de pisos o departamentos sometidos a la propiedad horizontal no es requisito ad sustantiam actus de aquella. Si lo fuere, no podría ser reemplazado con una sociedad para la administración de los bienes comunes, ni menos aún, la misma ley habría previsto la posibilidad de que no exista, como aparece del mencionado artículo 7º. Los requisitos esenciales para la validez de un acto jurídico, o sea, aquellos que la ley prescribe para el valor del mismo, jamás pueden reemplazarse o suplirse con otros, ni menos aún, pueden omitirse so pena de nulidad absoluta (Arts. 1740 y 1741 del C. C.).

Todo lo expuesto hasta aquí, conlleva la indispensable rectificación doctrinaria a la tesis del Tribunal de que la inserción del mencionado reglamento de copropiedad y de la declaración municipal es de la esencia del contrato respectivo; atrás se explicó cómo ello no es cierto y por tanto su preterición no lo invalida en modo alguno.

Finalmente cabe agregar que el artículo 19 de la Ley 182 se limita a establecer una prohibición a los Notarios y Registradores de Instrumentos Públicos, cuya inobservancia solo compromete la responsabilidad de esos empleados pero no acarrea en modo alguno la nulidad de los instrumentos en que se haya incurrido en ella, máxime si la referida prohibición fue atemperada por el Decreto 144 de 1968 al circunscribirla a los casos allí señalados.

D. En cuanto al asunto sub-judice se refiere, cabe agregar que el régimen de propiedad horizontal a que se sometió el llamado "Centro Urbano Antonio Nariño" de esta ciudad, es especial y está reglado expresamente por el mismo legislador, por lo cual era superflua la declaración municipal antes mencionada. En efecto, mediante la Ley 143 de 1959 se autorizó al Instituto de Crédito Territorial para adjudicar los apartamentos de ese centro urbano, por su valor de costo, a los entonces arrendatarios de los mismos, con un plazo hasta de veinte años para el pago del precio de venta respectivo.

En el artículo 3º de la misma se dispuso además que "mientras el valor de los apartamentos no haya sido cubierto en su totalidad por los respectivos adjudicatarios, la dirección y administración (se subraya) del Centro Urbano Antonio Nariño, seguirá siendo por parte del Instituto de Crédito Territorial. El costo de los servicios comunales que sean necesarios será pagado por los adjudicatarios conjuntamente con las cuotas de amortización en forma proporcional". Si, como quedó dicho, "el reglamento de copropiedad" o en su defecto la sociedad de los propietarios, tienen como único objeto la administración y manejo de los bienes comunes del edificio sometido al régimen de propiedad horizontal, en el caso concreto del Centro Urbano Antonio Nariño, uno y otra son innecesarios mientras tal administración estuviera a cargo del Instituto, vale decir, mientras los dueños no terminaren de pagar el precio de los apartamentos que compraron.

De todo lo expuesto se concluye finalmente: a) Que el Tribunal no incurrió en el error que se le atribuye al interpretar la demanda que dio origen a este juicio; y b) que en el supuesto de que lo hubiera habido, no por ello prosperaría el cargo, por falta de proposición jurídica completa, ya que el censor no señaló como quebrantadas las normas legales específicas aplicables a la propiedad horizontal, cuyo incumplimiento habría acarreado la nulidad que alega.

No prospera, pues, la acusación.

Tercer cargo

Se formula por falta de aplicación del artículo 2º de la Ley 50 de 1936, "subsidiariamente a las causales principales invocadas" y se plantea así:

"Para que se vea el absurdo de la sentencia, en cuanto considera que el actor en su libelo inicial debió pedir expresamente la nulidad con contrato contenido en la escritura cuestionada, observe (sic) que tratándose, como se trata de una nulidad absoluta, como la sentencia misma lo sostiene y comprueba no solo con las pruebas del expediente allegadas para probar la omisión de los requisitos ad substantiam actus o solemnitatem relativos a la constitución del régimen de propiedad horizontal, sino el contenido de la propia escritura cuya copia obra en autos, de cuya lectura aparece que fueron omitidos, el H. Tribunal debió aplicar, obligatoriamente, el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, pues lo que esta norma manda es que la nulidad absoluta "puede y debe ser declarada por el Juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato".

Agrega el recurrente, que si la ley que cita es de orden público, que si es un mandato imperativo y por ende de ineludible aplicación, el Tribunal la violó al haberla dejado de aplicar "puesto que tal disposición no podía ignorarla ya que la ignorancia de la ley no sirve de excusa a los ciudadanos y el Juez se presume sabio y debe serlo, por tanto realmente conocido, debe ser ley. Pero hay más: esa norma imperativa invocada por los demandantes en el libelo inicial o demanda, y fue igualmente invocada en el alegato de conclusión de la primera instancia".

Se tiene en cuenta

La Corte ha dicho repetidamente que dentro de la preceptiva del recurso de casación no es posible formular un cargo como subsidiario de otro, porque cada uno de ellos es autónomo y debe ser estudiado con independencia de los demás, y también, que cuando el derecho del recurrente depende de la aplicación simultánea de varios preceptos sustanciales que se combinan entre sí, ello constituye una proposición jurídica completa, lo cual impone al recurrente el deber de señalar como quebrantados todos los preceptos legales que la conforman. El único artículo cuya transgresión se indica en el cargo en estudio, además de no ser norma sustancial como lo ha expresado la Corte, es de por sí insuficiente para configurar una acusación por la causal primera, pues aunque estatuye que la nulidad absoluta que aparezca de manifiesto en el acto o contrato, puede y debe ser declarada por el Juez, la falta de indicación de otras normas de acuerdo con

las cuales el contrato impugnado adolezca de la nulidad que se le atribuye, no le permite a la Corte estudiar oficiosamente qué normas son esas ni el motivo por el cual pudieron haber sido quebrantadas. El principio dispositivo que impera en casación se lo impide en forma absoluta. Además al despachar el cargo anterior, se vio cómo en el caso sub-judice no existe la nulidad que pretende el recurrente, luego mal pudo el sentenciador dejar de aplicar la norma que menciona el cargo.

Por consiguiente, el ataque no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 21 de febrero de 1969.

Sin costas en el recurso.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

FILIACION NATURAL

Reformas introducidas por la Ley 75 de 1968. — Retroactividad de la ley. Relación procesal: su constitución y sus efectos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., dos de noviembre de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 7 de septiembre de 1970, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio ordinario instaurado por Fabio Márquez Marín y otros contra los herederos de Hernando Aguilar Díaz.

I. El libelo

1. Mediante libelo repartido el 24 de septiembre de 1968 al Juzgado Once Civil Municipal de Cali, Fabio, Raúl, Luis Never y Uriel Márquez Marín, Margarita, Miguel Hernando, Rogelio Octavio y Néstor Iván Marín demandaron a "la sucesión" de Hernando Aguilar Díaz, "representada" por la cónyuge sobreviviente María de Jesús Vanegas vda. de Aguilar y por sus hijos Hernando y Nidia Aguilar Vanegas, en procura de las siguientes declaraciones:

a) Que Miguel Hernando, Rogelio Octavio, Néstor Iván, Oscar y Blanca Aurora Marín, hijos naturales de la demandante Margarita Marín, lo son también, "para todos los efectos civiles señalados en las leyes", del causante Hernando Aguilar; y b) que se ordene la anotación de este estado civil en sus correspondientes partidas de nacimiento.

2. Los hechos que los demandantes invocaron en apoyo de sus pretensiones, quedan sintetizados en los siguientes:

Que Margarita Marín, quien a la sazón era soltera, concibió de Hernando Aguilar Díaz, muerto en la ciudad de Cali el 22 de agosto de 1968, los siguientes cinco hijos: Oscar, Miguel Hernando, Rogelio Octavio, Néstor Iván y Blanca Aurora Marín, cuyos nacimientos ocurrieron, en su orden, el 24 de diciembre de 1925, el 10 de septiembre de 1927, el 15 de julio de 1929 y el 26 de enero de 1932, bautizados todos en Pereira; que Hernando Aguilar reconoció siempre a estas personas como hijos suyos y que en tal condición las trató, atendió a su crianza, educación y establecimiento; que sus deudos y amigos las han reputado como tal; y que de los cinco hijos citados han muerto Oscar y Blanca Aurora, "por lo cual —dicen los demandantes en el hecho 6º de su libelo— la madre Margarita Marín reclama el derecho del primero, y del segundo sus hijos legítimos Fabio, Raúl, Luis Never y Uriel Márquez Marín, subrogaciones a que tienen derecho de acuerdo con la ley".

3. Mediante escrito de 28 de octubre de ese mismo año de 1968 todos los demandados contestaron la demanda oponiéndose a las pretensiones de sus demandantes, negando los hechos principales en ella invocados y proponiendo las excepciones que nominaron carencia de acción, petición de lo no debido e ilegitimidad de la personería sustantiva de los demandantes.

Expresaron que para el evento de que los actores llegasen a acreditar la paternidad

natural pedida, tal calidad no les daría derecho, según lo estatuído por el artículo 28 de la Ley 45 de 1936, a concurrir a la herencia con los hijos legítimos habidos en el matrimonio del causante Aguilar Díaz, celebrado desde julio de 1931, porque tanto éstos como los naturales nacieron con anterioridad a la expedición y por ende a la vigencia de la precitada Ley 45.

4. Trabada así la relación jurídico-procesal el juzgado del conocimiento le puso fin a la primera instancia con sentencia de 10 de junio de 1969, mediante la cual acogió las peticiones de la demanda.

Por apelación interpuesta por los demandados el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el que, por sentencia de 7 de septiembre de 1970, revocó el fallo así impugnado y en su lugar negó las súplicas impetradas e impuso las costas a los demandantes, quienes propusieron contra dicha providencia el recurso de casación.

III. Motivación de la sentencia impugnada

1. Luego de relatar los antecedentes del litigio y el trámite de las instancias, dice el Tribunal que como la acción de filiación natural deducida en la demanda viene instaurada no solo por los presuntos hijos naturales vivos, sino también por ascendientes y descendientes de los ya fallecidos, procede estudiar previamente si éstos están o no legitimados en la causa.

Al respecto nota el sentenciador que si antes de la vigencia de la Ley 75 de 1968 la referida acción, según lo estatuía el artículo 12 de la Ley 45 de 1936 y lo decía la jurisprudencia al analizar el alcance de esta disposición, se extinguía una vez muerto el hijo y no era por tanto "ejercitable, ni siquiera por sus hijos legítimos, por los demás herederos o por otras personas", esta situación ha variado ahora, ya que, dice, el artículo 10 de aquel estatuto dispone que fallecido el hijo, la acción de filiación natural corresponde a sus descendientes legítimos y a sus ascendientes. Y con base en este juicio concluye que sí "existe legitimación en la causa en todas las personas que forman la parte actora", porque, agrega, "aunque la presente acción fue ejercitada" con anterioridad a la vigencia de la Ley 75, tal disposición, por versar sobre estado civil, tiene que ser la aplicable "en el momento de proferirse la sentencia que declara la paternidad".

2. Concretándose al estudio de la posesión notoria del estado de hijo natural, que es la única causal que para la declaración de paternidad suplicada encuentra invocada en la demanda, el **ad-quem**, después de exponer la doctrina de la Corte respecto de los elementos esenciales que la estructuran, su duración en el tiempo y los medios para acreditar en juicio los hechos que la configuran, deduce que no puede darse por demostrada en el caso **sub-judice** por ausencia de prueba fehaciente.

Al efecto, luego de observar que la parte actora "presentó algunas declaraciones extra juicio que no fueron ratificadas", transcribe pasos de los testimonios de Ramón Ramírez Ramírez, Daniel Castaño, Jorge López Ramírez, Luis Felipe Montoya, Juan de la Cruz Londoño y Juan de la Cruz Díaz Villalba, recibidos en el juicio a instancia de los demandantes, para advertir que son vagos, imprecisos, contradictorios, carente de la razón de sus dichos y que ninguno de ellos relata hechos referentes a la posesión notoria por lapso superior a diez años, ni tampoco puede colegirse de todos en conjunto porque todos son en este aspecto indeterminados.

Aludiendo a la declaración de Margarita Marín, dice el fallador que no puede aceptarse porque es parte en el juicio y que "nadie puede declarar como testigo en la causa que le interesa". Expresa que el testimonio de Romelia Díaz vda. de Hincapié, madre de quien se indica como padre natural de los demandantes, "aunque es muy general en relación con los hechos y circunstancias que pueden configurar la posesión notoria, podría aceptarse sin exigirse mayores detalles y precisión en sus afirmaciones, por la avanzada edad de la deponente que hace que su memoria no pueda ser muy lúcida; pero co-

mo sería una declaración única no sirve para probar plenamente la posesión notoria del estado civil".

3. Finalizando su motivación dice el Tribunal que, además, "en gracia de la discusión", tampoco podría aceptarse que la prueba testimonial analizada serviría para comprobar la existencia de relaciones sexuales estables, "porque los testigos nada dicen sobre la fecha más o menos aproximada del comienzo o iniciación de las relaciones sexuales presuntas, y esta causal se integra con el requisito de que el nacimiento del hijo haya sobrevenido después de ciento ochenta días contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron, lo que quiere decir que el tiempo de las relaciones sexuales estables y notorias ha de coincidir, aunque sea en parte, con el lapso dentro del cual pudo realizarse la concepción, al tenor del Art. 92 del C. Civil".

III. La demanda de casación y consideraciones de la Corte

Formúlanse en ella dos cargos contra la sentencia de segundo grado, ambos con fundamento en la causal primera del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, vigente entonces, y que la Corte procede a examinar en el orden en que aparecen propuestos.

Cargo primero

1. En su planteamiento se denuncia violación directa, por falta de aplicación, del artículo 6º de la Ley 75 de 1968.

2. Al desarrollar el cargo asevera el censor que la controversia sobre filiación natural que se debate en el presente juicio ordinario debe regularse por las disposiciones de la Ley 75 de 1968, y no por las de la 45 de 1936, porque aun cuando se inició con anterioridad a la vigencia de aquel estatuto fue sin embargo decidida posteriormente; y que como la nueva legislación sobre filiación natural se inspiró en un criterio de mayor amplitud en los medios de investigar la paternidad, "su no aplicación constituye un agravio a la parte que estaba en condiciones de obtener un fallo favorable, si se hubiese aplicado la ley a un caso que lo requería".

En orden a demostrar la mejor situación en que se encuentran los hijos ilegítimos al amparo de la Ley 75 de 1968, hace el impugnante un cotejo de algunas de las disposiciones de ésta con las de la Ley 45 de 1936, para deducir: a) que mientras la segunda, por su artículo 4º, se limitó a determinar los casos en que hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural, la primera establece al efecto una serie de presunciones; b) que al paso que la Ley 45 exige la existencia de relaciones sexuales estables y notorias, la 75 requiere dichas relaciones sin calificativos ni condiciones; y c) que este estatuto consagró, como medio para declarar judicialmente una paternidad natural, el trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y parto.

Se considera

I. Estatuye el artículo 50 de la Constitución Nacional que "las leyes determinarán lo relativo al estado civil de las personas, y los consiguientes derechos y deberes", previsión esta que se justifica ampliamente a la luz de las necesidades que impone cada época y frente a las exigencias de la vida social.

Es pues atribución del legislador regular "lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes", sin más limitaciones que las que la misma Carta Política señala para respetar la inmutabilidad de los derechos adquiridos.

II. Si, como lo tiene dicho la doctrina, el estado civil es la situación jurídica que un individuo ocupa en la familia y la sociedad y que le confiere determinados derechos y obligaciones civiles, debe aceptarse que una de las fuentes principales de donde dimanan las diferentes calidades que integran dicho estado es el nacimiento. A virtud de él y según que provenga de una unión matrimonial o extramatrimonial el nacido será hijo legítimo o ilegítimo, sin que esta ca-

lidad dependa de la voluntad del hijo o de la de sus padres: es la ley la que impone esta o aquella filiación independientemente del querer del uno o de los otros.

III. En ejercicio de la atribución constitucional referida y respondiendo a los requerimientos sociales de la época, el legislador colombiano, orientado por el criterio de la existencia de una familia natural que debía ser mejor protegida por el ordenamiento jurídico, dictó la Ley 75 de 1968, uno de cuyos principales objetivos fue tutelar más eficazmente los derechos de los hijos naturales, sobre todo en lo relativo a la acción de investigación de la paternidad.

Consta en suma dicho estatuto de tres capítulos: el primero, mediante el cual se reforman disposiciones del Código Civil, de la Ley 45 de 1936 sobre hijos naturales y de la Ley 83 de 1946 sobre menores, contiene normas sobre filiación, investigación de la paternidad y efectos del estado civil; el segundo, que adiciona los Códigos Penal y de Procedimiento Penal en lo atinente a las sanciones para el incumplimiento de las obligaciones de familia; y el tercero, que crea y organiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

IV. Dentro de las reformas que la Ley 75 de 1968 introdujo a la preceptiva legal anterior a su vigencia emergen con perfiles de singular relievancia las referentes a la acción de investigación de la paternidad natural, puesto que si bien es cierto que dicho estatuto aún conserva el sistema de la investigación restringida consagrado por la Ley 45 de 1936, también lo es que aumenta las causales al efecto y da mayor amplitud en el suministro de la prueba de los hechos que las estructuran.

Haciendo un rápido cotejo de estos dos estatutos, en torno a la investigación judicial de la paternidad natural, puede notarse:

a) La Ley 75 consagró expresamente como presunciones legales de paternidad natural los hechos contemplados en los seis numerales de su artículo 6º, al paso que la Ley 45 no lo hacía de esta manera;

b) Conservó intactos los casos 1º y 3º establecidos por la Ley 45 para la declaración de paternidad, esto es, los referentes al rapto o violación y a la existencia de carta u otro escrito del pretendido padre;

c) La nueva ley, siguiendo en este aspecto la reforma francesa de julio de 1955, suprimió, para hacer la declaración de paternidad con base en la seducción, la exigencia del principio de prueba que emane del presunto padre "y que haga verosímil esa seducción" contenida en la Ley 45, pues la causal se hizo prácticamente nugatoria ante la imposibilidad de cumplir dicha exigencia;

d) El legislador de 1968 suprimió los requisitos de "estables y notorias" que para las relaciones sexuales determinantes de paternidad natural requería la Ley 45; y, además, al considerar que son casi imposible de probar por percepción directa, estableció que dichas relaciones pueden inferirse "del trato personal y social entre la madre y el presunto padre, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar, según sus antecedentes, y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad";

e) El tiempo de duración de los hechos constitutivos de la posesión notoria del estado de hijo, como causal para declarar judicialmente la paternidad, lo redujo la nueva ley de 10 a 5 años, "sin afectar la relación jurídico-procesal en los juicios en curso";

f) Consagró como causal nueva el trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y parto, "demostrado con hechos fidedignos, si fuere, por sus características, ciertamente indicativo de la paternidad";

g) Por su artículo 7º dicho estatuto consagró para los juicios de investigación de la paternidad o la maternidad, como nuevo medio de prueba, la peritación "antropo-heredo-biológica", practicable a instancia de parte o de oficio por el juez; elevó a la categoría de indicio la renuencia de los in-

teresados a la práctica de exámenes médicos; e invistió al juzgador de facultades inquisitivas; y,

h) Mediante su artículo 10 la Ley 75 consagró, como plazo de caducidad para el ejercicio de la acción, el término de dos años, contado a partir de la fecha de la muerte del presunto padre.

Por todo esto se advierte pues que la Ley 75 de 1968 tiende a proteger los derechos de los hijos naturales, colocándolos en principio en situación mucho más ventajosa que la que les ofrecía la Ley 45 de 1936, sobre todo en lo tocante con la posibilidad de poner en movimiento la jurisdicción para obtener, mediante sentencia, el reconocimiento de su estado civil cuando el padre no quiera hacerlo voluntariamente.

V. Sostienen los expositores de la materia que el proceso civil, entendido como el conjunto de actos concatenados entre sí y a través de los cuales se busca la efectividad de los derechos subjetivos mediante la sentencia, contiene una relación jurídica que denominan relación jurídico-procesal, la cual, dado tal carácter, ata y vincula a las partes y al juez mientras subsista.

Observa Hugo Rocco que el proceso civil, considerado subjetivamente como relación jurídica, sirve para fusionar dos relaciones, que si bien son distintas se hallan sin embargo estrechamente ligadas: la que media entre el actor y el Estado (relación jurídica de acción); y la que existe entre el demandado y el Estado (relación jurídica de excepción o de contradicción).

Por virtud de la relación procesal, que se constituye con la notificación del auto admisorio de la demanda al demandado, surgen para las partes una serie de derechos, de obligaciones y de cargas procesales, cuyo ejercicio o cumplimiento va a influir en el resultado del proceso. Constituída la relación procesal queda establecido el ámbito en que ha de desenvolverse aquel, según los términos de la demanda y su contestación, y delimitado el campo de la decisión del juez. Por consiguiente, el demandado adquiere el derecho a impedir que se modifiquen, salvo el caso de corrección oportuna del libelo inicial, las bases sobre las cuales se trabó la litis; la situación jurídica en que éste se ha colocado al ejercitar el derecho de contradicción que le asiste debe permanecer inalterada por supuestos no contemplados al constituirse dicha relación.

VI. Los individuos, al regular sus actividades, cumplen los actos de la vida teniendo en cuenta la normación legal vigente en la época en que actúan; es preciso que cada cual conozca las condiciones que deberá respetar y es necesario también que su estabilidad civil no se vea amenazada ante el arribo de una disposición posterior.

Por ello el principio general que informa nuestra legislación positiva es el de que las leyes han de tener efecto y aplicación para lo porvenir y no para el pasado, a menos que el legislador expresamente diga lo contrario, lo que equivale a decir que ellas en principio no tienen efecto retroactivo, esto es, que las situaciones jurídicas alcanzadas durante el período de vigencia de determinado precepto no pueden ser vulneradas por una nueva disposición. La irretroactividad de la ley encuentra su fundamento esencial en serios motivos de conveniencia y seguridad, que tienden a dar estabilidad al orden jurídico.

Mas, tratándose de las leyes que regulan el estado civil de las personas, las cuales son de orden público, se hace necesario distinguir entre los efectos realizados con anterioridad a la ley nueva, los cuales son en principio intangibles, y los efectos posteriores, que deben regirse por ella. Dice el artículo 20 de la Ley 153 de 1887 que "el estado civil de las personas, adquirido conforme a la ley vigente en la fecha de su constitución, subsistirá aunque aquella ley fuera abolida; pero los derechos y obligaciones anexos al mismo estado, las consiguientes relaciones recíprocas... se regirán por la ley nueva, sin perjuicio de que los actos y contratos válidamente celebrados bajo el imperio de la ley anterior tengan cumplido efecto".

VII. La Corte, en extensa exposición contenida en sentencia de 7 de abril de 1953, publicada en las páginas 578 a 618 del número 2127 de la Gaceta Judicial, sentó la doctrina de que tratándose de hijos extramatrimoniales nacidos antes de entrar a regir la Ley 45 de 1936, podían pedir la declaración de paternidad natural con base en las causales que dicho estatuto consagraba.

En ese fallo, bajo el epígrafe Aplicación de la ley nueva sobre el estado civil se lee: "Y no puede alegarse que se tenga derecho adquirido a que un estado civil no se declare o establezca. Los textos citados (alude la Corporación a los artículos 20 y 23 de la Ley 153 de 1887) dicen —lo que es muy distinto—, que si el estado civil se constituyó bajo el imperio de una ley, no desaparece a pesar de que ésta deje de regir. Porque entonces ese estado civil constituye una situación jurídica concreta cuyos efectos se han producido plenamente y forman parte del patrimonio jurídico y moral de la persona. Mas cuando el estado civil existe pero hace falta únicamente la prueba que lo relieve o la sentencia que lo declare, la ley nueva que establece un medio de demostrarlo antes no permitido, no crea ese estado civil originado en el hecho o actos jurídicos que lo determinan; simplemente proporciona la manera de ponerlo en evidencia. Y mucho menos puede decirse que en tal caso la ley nueva vulnera derechos adquiridos a que ese estado civil permanezca fuera del derecho".

VIII. Los fundamentos jurídicos que sustentan la jurisprudencia contenida en el fallo precitado, reiterada en posteriores sentencias de la Corte, son valederos hoy para afirmar que los hijos ilegítimos nacidos antes de entrar a regir la Ley 75 de 1968, pueden instaurar la acción de investigación de la paternidad natural invocando presunciones y aduciendo pruebas de las que dicho estatuto consagra para fundar la declaración judicial respectiva. Además, cabe recordar que según el artículo 19 de la Ley 153 de 1887 "las leyes que establecen para la administración de un estado civil condiciones distintas de las que exigía una ley anterior, tienen fuerza obligatoria desde la fecha en que empiecen a regir"; y que, como lo ha dicho la doctrina, en tal evento la nueva ley se halla al nacer frente a la mera expectativa de que no se modifique la situación existente antes de ella, y por tanto en ausencia de derechos adquiridos.

Mas de que lo anterior sea cierto no puede seguirse que la Ley 75 de 1968 deba ser aplicada a los juicios de filiación iniciados con anterioridad a su vigencia, pero no terminados aún, porque tal proceder comprometería seriamente los intereses de los litigantes; vulneraría la situación jurídica concreta en que éstos se han colocado al constituirse la relación procesal con el ejercicio de los derechos de acción y de contradicción; y, en fin, alteraría las bases sobre las cuales se trabó el litigio, lo cual obviamente es inadmisible.

Si, como lo dice Pascuale Fiore en su obra "De la irretroactividad e interpretación de las leyes", página 155, "el ejercicio de la acción no viene a constituir un derecho perfecto más que cuando fuere ejercitada ya", cabe aceptar que para decidir la admisibilidad o la inadmisibilidad de la pretensión de filiación natural deducida en la demanda, el fallador debe atender a lo que disponga la ley que esté en vigor en el momento del ejercicio de la acción. Porque la constitución regular de la relación jurídico procesal trae por efecto la delimitación del campo de acción del juez y de las partes, sin que sea dable modificar la vinculación jurídica por leyes posteriores a su establecimiento.

IX. La demanda de 24 de septiembre de 1968 con la cual se inició el presente juicio fue conocida por todos los demandados el 7 de octubre siguiente, y contestada por éstos en escrito del 30 de ese mismo mes; es decir, antes de que entrara a regir la Ley 75 de 1968. Por consiguiente, a pesar de que las sentencias de primera y de segunda instancia fueron proferidas cuando ya estaba en vigor la nueva ley sobre filiación natural, era deber del sentenciador, tal cual lo hizo el de segundo grado, acatar los preceptos de la Ley 45 de 1936 en la decisión de la controversia y no los de la Ley 75 de 1968, porque eran aquellos y no éstos los que,

según la época en que se ejercitó el derecho de acción y se trabó la relación procesal, regulaban la cuestión controvertida.

X. De todo lo cual se sigue, como conclusión, que el Tribunal sentenciador no quebrantó, por inaplicación, el artículo 6º de la Ley 75 de 1968.

El cargo es por tanto ineficaz.

Cargo segundo

1. Mediante éste se acusa la sentencia de ser violatoria de la ley sustancial como consecuencia de errores de hecho que aparecen de modo manifiesto en los autos, provenientes de la interpretación que de la demanda hizo el Tribunal y de la errónea apreciación de la prueba testimonial. Estos yerros indujeron al sentenciador —dice el recurrente— a la "aplicación indebida del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, modificado por el artículo 6º de la Ley 75 de 1968, y artículos 397, 398 y 399 del Código Civil".

2. En desarrollo del cargo por el primer aspecto asevera el censor que erró el Tribunal al afirmar que en la demanda solo se había invocado la posesión notoria del estado de hijo, como causal para la declaración de la paternidad natural pedida, puesto que en ella también se planteó como cuestión fundamental "la existencia de relaciones sexuales y se adujo la respectiva causal".

Agrega que si en concepto del fallador *ad-quem* la demanda ofrecía oscuridad o deficiencia en la narración de los hechos afirmados como constitutivos de su *causa petendi*, era deber suyo interpretarla, teniendo en cuenta que "en los interrogatorios hechos a los testigos y en el alegato presentado por la parte actora", claramente se ve que la controversia se dirigía a una filiación natural con base, no solo en posesión notoria, sino también en las relaciones sexuales "que existieron entre la madre y el pretendido padre natural".

3. Al desenvolver el cargo por el segundo aspecto señala el impugnante como pruebas mal apreciadas por el Tribunal, por lo cual dice que incurrió en error de hecho, los testimonios de Jorge López Ramírez, Ramón Ramírez Amaya, Daniel Castaño Gil, Juan de la Cruz Londoño, Luis Felipe Montoya y Juan de la Cruz Díaz, rendidos extrajudicialmente, los que el sentenciador dejó de ameritar en su valor demostrativo, justificando su conducta en la afirmación de que dichos testimonios no fueron ratificados.

Expresa el censor que si bien estas personas inicialmente rindieron declaración extrajuicio, posteriormente fueron llamadas a declarar dentro del término probatorio, y que al hacerlo la prueba quedó controvertida. Agrega que "así como en el derecho civil la ratificación no viene a constituir un acto jurídico independiente de aquel que ha sido ratificado, en el derecho probatorio, la ratificación no es una prueba distinta de aquella que se ratifica. De allí que el Tribunal debió considerar y valorar las declaraciones de cada uno de los testigos antes enumerados, en relación con la respectiva declaración rendida en el juicio".

Se considera

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

Se viola la ley sustancial por infracción directa o falta de aplicación cuando no se

hace obrar el precepto en el caso controvertido, debiendo haberse aplicado en el fallo; por aplicación indebida, cuando entendida rectamente la norma se la aplica sin ser pertinente al asunto que es materia de la decisión; y por interpretación errónea cuando, siendo la correspondiente, se la entendió equivocadamente y así se le aplicó.

2. Según se desprende claramente del extracto que de su sentencia se ha hecho, el Tribunal no encontró acreditados suficientemente los hechos estructurales de la posesión notoria que como fundamento de la declaración de paternidad pedida se invocó en la demanda: consiguientemente negó todas las pretensiones de los demandantes. Lo cual significa que no aplicó el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, ni en todo ni en parte, ni menos el artículo 6º de la Ley 75 de 1968; tampoco los preceptos 398 y 399 del C. C.

Se limitó pues el ad-quem a manifestar la imposibilidad de declarar la filiación pedida, porque estimó que no se daba ninguno de los casos previstos al efecto en los ordinales 4 y 5º de la precitada Ley 45. Y si no aplicó ninguna de dichas normas es errado acusar la sentencia, como aquí lo hace el recurrente, por "aplicación indebida" de preceptos legales sustanciales que en ella no fueron aplicados.

3. Pero si la Corte debiera entender que se trata de una acusación del fallo por violación indirecta de la ley sustancial, en su especie de falta de aplicación de dichos preceptos, tendría que advertir que el sentenciador no incurrió en los errores de hecho que se le imputan en la censura y que, consecuencialmente, el cargo que se considera resulta infundado.

En efecto. Si, como lo ha sostenido la Corte reiteradamente, el manifiesto error de hecho en la interpretación de la demanda consiste en hacerle decir algo que no expresa, o en dejar de ver lo que palmariamente indica, no incurrió el Tribunal en esta especie de yerro al decir que en ella solo se había invocado como causal de la declaración de paternidad la posesión notoria del estado de hijo, porque resulta que evidentemente de la narración de hechos que dicho libelo trae no hay uno o algunos que aludan a la causal de relaciones sexuales. Y si la cita genérica que allí se hace del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 encarnara la invocación de dicha causal, se impondría decir que el sentenciador no omitió su consideración, desde luego que después de haber analizado la prueba testimonial en relación con la posesión notoria expresó que ella "tampoco hubiera servido para probar la causal 4ª del mismo artículo de la ley citada, de existencia de relaciones sexuales estables, porque los testigos nada dicen sobre la fecha más o menos aproximada del comienzo de las relaciones sexuales presuntas".

4. En lo atinente al otro error que el recurrente le imputa al Tribunal, y consistente en que habría dejado de apreciar "las declaciones rendidas extrajuicio, por falta de ratificación", siendo que tales testimonios se encuentran debidamente ratificados en el juicio, cabe observar que ese yerro en caso de existir sería de derecho y no de hecho, puesto que con tal conducta no se desconocería la presencia objetiva de tales declaraciones en el proceso, sino que habría dejado de aplicar el fallador preceptos legales que gobiernan la prueba.

A más de que el Tribunal sí vio, y consiguientemente apreció en su real contenido las declaraciones de Jorge López, Ramón Ramírez, Juan de la Cruz Londoño, Luis Felipe Montoya y Juan de la Cruz Díaz, quienes después de haber rendido testimonio antes del juicio, a instancia del demandante lo hicieron dentro de él, relatando en las dos oportunidades hechos sustancialmente iguales. El sentenciador no desestimó estos testimonios por falta de ratificación de sus dichos sino porque de su contenido no se infiere la posesión notoria del estado de hijo alegado en la demanda.

No estando, pues, demostrados los errores manifiestos de hecho alegados por el impugnante, el cargo no prospera.

IV

Resolución

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de siete (7) de septiembre de mil novecientos setenta (1970), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en este juicio ordinario instaurado por Fabio Márquez Marín y otros contra los herederos de Hernando Aguilar Díaz.

Las costas del recurso son de cargo de la parte recurrente

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

RESOLUCION DE LA PERMUTA

La acción resolutoria de contrato bilateral es constitutiva, personal e indivisible.

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

(Magistrado Ponente: Dr. José María Esguerra Samper).

En el juicio ordinario que promovió Gonzalo Arango Mejía contra "Ariza y Gómez Puertas Mundial Ltda", el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales dictó sentencia de segundo grado, el 17 de abril de 1969, contra la cual la parte demandada interpuso el recurso de casación que ahora decide la Corte.

Antecedentes

I. En la demanda que dio origen al juicio, la parte actora solicitó que se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

A) "Que se declare 'rescindido o resuelto', según el caso, el contrato de permuta realizado entre la sociedad 'Ariza y Gómez Ltda.' por una parte, y por la otra, el señor Gonzalo Arango Mejía, verificado por la escritura mencionada en esta demanda y en cuanto corresponde a éste último";

B) Que en consecuencia se ordene la cancelación de los registros y matrículas respectivos;

C) "Que se ordene en favor de la parte actora la entrega de los derechos que él había transferido por esa escritura";

D) "Que se condene a la sociedad demandada a pagar los perjuicios derivados del contrato que se deshace 'para ser liquidados por el sistema del artículo 553 del Código Judicial", y

E) Que se condene a la parte demandada en las costas del juicio.

"En subsidio, que se declare disuelto (sic) el contrato de permuta de la referencia, con las consecuencias enumeradas en los artículos B, C, D y E de la parte petitoria anterior o la nulidad del título de permuta, según se resuelva del estudio que se haga y de las jurisprudencias que se acepten".

II. Los hechos que configuran la causa petendi se resumen así:

1º La sociedad demandada fue constituida mediante escritura Nº 400 otorgada el 20 de marzo de 1967 en la Notaría Cuarta de Manizales en la cual se designó a Santiago Ariza Macías como Gerente.

2º Ariza en representación de la sociedad mencionada, celebró un contrato de permuta con Gonzalo Arango Mejía y Arturo Campo Posada por medio de la escritura Nº 595 otorgada el 7 de abril de 1967 en la Notaría Segunda de Pereira, en virtud del cual éstos adquirieron la casa número 53-52 de la carrera 24 de Manizales y la sociedad demandada, a su turno, un globo de terreno que hizo parte de la hacienda "San Felipe", con cabida de 750 hectáreas, ubicado en jurisdicción del Municipio de Falan, Departamento del Tolima, al cual se le dio el nombre de "Sayonara" y cuyos linderos se indican en el libelo.

3º En la cláusula 5ª del citado instrumento, los permutantes declararon "que no han

enajenado por ningún otro contrato existente los referidos inmuebles, los cuales están libres de todo gravamen como censos, embargos, demandas civiles, hipotecas, condiciones resolutorias".

4º Poco después vino a saber el demandante que el inmueble que adquirió en la permuta referida, junto con Campo Posada, según certificado de la Oficina de Registro, aparecía "con los siguientes gravámenes así: uno hipotecario por la suma de $ 90.000.00 y un contrato de administración por el término de diez años, constituído por Santiago Ariza Macías a favor del Banco Central Hipotecario...; y otro hipotecario a favor de Madera Triplex S. A. hasta la suma de doscientos mil pesos ($ 200.000.00) constituído por Santiago Ariza M...."

5º De acuerdo con lo anterior, cuando el 7 de abril de 1967 la sociedad enajenó la casa a título de permuta, manifestando que ésta se encontraba completamente libre de todo gravamen "estaba afirmando una cosa que no era cierta, pues desde el 21 de octubre de 1963 había constituído una hipoteca a favor del Banco Central Hipotecario... y desde el 19 de julio de 1964 había constituído una hipoteca abierta a favor de 'Maderas Triplex S. A.' el primer gravamen por $ 90.000.00 y el segundo por la suma de $ 200.000.00

6º "Hubo engaño en cuanto dijo dar una propiedad por $ 400.000.00, cuando en realidad soportaba hipotecas por $ 290.000.00, sin contar los intereses y demás sumas accesorias de los gravámenes, lo que reducía su verdadero precio solamente a $ 110.000.00; hubo engaño en cuanto manifestó expresamente en la escritura la sociedad que estaba libre de todo gravamen, teniendo en realidad dos (2) muy anteriores, vigentes y sin cancelar; hubo engaño y ocultación maliciosa de la situación del bien no relacionando siquiera verbalmente cuanto valían los gravámenes que los tenía y en qué condiciones estaban";

7º "Los móviles determinantes de los contratantes, que son ambos vecinos de lugares distintos de Manizales, el doctor Campo Posada de Bogotá y el Sr. Arango Mejía de Pereira, no eran propiamente habitarla, sino tener el inmueble para negocio..."

8º "Tampoco ha existido entrega del inmueble en el sentido legal de la palabra. La obligación de quien transfiere una propiedad es entregarla en la misma forma, detalles y condiciones en que se dice transferida en instrumento público. No ha habido entrega porque mi poderdante recibió una propiedad doblemente gravada cuando en realidad se le vendió una cosa libre de todo gravamen";

9º "Ha habido, además, incumplimiento por parte de la sociedad porque no solo no entregó lo vendido en las condiciones estipuladas, sino que no saneó la propiedad en los términos que la obliga la ley";

10. "Si la causa inmediata del contrato es la contraprestación de lo que se da, según el libelo, deriva de haber sido ellas adjudicatarias de los bienes, tampoco la hubo porque a la sociedad se le transfirió un bien libre, y realmente libre, y ella dio en cambio un bien que no era el mismo descrito en la escritura pública pues que estaba limitado su dominio cuando se dijo darlo libre. No estaba la sociedad dando lo que se comprometió a dar cual era un inmueble sin gravámenes, lo que afecta también la causa de la obligación".

11. "Entre la alternativa que a favor de mi poderdante establecen en este caso las leyes civiles, se opta por la resolución o rescisión, según se interprete el contrato con retribución de los perjuicios ocasionados hasta que la entrega se verifique".

III. La parte demandada contestó la demanda, oponiéndose a las súplicas impetradas por el actor y propuso, entre otras, la excepción de transacción, afirmando que ésta había sido celebrada entre las partes y que además fue "aceptada por el actor con otorgamiento de garantías compensatorias de los gravámenes". Al dar respuesta al hecho 8º expresó que antes del 21 de junio de 1967 el demandádo había celebrado "una transacción con el demandante para compensarle la pignoración vigente sobre la firma".

IV. El juzgado del conocimiento mediante fallo fechado el 24 de julio de 1968, declaróse inhibido para resolver sobre el fondo de las pretensiones del demandante, en consideración a que Arturo Campo Posada, quien había sido también parte en el contrato de permuta atacado, no lo había sido en el juicio al cual no fue citado en forma alguna.

V. Por apelación que interpuso la parte actora, subió el negocio al Tribunal de Manizales el cual sin pronunciarse sobre la excepción antes mencionada y en desacuerdo con el sentenciador de primera instancia, revocó el fallo proferido por éste y en su lugar resolvió lo siguiente:

"1º DECLARASE resuelto el contrato de permuta celebrado entre 'Ariza y Gómez —Puertas Mundial Ltda.—', por una parte, y por la otra al señor Gonzalo Arango Mejía, de acuerdo con la escritura pública Nº 595, otorgada el 7 de abril de 1967, y **solamente en cuanto corresponde a este último** (subraya la Corte).

"2º En consecuencia de lo anterior, SE ORDENA la cancelación de los registros y matrículas respectivas y las partes quedan obligadas a restituirse mutuamente los inmuebles permutados...";

"3º Se absuelve a la sociedad demandada de la obligación de pagar los perjuicios a que se refiere el numeral d) de la parte petitoria de la demanda;

"4º Se condena a la sociedad demandada a pagar el 60% de los costos causados en ambas instancias, por haber prosperado solo parcialmente la demanda".

Contra esta sentencia, como ya quedó dicho, la parte demandada interpuso el recurso de casación que ahora se decide.

Motivación de la sentencia impugnada

El Tribunal, comienza por rectificar la opinión del Juzgado de que la acción resolutoria es indivisible siendo que "la H. Corte Suprema de Justicia en reiterada (sic) jurisprudencia ha sostenido la tesis totalmente contraria". Transcribe luego algunos pasos de las sentencias de casación de fecha 26 de febrero de 1930 (G. J. Nº 1861, Pág. 487) y de 5 de junio de 1946 (G. J. Nº 2034, Pág. 669), según las cuales la referida acción es divisible. Trae en apoyo de esta tesis el artículo 1581 del Código Civil y luego de distinguir lo que se debe entender por división física y división intelectual concluye que "en el caso sub-judice, tratándose de un contrato de permuta por el cual las partes se obligaron a transmitirse, recíprocamente, derechos que recaen sobre los inmuebles situados en Falan y Manizales, respectivamente, no cabe la menor duda respecto a la divisibilidad de las obligaciones contraídas".

Se refiere luego al contrato de permuta, para decir que por su naturaleza participa de las características del de compraventa, y luego de citar un expositor nacional y algunas doctrinas de la Corte, se expresa en la siguiente forma:

"Está plenamente demostrado en el juicio a estudio que el demandante cumplió a cabalidad con sus obligaciones inherentes a la permuta; entregó el inmueble rural situado en el Municipio de Falan, libre de todo gravamen, y el señor Ariza entró en posesión material de él. Por el contrario, el señor Arango Mejía se encontró en primer término con un contrato de administración que Ariza tenía celebrado por el lapso de diez años con el Banco Central Hipotecario y una hipoteca de primer grado por la suma de noventa mil pesos ($ 90.000.00) y, además, una hipoteca abierta con 'Triplex Pizano S. A.', hasta por la suma de doscientos mil pesos ($ 200.000.00). Y según consta en el certificado expedido por el Presidente de dicha sociedad (sic) el día 7 de noviembre de 1967, el señor Santiago Ariza debía a la citada firma la suma de $ 186.017.31, moneda legal; en total el señor Ariza debía **doscientos setenta y seis mil diecisiete pesos con treinta y un centavos** ($ 276.017.31) y el valor de la permuta ascendía a **cuatrocientos mil pesos** ($ 400.000.00) M/Cte.

"También se encuentra debidamente probado —agrega— que el Banco Central Hipotecario y la sociedad 'Triplex Pizano S. A.', adelantan ante el Juzgado Quinto Civil Municipal de esta ciudad un juicio especial sobre venta de bienes hipotecados contra los señores Arturo Campo Posada y Gonzalo Arango Mejía, el cual se tramita bajo una misma cuerda procesal, con base en los gravámenes hipotecarios que pesan sobre el inmueble permutado y cuyas obligaciones fueron contraídas por el señor Santiago Ariza y sin embargo, afirmó en el contrato que entregaba dicho inmueble exento de 'hipotecas, censos, pleitos, etc.' "

A renglón seguido expresa el sentenciador que de autos está probado que la sociedad demandada transó (sic) con el Dr. Arturo Campo Posada, uno de los contratantes y olvidó al señor Gonzalo Arango Mejía que constituye la otra parte, causándole un notorio perjuicio y de ahí que la providencia apelada sea injusta por este aspecto, al desconocer el derecho legítimo del actor para reclamar la resolución del contrato de permuta. Es evidente que de haber conocido los gravámenes que pesan sobre el inmueble permutado, no se hubiera celebrado el contrato en las condiciones que se hizo ya que se rompió el equilibrio económico en el vínculo bilateral llevado a cabo por las partes".

Por último, con nuevas transcripciones de algunas doctrinas de la Corte, expone el sentenciador que no hay lugar a condenar en perjuicios a la parte demandada, no obstante que las demás súplicas del libelo sí están llamadas a prosperar, por cuanto la existencia de aquellos no está demostrada ya que la parte demandante encaminó todo su esfuerzo probatorio a la demostración del incumplimiento del contrato, pero descuidó lamentablemente la obligación en que estaba de aducir pruebas fehacientes sobre la existencia real de perjuicios ocasionados por el incumplimiento. Y bien sabido es que la prosperidad de cualquier acción indemnizatoria de perjuicios, así sea contractual o extracontractual, está condicionada ineludiblemente a la comprobación de que esos perjuicios tuvieron efectiva ocurrencia".

La demanda de casación

La parte recurrente fórmula cinco cargos contra el fallo impugnado, cuatro de ellos por el motivo primero de casación y el último con base en la causal segunda, que por razones de método debe estudiarse antes que los restantes.

Quinto cargo

Se afirma que la sentencia del Tribunal es incongruente "porque no resolvió absolutamente nada sobre la excepción de transacción propuesta por la parte demandada al contestar el traslado de la demanda" y que violó por consiguiente el artículo 471 del Código Judicial; que ese medio de defensa fue explícita y claramente propuesto al contestar el libelo (C. Nº 1, Fl. 16. Vto.); que el sentenciador dijo que estaba comprobado "que la sociedad demandada transó con el Dr. Arturo Campo Posada uno de los contratantes y olvidó al señor Gonzalo Arango Mejía que constituye la otra parte" lo cual demuestra "que no se percató de la existencia de la excepción propuesta, lo que ha debido examinar para negar que se hallase probada como requisito previo para resolver favorablemente las pretensiones del actor".

Para rematar el cargo, expresa el recurrente que en el caso sub-judice "no se ve ninguno de los elementos del fallo implícito. Por consiguiente, existe un error in procedendo, que justifica la casación del fallo acusado.

El opositor arguye que no existe la incongruencia planteada en el cargo que se estudia, porque en la sentencia "hubo un implícito rechazo de las excepciones presentadas por la parte demandada, inclusive la de transacción que no está probada, en forma alguna" y para respaldar su aserto de tal rechazo implícito, transcribe algunos pasos de un expositor nacional en los cuales se citan sentencias de la Corte en ese mismo sentido.

Se tiene en cuenta

Es jurisprudencia reiterada de esta Corporación, que la causal segunda "procede úni-

camente ya cuando se resuelve sobre puntos ajenos a la controversia... o no se falla sobre alguna de las excepciones perentorias opuestas a la acción entendida la excepción como la entiende el derecho ritual. Por tal motivo para saber si hay incongruencia entre lo pedido y lo sentenciado, y en consecuencia, hallar asidero a la causal segunda de casación, solo debe tenerse en cuenta la parte resolutiva del fallo, según doctrina constante de la Corte, quien además añade que la causal no autoriza ni puede autorizar a entrar en el examen de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes de su fallo" (Sentencias 31 de julio de 1945, LIX, Pág. 406; 12 de marzo de 1948. LXIV, Pág. 73; 3 de junio de 1948, LXIV, Pág. 414).

Se ha dicho también que una sentencia acusada de incongruente por no contener su parte resolutiva pronunciamiento expreso sobre excepciones perentorias invocadas por el demandado o plenamente demostradas en el juicio (salvo las que no pueden declararse de oficio como la de prescripción), no lo es, si por la naturaleza de la misma no cabía tal pronunciamiento, como en las inhibitorias y en las totalmente absolutorias (CVI, Pág. 48; CX, Pág. 340; CXI, Pág. 830); o si del propio contenido del fallo es inequívoco el rechazo implícito de aquellos (Cas. Civ. 27 de mayo de 1936, G. J. Nº 1909, Pág. 607; 17 de junio de 1957, LXXXV, Pág. 377; 31 de enero de 1947, G. J. Nº 2042, Pág. 717).

Como se vio al relatar los antecedentes del juicio, la parte demandada propuso la excepción de transacción, afirmando que ésta se había celebrado con el demandante "para compensarle la pignoración vigente sobre la finca"; que éste la había aceptado mediante el otorgamiento a su favor "de garantías compensatorias de los gravámenes"; que "hubo transacción, saneamiento y compensación de valores como lo demostraré, la situación económica de la parte actora quedó equilibrada... la contraprestación económica por parte de mi cliente se satisfizo en virtud de transacción". Y no se detuvo ahí la parte demandada, como que en su memorial petitorio de pruebas presentado al Juez de Primera Instancia (C. Nº 2, Fl. 3 Vto.) solicitó algunas tendientes a demostrar su aserto, las cuales fueron decretadas por auto de 23 de octubre de 1967 y allegadas al expediente.

En estas condiciones, no cabe la menor duda de que el Tribunal incurrió en la incongruencia que se le atribuye, porque no solo dejó de pronunciarse en la parte resolutiva de la sentencia sobre la excepción de transacción como ha debido hacerlo, sino que la parte motiva no contiene alusión alguna a ese medio de defensa, ni en ella se mencionan siquiera las pruebas que para demostrarlo presentó la excepcionante, lo cual descarta en forma absoluta que hubiere hecho un pronunciamiento siquiera implícito a ese respecto.

El sentenciador se limitó a mencionar, muy de paso, que la sociedad demandada había transigido con "uno de los contratantes y olvidó al señor Gonzalo Mejía Arango que constituye la otra parte", lo cual en manera alguna puede considerarse como que tácitamente rechazó o declaró no probada la excepción, pues para ello habríase requerido al menos la valoración de las pruebas que se presentaron para demostrarla. El texto de la sentencia impugnada revela de modo cierto que el Tribunal no tuvo en cuenta la excepción de transacción propuesta por la parte demandada y por consiguiente resulta palmaria la incongruencia señalada por el recurrente.

En tal virtud, el cargo que se despacha está llamado a prosperar y compete a la Corte proferir en instancia el fallo que reemplace el dictado por el Tribunal.

Sentencia de instancia

No obstante la falta de precisión del contexto de la demanda, éste puede interpretarse en el sentido de que se impetra la resolución del contrato de permuta celebrado por las partes, con el consiguiente resarcimiento de los perjuicios sufridos por el demandante a consecuencia del no cumplimiento de obligaciones a cargo del demandado.

La acción resolutoria de un contrato bilateral, cuyo principal fundamento legal es el artículo 1546 del Código Civil, es eminentemente constitutiva (G. J. Nº 1941, Pág. 243; LXII, Pág. 63) puesto que tiende a aniquilar un acto jurídico y a dejar las cosas en el estado en que se hallaban antes de la celebración del mismo; es personal (XXI, Pág. 308; XXIII, Pág. 25) porque sólo los contratantes y sus causahabientes pueden promoverla y afrontarla, lo cual significa también que se produce entre ellos un litisconsorcio necesario (LXXIX, Pág. 157) que exige la intervención activa o pasiva de todos los que celebraron el contrato en el juicio en que se pretende la resolución del mismo y por consiguiente que es indivisible (Cas. Civ. 30 de mayo de 1932, G. J. Nº 1884, Pág. 564; Nov. 2 de 1936, G. J. Nº 1907, Pág. 391). Desde luego la viabilidad de la acción de que se trata requiere sine quam non que el contratante contra el cual se promueve haya incurrido en mora y que el actor por su parte haya cumplido o allanádose a cumplir las obligaciones a su cargo "en la forma y tiempo debidos" (Cas. abril 21 de 1939, G. J. Nº 1947, Pág. 58; febrero 2 de 1940, G. J. Nº 1953, Pág. 54; enero 30 de 1963, G. J. T. XCVIII, Pág. 30).

De lo anterior se deduce sin lugar a dudas que la ley otorga al contratante que cumplió con sus obligaciones el derecho alternativo, de demandar la resolución o el cumplimiento, y que aquella destruye el contrato, con efecto retroactivo, es decir, como lo ha dicho la Corte, "que se desatan todos los derechos y obligaciones que del contrato emanaron; se vuelven las cosas al estado que tenían antes de celebrarse; se tiene la convención por no celebrada... no hay duda que el contrato resuelto queda retroactivamente anonadado. Nació válido. Pero el incumplimiento de una parte... obliga al juez a eliminarlo. (Cas. Nov. 26 de 1935, LXII, Pág. 391, abril 26 de 1955, LXXX, Pág. 55). Es obvio que un contrato, en estas condiciones, no puede quedar "aniquilado o anonadado", para emplear la misma terminología de la doctrina transcrita, solo en parte y en relación con solo algunos de los contratantes, ni que las cosas puedan retrotraerse apenas parcialmente al estado que tenían antes del contrato, luego forzoso es concluir que la acción resolutoria es indivisible so pena de desconocer el principio de contradicción. Un contrato no puede quedar aniquilado para unos y al mismo tiempo continuar vigente para otros. No siendo pues, divisible la resolución y por ende no siéndolo tampoco la acción tendiente a que la justicia la decrete, por haber en ella un litisconsorcio necesario, es inconcuso que en el juicio mediante el cual se promueve tal acción deben ser parte los que lo fueron en el contrato cuya resolución se demanda.

Por consiguiente, debe insistirse en que la acción resolutoria es indivisible, lo cual lleva a la Corte a reiterar la doctrina que en ese sentido expuso en sus sentencias del 30 de marzo de 1932 (G. J. Nº 1884, Pág. 564), y del 10 de mayo de 1942 (G. J. Nº 1983, Pág. 110) y a rectificar en lo pertinente aquellas en que sostuvo la tesis contraria, en los precisos casos en que fueron proferidas (Cas. Civ. 26 de febrero de 1930, G. J. Nº 1861, Pág. 487; 19 de diciembre de 1930, XXXVIII, Pág. 389 y 5 de junio de 1946, LX, Pág. 670), vale decir, en cuanto en dichos fallos se dijo que la referida acción resolutoria es divisible si el objeto de la obligación es susceptible de división.

En el caso sub-judice, como atrás se dijo, se pretende la resolución de un contrato de permuta celebrado entre el demandante y Arturo Campo Posada, de un lado, y la sociedad demandada del otro, no obstante lo cual Campo Posada no fue parte en el proceso. En tal virtud, a espaldas de éste, la justicia está inhibida para proferir un fallo de mérito sobre la acción resolutoria que promovió el demandante, como con acierto lo decidió el sentenciador de primera instancia.

Por consiguiente, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia objeto del recurso proferido en este juicio el 17 de abril de 1969 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, y como fallador de instancia CONFIRMA la que dictó el Juez Cuarto Civil de ese Circuito el 24 de julio de 1968.

Condénase al demandante en las costas de las instancias; no las hay en el recurso extraordinario.

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

ASIGNACION MODAL

Si se asigna algo a una persona con la obligación a aplicarlo a un fin especial, esta obligación es un modo y no una condición suspensiva.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por algunos de los demandados contra la sentencia de 28 de febrero de 1969, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Palmira en el juicio ordinario instaurado por Ofelia Martínez de Suárez frente a Saúl Martínez Silva y otros.

I

El litigio

1. Mediante escrito del 19 de abril de 1963 la citada Ofelia Martínez de Suárez demandó ante el entonces Juzgado Primero Civil del Circuito de Palmira a Saúl y Primitivo Martínez Silva, a Juan Clímaco Collazos y a Inés Alvarez de Martínez, a efecto de que previos los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía se hiciesen las siguientes declaraciones:

a) Que Saúl Martínez Silva, al adquirir para sí el terreno del indiviso de San Fernando y al vender luego ese mismo fundo a "Eder y Cía. Ltda.", actuó no solo en su propio nombre sino también como mandatario de los demás herederos de Primitivo Martínez Ortiz; b) que, en consecuencia aquel está obligado a pagar a la demandante la participación que como hija legítima del causante le corresponde en la suma de $ 663.000.00 que recibió en virtud del contrato contenido en la escritura número 224 de 28 de abril de 1959, otorgada en la Notaría de Puerto Tejada, o sea la cantidad de $ 132.000.00, junto con los intereses legales a partir de esa fecha; c) que Primitivo Martínez Silva incumplió el mandato que le confirió el partidor de los bienes de la sucesión de Primitivo Martínez Ortiz, "dispuso arbitrariamente del terreno del indiviso de San Fernando que le fue adjudicado en la hijuela de legados, se abstuvo de tomar precaución alguna que protegiera los derechos de sus coherederos y al incurrir en estos y en otros graves errores de conducta causó perjuicios a la demandante, por lo cual está obligado a pagarlos solidariamente con el demandado Saúl Martínez Silva; y d) que los demandados Juan Clímaco Collazos e Inés Alvarez de Martínez, al celebrar los contratos de compraventa contenidos en las escrituras números 127 de 3 de marzo de 1937, 807 de 12 de septiembre de 1940 y 434 de 14 de agosto de 1941, causaron con su culpa perjuicios a la demandante, por lo cual están obligados a pagarlos solidariamente con los otros dos demandados.

Pretende igualmente la demandante que, en el evento de la improsperidad de las anteriores súplicas, se hagan los siguientes pronunciamientos: a) que pertenece a la sucesión de Primitivo Martínez Ortiz la suma de $ 663.000.00 pagada por "Eder y Cía. Ltda." a Saúl Martínez Silva, por virtud del contrato contenido en la escritura número

224 de 28 de abril de 1959, otorgada en la Notaría de Puerto Tejada; b) que consecuencialmente la demandante, en su calidad de hija legítima del causante, tiene derecho a recibir la parte proporcional que le corresponde en esa suma de dinero, de acuerdo con las reglas legales sobre partición de bienes hereditarios; y c) que por lo tanto los demandados están obligados solidariamente a pagarle la cantidad de $ 132.000.00, junto con los intereses legales liquidados desde aquella fecha.

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

a) En la sucesión testada de Primitivo Martínez Ortiz, juicio protocolizado mediante escritura pública número 141 de 27 de marzo de 1925, otorgada en esa fecha en la Notaría Primera de Palmira, el partidor confirió al heredero Primitivo Martínez Silva, por ser en esa época el único que había llegado a la mayoridad, el encargo de pagar los legados instituídos por el testador que en total ascendieron, previa reducción, a la cantidad de $ 3.793.86. Para tal efecto se le adjudicó una hijuela especial, compuesta por algunos bienes muebles sin mayor importancia y además por el terreno del indiviso de San Fernando o el Ortigal, "situado en el municipio de El Espejuelo o Miranda, con extensión de trescientas veintiuna fanegadas y cuarto", inventariado en la sucesión por la suma de $ 3.000.00;

b) La adjudicación se hizo, según lo reza la escritura respectiva en la parte final de la "Hijuela de Legados", "sin perjuicio de las acciones que reconocen a los legatarios los artículos 1430, 1417 del Código Civil y con el bien entendido de que como la adjudicación para el pago de los legados no es causa de beneficio particular para un heredero, si los bienes con que ha sido pagada la hijuela produjeren más de lo que valen los legados, el exceso debe sujetarse a una liquidación semejante a la hecha en esta partición para el pago de las legítimas, la porción conyugal y los legados mismos";

c) Doce años después Primitivo Martínez Silva, al ser perseguido judicialmente por sus acreedores, mediante escritura número 127 de 3 de marzo de 1937, otorgada en la Notaría Primera de Palmira, dijo vender a su concuñado Juan Clímaco Collazos por los precios de $ 4.000.00, $ 3.000.00 y $ 50.00, respectivamente, los siguientes bienes: 1º el lote "El Recreo" ubicado en esa ciudad; 2º el terreno indiviso de San Fernando o El Ortigal, con extensión de trescientas veintiuna fanegadas y cuarto; y 3º todos los derechos y acciones que le corresponden o puedan corresponderle en la sucesión de su padre, "sobre cualesquiera bienes que pertenezcan o resulten pertenecer en el futuro a la mencionada sucesión". No obstante que su interés particular sobre el terreno del indiviso de San Fernando se limitaba a una posible cuota hereditaria sobre el precio que excediera del valor de los legados, puesto que le fue adjudicado para que cumpliera su mandato, vendió, además de este predio específicamente considerado, todos sus "derechos y acciones en la sucesión";

d) "La venta simultánea del terreno de San Fernando y de los derechos y acciones hereditarios vinculados a él —dice la demandante en el hecho 5º de su libelo— demuestra que el contrato fue aparente y no real, pues quien en verdad enajena una cosa no conserva derechos sobre ella que pueda traspasar separadamente; y al comprador, por su parte, le bastaba comprar el terreno para adquirir su pleno dominio, sin necesidad de comprar por separado derechos hereditarios sobre el mismo terreno, ya que el vendedor, como mandatario de todos los herederos, tenía facultad de enajenar el todo";

e) La venta referida es simulada porque se celebró entre parientes cercanos; no hubo de parte del vendedor intención de transferir el dominio de lo vendido, ni por parte del comprador intención de adquirirlo; ni tampoco Collazos pagó a Martínez Silva precio alguno;

f) Años después Juan Clímaco Collazos devolvió los bienes que simuladamente había adquirido de su concuñado Primitivo

Martínez Silva, otorgando al efecto las escrituras números 807 de 12 de septiembre de 1940 de la Notaría Tercera de Cali y 434 de 14 de agosto de 1941 de la Notaría Primera de Palmira; por la primera manifestó enajenar a título de venta a favor de Inés Alvarez de Martínez, esposa de Primitivo Martínez Silva, el inmueble "El Recreo", por el precio de $ 4.000.00; y por la segunda dijo vender a Saúl Martínez Silva el terreno indiviso de San Fernando, por la suma de $ 3.000.00, o sea por el mismo precio que lo había comprado;

g) La finalidad de este último pacto no fue otra que hacer regresar el terreno del indiviso de San Fernando al patrimonio de la Familia Martínez Silva, para lo cual, por acuerdo unánime de todos los hermanos, se escogió el nombre de Saúl en quien ellos depositaron toda su confianza, como antes lo habían hecho con Primitivo, facilitando así la prosecución del juicio divisorio necesario para recuperar la posesión material del inmueble, detentado entonces por otros comuneros;

h) "Pero, —dice la demandante en el hecho 22 de su libelo— aunque el mandato que la madre y los hermanos de Saúl Martínez confirieron a éste para adquirir él solo de Juan Clímaco Collazos el terreno del indiviso de San Fernando y recuperar luego ese terreno para beneficio de todos los dueños, fue verbal y no escrito, pues constituyó un acto de entera confianza que los mandantes depositaron ciegamente en su mandatario", éste, sin embargo, hizo público el encargo entre sus amigos y relacionados en muchas de sus conversaciones; ostensiblemente actuó en esa calidad al adquirir el terreno del indiviso, al atender las acciones judiciales dirigidas a la recuperación del terreno exigiendo a sus poderdantes "ayuda económica y cooperación de toda índole, que éstos le suministraban con el placer y la presteza debidos", y finalmente al negociar con "Eder y Cía. Ltda." la transacción de ese pleito a cambio de la suma de $ 663.000.00 que recibió por tal concepto, según consta en la escritura pública número 224 de 28 de abril de 1959, otorgada en la Notaría de Puerto Tejada;

i) Recibido el dinero producto de la transacción, Saúl Martínez Silva se olvidó de haber actuado como mandatario de sus coherederos; el acuerdo de familia en virtud del cual Collazos devolvió la escritura que le había otorgado el primer mandatario se borró de su mente, y consiguientemente se proclamó como único dueño del predio indiviso de San Fernando "aferrándose a la letra de la escritura" que años atrás se le había hecho;

j) En los hechos 28 a 34 de la demanda se afirma que las compraventas contenidas en las escrituras 127 de 3 de marzo de 1937, 807 de 12 de septiembre de 1940 y 434 de 14 de agosto de 1941, hechas por Primitivo Martínez Silva a Juan Clímaco Collazos, y por éste a Inés Alvarez de Martínez y a Saúl Martínez Silva, son simuladas porque en ninguna de ellas hubo precio, ni intención de transferir el dominio por parte de los aparentes vendedores, ni de adquirirlo por parte de los compradores y porque, además, por esas épocas éstos no tenían los dineros que en dichos contratos aparentes se estipularon como precio, ni menos se hizo la entrega material debida por los tradentes a los adquirentes;

k) Al vender simuladamente el terreno indiviso de San Fernando, Primitivo Martínez Silva, dada la calidad de mandatario de sus coherederos, estaba obligado a ejecutar los actos indispensables para cautelar los derechos de éstos, como firmar una escritura ante los posibles peligros que corrían, y sin embargo se abstuvo de hacerlo; se le presentó luego una nueva oportunidad de asegurar los derechos de sus hermanos cuando Collazos devolvió el dominio de este terreno a Saúl Martínez Silva, y tampoco desplegó la actividad diligente que el caso requería. Por ello incurrió en errores de conducta que constituyen culpa en el incumplimiento de sus deberes de mandatario;

l) Juan Clímaco Collazos, al intervenir en los contratos simulados de compra y venta contenidos en las escrituras 127, 807 y 434 ya citadas, estaba obligado a tomar todas las precauciones para devolver los bie-

nes recibidos a todos los herederos de Primitivo Martínez Ortiz y no solamente a uno de éstos, como lo hizo. Por cuanto no actuó en esos negocios con la prudencia indispensable, incurrió en culpa civil que lo responsabiliza de los perjuicios causados;

ll) Inés Alvarez de Martínez, quien también actuó con conocimiento de causa en este proceso al recibir de Collazos y para su marido el predio "El Recreo", estaba obligada a intervenir para que la devolución del predio indiviso de San Fernando aprovechara a todos los herederos de Martínez Ortiz; sin embargo nada hizo con tal fin y su omisión causó graves perjuicos a la demandante;

m) Saúl Martínez Silva, antes de la negociación hecha con la entidad "Eder y Cía. Ltda.", era hombre pobre, pues para atender sus obligaciones personales y los gastos del juicio divisorio tuvo que hacer préstamos; y aún después no llegó a ser millonario y sin embargo afirma "haber actuado como todo un Rockefeller al hacer donaciones en dinero efectivo por valor de cien mil pesos". Al absolver posiciones confesó que como "participación en el precio de la venta del terreno de San Fernando" dio a sus parientes las siguientes sumas de dinero: $ 20.000.00 a su hermana Aura Martínez; $ 10.000.00 a su hermano Primitivo Martínez; $ 50.000.00 a su hermano Carlos Martínez; y $ 20.000.00 a su madre, supuestas donaciones éstas que demuestran que en las referidas negociaciones actuó no solo en su propio nombre, sino también en nombre y representación de los demás herederos;

n) Mediante escrito privado de 11 de diciembre de 1969 Saúl Martínez Silva también confesó "haber estado dispuesto" a dar a su hermana Ofelia Martínez de Suárez la suma de $ 20.000.00, "como obligación moral suya hoy, por concepto de lo que pudo haberle correspondido en un derecho en el terreno indiviso de San Fernando...", y

o) En los hechos 48 a 59 de la demanda, afirma la actora que si Saúl Martínez Silva no hubiera actuado como mandatario de sus coherederos ninguna obligación, ni legal ni moral, pesaba sobre él para dar participación en el precio del negocio; pero que su comportamiento implica confesión de ese mandato, y que en tales condiciones la obligación legal que existía a cargo del primer mandatario Primitivo Martínez Silva, "se traspasó al mandatario sustituto, señor Saúl Martínez Silva".

3. Los demandados, en su contestación a la demanda, negaron algunos de los hechos afirmados en ésta, exigieron la prueba para los demás, se opusieron a las pretensiones de su demandante y finalmente propusieron las excepciones que nominaron "carencia de derecho"; "ineptitud sustantiva de la demanda"; y "prescripción de las acciones promovidas".

Con aducción de pruebas de ambas partes se surtió la primera instancia del proceso, a la que el juzgado del conocimiento, a la sazón lo era el Primero Civil Municipal de Palmira, le puso fin con su sentencia de 29 de noviembre de 1966, mediante la cual resolvió:

"Primero. DECLARASE que el señor Saúl Martínez Silva, mayor y vecino de esta ciudad, sí actuó no solo en su propio nombre, sino también como mandatario de los demás herederos del señor Primitivo Martínez Ortiz al celebrar la transacción con "Eder & Cía. Ltda." de que da cuenta la escritura pública número 224 de 28 de abril de 1959 de la Notaría de Puerto Tejada, Cauca.

"Segundo. Como consecuencia de la anterior declaración, condénase al señor Saúl Martínez Silva, mayor y de este vecindario, a pagar a la señora Ofelia Martínez Silva de Suárez al día siguiente de quedar ejecutoriada esta sentencia, la suma de ciento diez mil quinientos pesos ($ 110.500.00) moneda corriente que como hija legítima del señor Primitivo Martínez Ortiz le corresponde en la cantidad de seiscientos sesenta y tres mil pesos ($ 663.000.00), valor de la negociación celebrada con "Eder & Cía. Ltda." según contrato que consta en la escritura pública número 224 de 28 de abril de 1959, más los intereses legales sobre la suma anteriormente reconocida en favor de

la demandante, los cuales se liquidarán desde la fecha en que según la expresada escritura recibió este demandado el pago de "Eder & Cía. Ltda." hasta el día en que a la demandante se le haga el pago total de la dicha cantidad.

"Tercero. Absuélvese a los señores Juan Clímaco Collazos, mayor y vecino de Cali, e Inés Alvarez de Martínez, mayor y vecina de esta ciudad, de los cargos formulados en la presente demanda por la señora Ofelia Martínez de Suárez, a virtud de las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

"Cuarto. Absuélvase al señor Primitivo Martínez Silva, mayor y vecino de esta ciudad, de los cargos formulados en la demanda propuesta por la señora Ofelia Martínez de Suárez, por las razones que se expusieron en la parte motiva de esta providencia.

"Quinto. No hay lugar a declarar probadas las excepciones propuestas.

"Sexto. Costas a cargo de ambas partes".

4. Como efecto de la apelación interpuesta por demandante y demandados el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Palmira, el que, por sentencia de 28 de febrero de 1969, reformó el fallo apelado así:

a) Confirmó los numerales 1º y 2º de la providencia impugnada; b) declaró que Juan Clímaco Collazos, al otorgar las escrituras números 127 de 3 de marzo de 1937, 807 de 12 de septiembre de 1940 y 434 de 14 de agosto de 1941, incurrió en culpa civil, siendo por tanto "responsable de los perjuicios causados a la demandante que se liquidarán conforme al Art. 553 del C. Judicial"; c) declaró que Primitivo Martínez Silva incumplió el mandato que le confirió el partidor de los bienes de la sucesión de Primitivo Martínez Ortiz, al disponer del terreno del indiviso de San Fernando, incurriendo "en error de conducta que constituye culpa civil, fuente de perjuicios a la demandante", y que por tanto está obligado a pagarlos en la cantidad que se fije, conforme al procedimiento del artículo 553 citado; d) declaró probada "la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda" con relación a la demandada Inés Alvarez de Martínez; y e) impuso las costas de la primera instancia a la parte demandada.

II

Motivación del fallo impugnado

1. Luego de relatar los antecedentes del litigio y el trámite de las instancias, afirma el Tribunal que para dilucidar la cuestión debatida el orden lógico exige determinar primeramente la naturaleza de la condición impuesta por el partidor al mandatario encargado de pagar los legados, y su responsabilidad en la venta de los bienes destinados a tal fin.

En esta tarea, el sentenciador analiza la escritura número 141 de 27 de marzo de 1925, mediante la cual se protocolizó en la Notaría Primera de Palmira el juicio de sucesión de Primitivo Martínez Ortiz, para notar que la adjudicación del inmueble de "el indiviso de San Fernando" que por ella se hizo a Primitivo Martínez Silva, fue condicionada al pago de los legados instituídos por el testador. Dice que al abrir "una hijuela especial" el partidor dejó claramente vertido su pensamiento, que era a la vez el de todos los herederos: adjudicar dicho bien al único heredero entonces mayor de edad sin ninguna otra finalidad que la de destinar su valor al pago de los legados, y quien podía "satisfacer el encargo, no solo pagando los legados, sino garantizándole a los restantes herederos, menores de edad a la época de la adjudicación, la devolución del mayor precio".

Rematando su consideración por este aspecto dice el ad-quem que "al estipular el testador la forma como debían ser repartidos sus bienes, el ejecutor testamentario hizo una hijuela de legados y con el fin de satisfacerlos le fue adjudicado al heredero Martínez Silva el 'indiviso de San Fernando'. A partir de ese momento y una vez registrada la hijuela, la condición impuesta por el partidor era de rigurosa obligatoriedad para Primitivo Martínez Silva en el

sentido de pagar los legados y devolver el excedente a los restantes herederos, conforme al mandato impuesto y aceptado, no solo por la naturaleza de la adjudicación misma que tenía un fin exclusivo, independientemente de su calidad de heredero, sino también porque al asumir por mandato de la ley y voluntad del partidor, una procuración para representar a los restantes herederos, se sujetaba a la responsabilidad como mandatario y extendida hasta la culpa leve".

Y refiriéndose a la escritura número 127 de 3 de marzo de 1937, por la cual Primitivo Martínez Silva vendió a Juan Clímaco Collazos varios bienes, dentro de los cuales se enlistó "el indiviso de San Fernando", la destaca el fallador como "una venta realizada por quien no ejercitaba el señorío físico" sobre dicho inmueble, porque, agrega, "obró como mandatario sin representación, cumpliendo el encargo asignado por el partidor".

"Al enajenar Martínez Silva el bien recibido para llevar a término un encargo especial, —dice el Tribunal— no lo hacía en calidad de dueño, ni menos de legatario, sino por razones del mandato conferido; por consiguiente, estaba obligado a respetar la condición impuesta por el mandante de ejercitar con suma prudencia y diligencia la encomienda, extremada a tal punto que sus representados, los restantes herederos, no sufrieron menoscabo alguno de orden patrimonial o moral".

Se pregunta luego el ad-quem si Martínez Silva fue fiel al pacto y si cumplió con diligencia y cuidado el encargo, respondiendo negativamente estos interrogantes y deduciéndole por tanto responsabilidad civil.

Asevera, en apoyo de esta conclusión, que como mandatario que era "no podía abrogarse la condición de dueño en relación al indiviso de San Fernando", y que al negociarlo en su propio nombre por valor inferior al de los legados gravó a los herederos, "llevándolos a responder por el resto del precio, proceder que genera una responsabilidad patrimonial imputable por su descuido, según mandato del inciso 2º del Art. 2173 del C. Civil".

2. Después de calificar de simulada la venta que del terreno "el indiviso de San Fernando" hizo Primitivo Martínez Silva a Juan Clímaco Collazos, porque, —dice aquel nunca adquirió el inmueble como dueño, ni lo entregó materialmente al comprador, pasa el sentenciador a analizar la conducta de este demandado en los sucesos que generaron el litigio.

Al efecto asevera que Collazos, no solo por el vínculo familiar que lo liga con su tradente y con los demás herederos de Martínez Ortiz, sino también porque debió estudiar los títulos de tradición del inmueble, al otorgar la escritura número 127 conocía la existencia del mandato conferido a Primitivo Martínez Silva y que por ende sabía que éste no podía actuar como propietario de la finca; que, sin embargo, dio por cierto ese dominio exclusivo del vendedor y la compró por un precio inferior al valor de los legados; y que luego, cuatro años después, aparece vendiéndola a Saúl Martínez Silva por esa misma suma, según la escritura número 434 de 14 de agosto de 1941.

De este análisis deduce el Tribunal que Collazos ejecutó "hechos irregulares culposos", los cuales, agrega, si bien no indican que obró de mala fe, "no lo liberan de la responsabilidad por la falta de cuidado suficiente en el estudio de los títulos, comportamiento origen de un daño a la demandante de orden pecuniario que debe satisfacerse".

3. Emprende en seguida el sentenciador el estudio de la situación jurídica de la demandada Inés Alvarez de Martínez, a efecto de determinar la responsabilidad que de ella se pretende deducir en este proceso.

Dice al respecto que como esta demandada no tuvo intervención en la venta que del "indiviso de San Fernando" hizo Collazos a Saúl Martínez, ninguna responsabilidad se le puede imputar en los perjuicios que con esa negociación se hubieren causado a la demandante. Añade que según lo acredita la escritura número 807 de 12 de septiembre de 1940, otorgada en la Notaría 3ª de Cali, Collazos solo transfirió a Alvarez de Martí-

nez el dominio del predio "El Recreo", inmueble que inicialmente se le había adjudicado a su esposo Primitivo Martínez como heredero de su padre y, por tanto, "sin consecuencia alguna en su destino final para el resto de los herederos", por lo cual, concluye, "no es dable presumir que su conducta se trazó desviada por negligencia o torpeza en cuanto a un bien que no le pertenecía al tradente".

4. Conclusiones de esta primera parte de su estudio son, para el Tribunal, en primer lugar, la de que Primitivo Martínez Silva actuó como mandatario de sus coherederos al vender el inmueble de "el indiviso de San Fernando"; y, en segundo término, la de que como el comprador Collazos conoció la existencia de ese contrato oculto, a él se transmitieron "sus consecuencias y resultados".

"En verdad que la falta oportuna en el pago de los legados —dice el fallador— no se reflejó en el patrimonio de los herederos pero dio paso a una cadena de responsabilidades para radicarse finalmente en cabeza de Saúl Martínez Silva, última persona que vendió el bien por un precio superior al de la adjudicación, excedente que debe acrecer proporcionalmente al patrimonio de los legitimarios, conforme a la voluntad del partidor en la respectiva hijuela".

5. A renglón seguido acomete el ad-quem el análisis de la situación jurídica de Saúl Martínez Silva en esta litis. Y después de transcribir la doctrina de la Corte acerca de la naturaleza del mandato y su prueba, asevera que aquel, al comprar a Collazos el indiviso de San Fernando y al celebrar luego la transacción con "Eder y Cía. Ltda.", a virtud de la cual recibió la suma de $ 663.000.00, actuó como mandatario sin representación de los herederos de Primitivo Martínez Ortiz.

Apoya el sentenciador esta conclusión en el estudio que hace de la escritura de partición, en la parte que contiene la adjudicación de la hijuela para el pago de los legados; de los testimonios de Luis Aragón González, Eugenia Victoria Ochoa de Calero y Cilia del Castillo de Ruiz, los que califica de "responsivos, exactos y completos, dadas las circunstancias que han rodeado a los testigos y la permanente vinculación de éstos con las partes"; y de las posiciones absueltas extrajudicialmente por este demandado, de las que dice que si no prueban su calidad de mandatario, si "contribuyen a fundamentar el interés de los restantes herederos en la 'participación' de la venta del bien a que tantas veces se ha hecho referencia".

Concluyendo sus consideraciones sobre este aspecto de la cuestión, dice el fallador que "según los testimonios completos por su naturaleza, se llega a la conclusión de que Saúl Martínez Silva, obró siempre en el adelantamiento de las acciones judiciales como un verdadero mandatario sin representación. Por no ventilarse una cuestión de dominio —agrega—, sino simplemente obligaciones personales, la Sala considera que la 'participación' que dio Martínez Silva a varios de sus hermanos del producto de la venta, por fuerza de las circunstancias, y por la confesión rendida fuera del juicio en posiciones, asume una trascendental importancia, junto con los otros elementos analizados para llegar a la conclusión de la calidad que tenía Saúl Martínez Silva".

Finalmente, estudia el fallador las excepciones propuestas por los demandados al contestar la demanda.

Al respecto considera que el desarrollo de los acontecimientos anteriores a la querella y la íntima relación existente entre los diferentes actos jurídicos realizados, no permiten aceptar las defensas de "carencia de derecho" y de "ineptitud sustantiva de la demanda", salvo en frente de Inés Alvarez de Martínez. Atinente a la prescripción alegada afirma que tampoco puede prosperar, porque faltando la determinación de la fecha en que los herederos de Martínez Ortiz llegaron a la mayoría de edad, se desconoce el momento desde el cual deba computarse el tiempo necesario para que se consume la prescripción.

III

La demanda de casación

Contra la sentencia de segundo grado interpusieron casación los demandados Saúl Martínez Silva y Juan Clímaco Collazos. En la demanda respectiva le formulan tres cargos, todos con fundamento en la causal primera del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, equivalente a la prevista por el numeral 1 del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil hoy vigente, de los cuales se despacha el primero que a juicio de la Corte viene fundado en razones suficientes para casar el fallo impugnado.

Cargo primero

1. Se formula por violación indirecta de los artículos 1147 y 1550 del Código Civil, por falta de aplicación, y de los preceptos 1344, 1417, 1766, 2142, 2146, 2173 y 2177 **ibídem**, por aplicación indebida, como consecuencia de los errores evidentes de hecho en que habría incurrido el Tribunal en la interpretación de la adjudicación de la hijuela para pagar los legados, de las posiciones absueltas antes del juicio por el demandado Saúl Martínez y de los testimonios de Luis Aragón González, Eugenia Victoria de Calero y Cilia del Castillo de Ruiz.

2. En desarrollo del cargo empieza el censor analizando el carácter jurídico de la "hijuela de legados", contenida en la escritura pública Nº 141 de 27 de marzo de 1925, por la cual se protocolizó en la Notaría Primera de Palmira el proceso sucesorio de Primitivo Martínez Ortiz. Al efecto, luego de determinarla en su contenido afirma que si mediante ella se adjudicó al heredero Primitivo Martínez Silva el "terreno del indiviso de San Fernando o El Ortigal" con la obligación de pagar a los legatarios, era obvio que el adjudicatario tenía que venderlo, deber que evidentemente cumplió.

"Martínez —dice el impugnante— tenía pleno derecho a enajenar el bien en nombre propio, porque él adquirió la propiedad plena del inmueble en virtud de la adjudicación que se le hizo. Fue una asignación **modal**, gobernada por el artículo 1147 del C. Civil, aplicable en general a todas las obligaciones según el Art. 1550 **ibídem**". Y después de transcribir el texto de la primera de estas dos normas, agrega: "Luego Primitivo Martínez adquirió plenamente la propiedad del indiviso de San Fernando para cumplir un **modo**: o sea enajenar el inmueble. Si el producto de la enajenación superaba el valor de los legados, el excedente debía sujetarse a una liquidación semejante a la hecha en esta partición para el pago de las legítimas, la porción conyugal y los legados mismos'. Nada más significó el **modo**".

Continuando con el desenvolvimiento de este primer aspecto del cargo añade el recurrente que como el valor de la venta que del aludido predio hizo Martínez Silva a Collazos resultó ser inferior al de los legados, nada quedó para repartir entre los herederos y que por consiguiente ahí terminaron las obligaciones de aquel; y que, de otra parte, no hay prueba alguna en el proceso, ni en la demanda se reclamó nada por este concepto, de que en esa venta se hubiera simulado el precio, por haber superado los tres mil pesos pactados.

3. Amparado en este primer razonamiento censura las motivaciones que hizo el Tribunal para condenar a Primitivo Martínez, y por ende la obligación que en la parte resolutiva de la sentencia le impuso, porque, dice el impugnador, "eso de que el **mandato de distribución** recibido por él en la hijuela, se **traspasó** a los subsiguientes compradores del indiviso de San Fernando, es una afirmación que carece de todo sentido. Porque el **mandato** como acto jurídico, productor de derechos y de obligaciones, definido y regulado por el C. Civil, se **confiere** en cada caso. En forma alguna es materia de **traspaso** a manera de una obligación hereditaria. Cuando más el mandatario puede delegarlo en otra persona sino se le ha prohibido (Art. 2161 C. C.), pero tiene que ser una delegación expresa".

4. Refiriéndose a la condena contra Juan Clímaco Collazos, expresa la censura que si Primitivo Martínez no solo podía legalmente, sino que además estaba obligado a vender el inmueble que se le había adjudicado para pagar los legados, su posición no era de mandatario sino de propietario pleno; que por tanto al adquirirlo de él Collazos, éste "no recibió ningún mandato, ni adquirió obligación alguna a su cargo de los herederos de Primitivo Martínez Ortiz, ni del partidor de sus bienes"; que consiguientemente podía enajenar ese derecho a quien quisiese; y que al hacerlo a favor de Saúl Martínez solo le transmitió su calidad de dueño y nada más. Agrega que si estos dos últimos adquirentes no recibieron materialmente el bien, debe recordarse que "las adquisiciones tuvieron como objeto un indiviso, cuya entrega se realizó por el registro, por referirse a derechos de dominio indeterminados a causa de la indivisión".

5. Pasa luego el acusador a criticar la condena impuesta a Saúl Martínez Silva. Al respecto comienza por notar que el Tribunal la fundó en la consideración de que aquel, al comprar el indiviso de San Fernando a Collazos y luego al celebrar la transacción con "Eder y Cía. Ltda.", "actuó no solo en su propio nombre sino también como mandatario de los demás herederos del señor Primitivo Martínez Ortiz", mandato que encontró acreditado con la hijuela para pagar los legados, con las posiciones absueltas antes del juicio por este demandado y con los testimonios recibidos a instancia de la demandante.

Asevera el recurrente que la conclusión del sentenciador es palmariamente desacertada, producto de los yerros en que incurrió en la interpretación de esas pruebas. Ya quedó visto, dice, "cuan absurdo es el embeleco del mandato, contenido en la hijuela para pagar los legados y la transmisión de este mandato a través de las ventas de Primitivo Martínez Silva a Juan Clímaco Collazos y de éste a Saúl Martínez, quienes fueron convertidos así por el Tribunal a la calidad jurídica de mandatarios".

Estima el censor que además incurrió en error manifiesto de hecho el ad-quem al sostener que la prueba del referido mandato se encontraba también en las posiciones absueltas, porque si bien es verdad que en esa diligencia Saúl Martínez reconoció haber dado a sus hermanos Aura María, Primitivo y Carlos determinadas sumas de dinero, y haber ofrecido a la demandante $ 20.000.00 que ésta rechazó, como participación, ello "en modo alguno es inductivo del contrato de mandato, como quiera que esa conducta es dable interpretar en forma obvia y natural, cual una dádiva o donación por haber ganado después de largos años el pleito del indiviso de San Fernando. Así lo reconoció expresamente Carlos Martínez" en documento que al efecto firmó, "transcrito en el mismo pliego de posiciones"; y que, de otra parte, como al responder las preguntas el absolvente repitió "una y otra vez que la tal 'participación' no obedece a ninguna obligación legal, sino al deseo de hacer partícipes a sus hermanos de la buena ganancia que había obtenido", su confesión es indivisible y de consiguiente hay que aceptarla tal como ella se vertió, según lo mandado por el artículo 609 del C. J.

Finalmente el acusador acomete el análisis de las declaraciones de Luis Aragón González, Victoria de Calero y Cilia del Castillo para aseverar, después de sintetizar su contenido, que estos testimonios son inadmisibles para demostrar la existencia de un mandato, por las siguientes razones: 1ª Porque "son declarantes que oyeron determinadas conversaciones sobre el pleito de San Fernando entre Saúl y Ofelia, a las cuales nunca se ve que hubieran concurrido los otros hermanos", y según la demanda el mandato no era un contrato solamente con Ofelia sino con Saúl, su madre y todos sus hermanos; 2ª Porque la calidad de mandatario la hacen derivar de la hijuela para pagar los legados, trasmitida de Primitivo Martínez a Collazos y de éste a Saúl; y 3ª Porque si en principio Saúl pudiera haber tenido la idea equivocada de que sus parientes tenían algún derecho en el indiviso de San Fernando, "como esta idea no se funda en ningún vínculo jurídicamente obligatorio para él", pudo creer que se trataba de

un deber moral, pero "resulta que obligaciones de esta clase, que no obedecen a nada que tenga fuerza obligatoria, no generan acción ninguna".

IV

Consideraciones de la Corte

1. En conformidad con lo estatuído por el artículo 673 del Código Civil Colombiano, la sucesión mortis causa es modo de adquirir el dominio de los bienes de la persona que fallece.

Con el propósito de que se opere el referido fenómeno, y por ende que los derechos que de él dimanan se hagan efectivos, la ley ha establecido un trámite judicial, denominado proceso de sucesión, cuyo fin es por tanto la liquidación y partición de los bienes herenciales, previa su determinación y la de las personas entre quienes han de distribuírse.

La copropiedad que a la muerte del causante se forma sobre su universalidad patrimonial entre quienes según la ley o el testamento sean los asignatarios, termina con la partición que es la última etapa del proceso sucesorio. Mediante la acción de partición se persigue, pues, dividir la comunidad herencial para concretar el derecho abstracto que en ella corresponde a cada uno de los partícipes.

2. Por cuanto el de sucesión es proceso universal, o sea que en él se toma cuenta de todo el patrimonio dejado por el causante, es natural que en la liquidación de la mortuoria se provea al pago de las deudas, destinando en la partición los bienes para atender la solución de las hereditarias y las testamentarias.

La necesidad de formar la hijuela de deudas en toda partición en que las haya, es tan imperiosa que la misma ley la impone como obligación al partidor (Art. 1393 C. C.); como deber del albacea para exigir que se haga (Art. 1343 ibídem); y, además, ordena que la misma partición hecha por el causante se modifique, no solo cuando es contraria a derecho sino también cuando omite proveer, en todo o en parte, al pago de las deudas (Art. 1375 C. C. y 619 del C. de P. C.).

Y si en principio los bienes que integran la hijuela de deudas deben adjudicarse a todos los herederos, en común, no hay obstáculo legal que impida hacerlo a uno solo de ellos, cuando todos son capaces, el que, al aceptar la adjudicación adquiere la obligación de cancelar las deudas y reintegrar a los copartícipes el saldo sobrante, si lo hubiere.

Este procedimiento se apoya en la misma ley que autoriza a los hedederos para que en la partición, por convenio mutuo recojan las deudas entre ellos, de modo diferente al de distribuírlas a prorrata de sus cuotas hereditarias (Art. 1416 C. C.); y ordena que si alguno de los herederos quisiere tomar a su cargo mayor cuota de las deudas de la que le correspondiere a prorrata, bajo alguna condición que los otros acepten, se accederá a ello (Art. 1397 ibídem).

3. El artículo 765 del C. C., en su inciso 4º, atribuye el carácter de título traslaticio de dominio a los actos legales de partición; y el 1401 ibídem estatuye que "cada asignatario se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto, en todos los efectos que le hubieren cabido, y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión".

Hecha, pues, la partición y registradas legalmente ella y la sentencia aprobatoria, por mandato legal el acto partitivo tiene efectos retroactivos de dominio; las respectivas hijuelas declaran un derecho, con eficacia bastante mientras no se les oponga por terceros un título o un hecho que los desvirtúe. Declaran que al heredero se le adjudicaron bienes que hacían parte de la universalidad herencial; que por el modo sucesión por causa de muerte adquirió la propiedad que el de cujus tenía sobre las especies que a aquél se adjudican; y, consiguientemente, como en forma constante lo ha dicho la Corte, dichas hijuelas tienen mérito de probar en

juicio la titularidad del derecho adjudicado, a menos que se acredite uno que sea preferencial.

4. A términos del artículo 1147 del Código Civil, precepto éste aplicable a las obligaciones convencionales por disposición expresa del artículo 1550 de la misma obra, "si se asigna algo a alguna persona para que lo tenga por suyo, con la obligación de aplicarlo a un fin especial, como el de hacer ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas esta aplicación es un modo y no una condición suspensiva. El modo, por consiguiente, no suspende la adquisición de la cosa asignada".

La norma transcrita, distinguiendo entre condición y modo, deja ver claramente que en la asignación modal el asignatario hace suyo el respectivo objeto de ella. Aun cuando el modo en la asignación es parecido a la condición, similitud que torna difícil distinguir el uno de la otra, hay sin embargo entre los dos tan esencial diferencia que obliga rechazar la confusión posible: mientras la carga no impide que el derecho del asignatario nazca desde la muerte del causante, ni suspende la adquisición de la cosa asignada; la condición, en cambio, deja sin efecto la asignación si el suceso positivo previsto no acaece, o si ocurre el negativo.

De ahí que, como lo ha dicho la Corte, "la asignación modal debe hacerse a la persona a quien el testador encarga la ejecución del modo, en propiedad, para que la tenga como suya con la obligación de aplicarla al fin previsto. Es de la esencia, en esta clase de asignaciones, la entrega al instituído para que los bienes los haga suyos; el modo no constituye una condición o requisito para la adquisición del derecho ni tampoco es un plazo; el testador le asigna los bienes en propiedad con la carga de aplicarlos al objeto o fin principal indicado por el causante" (G. J., Nos. 2181-2182, Pág. 37).

5. Al analizar el contenido de la escritura Nº 141 de 27 de marzo de 1925, mediante la cual se protocolizó en la notaría primera de Palmira el juicio de sucesión testada de Primitivo Martínez Ortiz, dedujo el Tribunal, y sobre tales presupuestos edificó principalmente su sentencia, que al haberse adjudicado en la partición de bienes al heredero Primitivo Martínez Silva el terreno "el indiviso de San Fernando", con la obligación de pagar las sumas asignadas por el testador a los legatarios y reintegrar a los herederos el exceso en su valor, si lo hubiere, dicha adjudicación fue condicional, subordinada al pago de los legados; que el adjudicatario no había adquirido el dominio del inmueble; y que por consiguiente, al venderlo luego "no lo hacía en calidad de dueño, ni menos de legatario, sino por razones del mandato conferido" por los restantes herederos.

Al razonar así, el sentenciador incurrió en evidente error de hecho, porque dejando de advertir el modo establecido para la obligación impuesta al adjudicatario vio en dicho instrumento una adjudicación sometida a condición inexistente, desfigurando por ende la objetividad misma de ese medio de prueba. Como este yerro fáctico lo condujo indirectamente a quebrantar, por inaplicación, los artículos 1147 y 1550 del Código Civil, y por indebida aplicación las demás normas sustanciales señaladas en el cargo, el fallo impugnado debe ser infirmado.

6. Y como en este proceso se contempla el caso de un litisconsorcio pasivo necesario, forzosamente impuesto por la inescindibilidad de la situación jurídica deducida en la demanda, la que hace que la suerte de los litisconsortes sea común e interdependiente desde luego que la naturaleza de la cuestión debatida impide tomar decisiones de diferente contenido en frente de cada uno de ellos, la casación de la sentencia impugnada habrá de ser total, muy a pesar de que el recurso extraordinario solamente lo interpusieron dos de los tres demandados condenados en ella.

V

Sentencia sustitutiva

1. Por las razones consignadas en el despacho del cargo que prospera, forzoso es aceptar que cuando Primitivo Martínez Silva vendió a Juan Clímaco Collazos, mediante la escritura pública Nº 127 de 3 de marzo

de 1937, el terreno "el indiviso de San Fernando o El Ortigal", actuó como verdadero propietario que era de él por haber adquirido el dominio a virtud de la adjudicación modal que se le hizo en la sucesión de su causante, y no en ejercicio de un contrato de mandato celebrado con los coherederos: su posición entonces no fue la de mandatario sino la de propietario pleno.

Al aceptar la adjudicación del inmueble adquirió la obligación de venderlo para cumplir el encargo de pagar los legados: así lo hizo, y como no hay prueba de que el precio de esta venta hubiera sido superior al valor de dichas asignaciones, la obligación condicional de reintegrar a la herencia el sobrante no llegó a tener existencia por cuanto el suceso previsto al efecto no ocurrió.

2. Si el mandato, como acto jurídico generador de derechos y de obligaciones, se caracteriza por ser contrato **intuitu personae**, es en principio intransferible por el mandatario y por tanto requiere que el mandante lo confiera en cada caso. Cuando más el procurador puede, bajo su responsabilidad, "delegar el encargo si no se le ha prohibido" (Art. 2161 C. C.).

Siendo ello así resulta inaceptable, por injurídica, la tesis del Tribunal consistente en que el supuesto mandato conferido a Primitivo Martínez Silva mediante la adjudicación de la hijuela para pagar los legados, fue objeto de una cadena de cesiones, implícitamente contenidas en las ventas sucesivas que del referirlo inmueble "el indiviso de San Fernnado" hicieron sus adquirentes.

Ya está visto que Primitivo Martínez Silva adquirió la propiedad de ese fundo; en tal calidad no solamente tenía legítima facultad para venderlo, sino que además estaba obligado a hacerlo en razón a la finalidad de la adjudicación. Al venderlo a Juan Clímaco Collazos mediante la escritura Nº 127 de 3 de marzo de 1937, éste adquirió, por el modo tradición que se operó con la inscripción en el registro de ese título, el dominio del predio. No recibió, ni de su tradente, ni de los hedereros, ni del partidor de bienes ningún mandato, porque dicho instrumento nada dice al efecto ni se allegó prueba que demuestre la adición de sus cláusulas, y consiguientemente no adquirió obligación alguna de éste o de aquellos.

Collazos, por tanto, podía válidamente enajenar el inmueble a quien quisiera. Al venderlo a Saúl Martínez mediante la escritura Nº 434 de 14 de agosto de 1941, transfirió a éste el dominio del derecho indiviso sobre la finca y nada más. Ni expresamente ni tácitamente le cedió mandato alguno, ni le impuso obligaciones a favor de los herederos de Martínez Ortiz, porque ninguna tenía él frente a éstos. Y aun cuando en la narración de hechos de la demanda se afirma que los contratos de venta contenidos en las escrituras números 127 de 3 de marzo de 1937 y 434 de 14 de agosto de 1941 son simulados, es lo cierto que la supuesta simulación quedó sin ser expresa o implícitamente pedida, por lo cual la Corte no puede menos de tener por sinceros dichos actos jurídicos.

3. Pretende la demandante que la justicia declare que Saúl Martínez Silva, al comprar a Collazos mediante la escritura Nº 434 de 14 de agosto de 1941 los terrenos de "el indiviso de San Fernando", y al celebrar luego el contrato de transacción contenido en la escritura Nº 224 de 28 de abril de 1959, otorgada en la Notaría de Puerto Tejada y a virtud del cual recibió la suma de $ 663.000, actuó, no solamente en su propio nombre, sino también como mandatario sin representación de los herederos de Primitivo Martínez Ortiz; y que de consiguiente se le condene al pago de las obligaciones que de dicho mandato surgieron para él.

No encuentra la Corte en el proceso, sin embargo, los medios de prueba que acrediten la existencia del mandato sin representación afirmado en la demanda como fuente de las obligaciones cuya efectividad se pretende, y por tanto la resolución que al respecto tomó el **a-quo** debe infirmarse.

En efecto:

Atrás quedó visto que en la adjudicación que a Primitivo Martínez Silva se hizo de la hijuela para pagar los legados, contenida

en la escritura Nº 141 de 27 de marzo de 1925, no hay plasmado un contrato de mandato conferido a éste por sus coherederos sino una adjudicación modal, que dada su naturaleza le confirió la propiedad de los bienes asignados. Y se vio también que en el supuesto de que dicho mandato existiere configurado allí, sería inaceptable afirmar, por impedirlo la esencia misma del mandato, que este pacto hubiera sido objeto de una cadena de cesiones, "para radicarse finalmente en cabeza de Saúl Martínez Silva, última persona que vendió el bien por un precio superior al de la adjudicación", como se asevera en la demanda y lo aceptó el juez de la primera instancia.

Menos puede encontrarse la prueba del presunto contrato de mandato en las posiciones que, a petición de su hoy demandante, absolvió antes del juicio este demandado el 9 de julio de 1962 en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Palmira, diligencia en la cual el absolvente reconoció haber dado a sus hermanos, como "participación" en el negocio de la transacción, las siguientes sumas: $ 20.000.00 a Aura, $ 10.000.00 a Primitivo, $ 50.000.00 a Carlos, $ 20.000.00 a su madre, y haberle ofrecido por el mismo concepto a su hermana Ofelia $ 20.000.00 que ésta rechazó. Porque al contestar las diferentes preguntas insistentemente explicó el absolvente que resolvió "en forma espontánea y generosa darles participación a todos mis hermanos por el éxito alcanzado en este negocio por haber tenido tales terrenos un origen común en tiempo muy remoto, porque pertenecieron a mi difunto padre Primitivo Martínez, pero sin reconocer ni antes ni ahora derecho alguno sobre tales terrenos a mis hermanos, ya que como antes dije, los adquirí por compra real hecha a Juan Collazos por medio de la escritura antes citada. Así pues ofrecí a mis hermanos cantidades diferentes de dinero, teniendo en cuenta las distintas situaciones económicas de cada uno de ellos y el recibo que les exigí a cada uno no era con otro fin que el de justificar en mi declaración de renta la rebaja que pudieran anotar entre el precio de la negociación y la que yo en ella declaraba y tanto es así que estos recibos fueron extendidos en papel simple, sin otra formalidad legal y con una leyenda que se le puso ahí como por llenar una formalidad, pero repito, esto no significa que yo reconozca ahora ni antes ni en un futuro que mis hermanos tengan derechos reales sobre esas tierras. Y para comprobar hasta la saciedad lo que afirmo y que solamente al regalar a mis hermanos esas distintas cantidades de dinero, no lo hice sino por simple generosidad de parte mía, y no presionado por algún apremio legal ni de ninguna otra índole, inserto la constancia que me firmó el señor Carlos Martínez Silva, hermano mío y por consiguiente también hermano de la señora Ofelia Martínez Silva de Suárez, constancia ésta que está protocolizada por medio de la escritura pública Nº 1852 de 5 de agosto de 1959 de la Notaría Primera de esta ciudad y que a la letra dice: ..."

Trátase, pues, de una confesión calificada en la que el absolvente reconoce el hecho básico afirmado por la demandante, pero no integralmente sino haciéndole aclaraciones y explicaciones concernientes al mismo hecho, por lo cual es indivisible, debiéndose por tanto aceptar tal como ella se vertió según lo ordenado por el artículo 200 del Código de Procedimiento Civil, y ya que no hay prueba que la desvirtúe.

4. Tampoco los testimonios de Cilia del Castillo de Ruiz, Victoria de Calero y José Luis Aragón González, recibidos antes del juicio y ratificados dentro de él, son lo suficientemente responsivos y completos para dar por demostrado el carácter de mandatario sin representación que en la demanda se afirma haber llevado Saúl Martínez en la negociación del pleito del "indiviso de San Fernando" con la entidad "Eder y Cía. Ltda."

En su declaración dice en síntesis la primera que en alguna ocasión Saúl le contó que a la muerte de su padre habían perdido sus bienes de fortuna porque en forma arbitraria los habían despojado de ellos; que con el correr de los años había resuelto demandar a "Eder y Cía. Ltda." a fin de obtener la tutela de sus derechos radicados en los

predios de San Fernando; que Saúl le decía a la testigo que perseguía la devolución de ese inmueble o su valor para que ingresara al patrimonio familiar; y que Ofelia, de quien afirma ser amiga íntima, algunas veces le contó que tenía esperanza de ganar el pleito.

La testigo Ochoa de Calero dice que en las tertulias familiares celebradas en casa de la demandante, de quien afirma ser amiga íntima, oía hablar del pleito de los terrenos de San Fernando que la familia Martínez Silva, por conducto de Saúl, seguía contra "Eder y Cía. Ltda."; que esas conversaciones se verificaban en casa de Ofelia y en ellas participaba Saúl; y que éste expresaba que estaba trabajando el pleito por una causa común, pues se trataba del patrimonio que les había dejado su padre.

Aragón González asevera en su declaración que en las reuniones de familia celebradas en la casa de Ofelia, a las cuales asistía Saúl, aquella hablaba de lo que le correspondería al terminarse el litigio sobre "el indiviso de San Fernando", y expresaba su deseo de invertirlo en algo provechoso para ayudar a sus nietos; que estas manifestaciones no fueron objetadas por Saúl; y que en otras ocasiones el testigo vio cuando Saúl le mostraba papeles a Jorge Suárez, esposo de la demandante, y él daba explicaciones e informes sobre el curso que seguía el pleito referido.

Estos declarantes deponen sobre la existencia del presunto mandato infiriéndolo de la ocurrencia de hechos que conocieron, algunos por referencias; sus testimonios son vagos y carentes todos de exposición sobre las circunstancias de tiempo en que ocurrieron los hechos que relatan. Además, de ellos no se deduce inequívocamente que las entrevistas que tenía la demandante con su hermano Saúl obedecieran precisamente al desarrollo del contrato de mandato; son declarantes que oyeron determinadas conversaciones entre Ofelia y Saúl sobre el pleito de los terrenos de San Fernando, a las cuales no concurrían, o por lo menos no lo expresan los testigos, ni la madre ni los otros hermanos de los aquí querellantes, y el contrato era, según la demanda, no entre Ofelia y Saúl únicamente, sino entre éste y sus hermanos.

En tales condiciones dichos testimonios, analizados a la luz de la sana crítica, no merecen para este juzgador la credibilidad necesaria para dar por establecidos con ellos en el juicio los hechos fundamentales de las pretensiones deducidas en la demanda en contra de Saúl Martínez Silva, y, de consiguiente, la condena que el juzgado a-quo le impuso debe ser infirmada.

5. De lo anteriormente expuesto se sigue que la sentencia de primera instancia debe ser revocada para, en su lugar, absolver a los demandados de los cargos contra ellos formulados en la demanda.

Se debe además condenar a la demandante a pagar las costas de las dos instancias del juicio, en obedecimiento a lo preceptuado por el numeral 4 del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil vigente en la actualidad.

VI

Resolución

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de veintiocho (28) de febrero de mil novecientos sesenta y nueve (1969), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Palmira en este juicio ordinario instaurado por Ofelia Martínez de Suárez contra Saúl Martínez Silva y otros, y actuando como Tribunal de instancia.

Resuelve

Primero. REVOCASE en todas sus partes la sentencia de veintinueve (29) de noviembre de mil novecientos sesenta y seis (1966), proferida en este mismo juicio por el Juzgado Primero Civil Municipal de Palmira;

Segundo. NIEGANSE, en su lugar todas las pretensiones deducidas por la demandante en la demanda con la cual se inició el

juicio y consecuencialmente se absuelve a los demandados de los cargos que en dicho libelo se formularon contra ellos;

Tercero. CONDENASE a la demandante al pago de las costas causadas en las dos instancias del proceso; y,

Cuarto. DECLARASE no haber lugar a costas en el recurso extraordinario.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

DONACIONES REMUNERATORIAS Y GRATUITAS

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, veinte de noviembre de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor José María Esguerra Samper).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, por sentencia de fecha 4 de mayo de 1970, confirmó la de primer grado proferida en el juicio ordinario de Emma Rebolledo de García contra Alfonso Ibáñez Varela, en la que se habían negado todas las súplicas de la demanda y absuelto al citado Ibáñez de los cargos formulados por la parte actora. Contra tal sentencia, ésta interpuso el recurso de casación que ahora decide la Corte.

I

El litigio

1. La demandante pidió que se hiciesen los pronunciamientos que en seguida se resumen:

a) Decretar la nulidad de una letra de cambio suscrita en Buga por Rafael García Zúñiga a favor del demandado Alfonso Ibáñez Varela, por la cantidad de $ 450.000.00, el 3 de junio de 1966 y con vencimiento el día 3 de agosto del mismo año, "por falta de consideración de valor, o por falta de causa, o por fraude".

b) Como consecuencia, ordenar la entrega a la demandante del instrumento en cuestión con "la constancia de que es inválido";

c) Declarar "que ni la sociedad conyugal ilíquida formada por los esposos Rafael García Zúñiga y Emma Rebolledo de García, ni sus sucesores, adeudan suma alguna al señor Alfonso Ibáñez Varela por razón del instrumento negociable o letra de cambio inventariado a instancias de Alfonso Ibáñez Varela en el juicio de sucesión de Rafael García".

En subsidio se impetraron las siguientes declaraciones:

a) Que la letra de cambio mencionada "tiene como causa la simple liberalidad del causante Rafael García Zúñiga;

b) Que por tanto, el referido instrumento negociable "es una donación que por no haber sido insinuada o autorizada judicialmente, solo vale hasta la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) y es nula en el exceso";

c) Que en tal virtud "la sociedad conyugal ilíquida de Rafael García Zúñiga y Emma Rebolledo de García y sus sucesores, solo adeudan al señor Alfonso Ibáñez Varela, la suma de dos mil pesos moneda corriente ($ 2.000.00)";

Y finalmente, que en todo caso se condene al demandado en las costas del juicio.

II

Como hechos fundamentales de las pretensiones mencionadas se afirmaron, en síntesis, los siguientes:

Rafael García Zúñiga, quien había contraído matrimonio con la demandante Emma Rebolledo de García, falleció en Buga el 18 de enero de 1967; cinco días más tarde, se abrió el juicio de sucesión respectivo en el Juzgado Segundo Civil Municipal de esa ciudad, en el cual fueron reconocidos aquella, en su calidad de cónyuge sobreviviente, y como heredera, Norha Quintero, hi-

ja natural del causante; en el pasivo de la diligencia de inventario y avalúo de los bienes relictos que se llevó a cabo en dicho juicio, a petición del demandado se incluyó un crédito a su favor por la cantidad de $ 450.000.00, que estaba representado en la letra de cambio sobre la cual versan las súplicas de la demanda, letra cuyo impuesto de timbre nacional solo vino a pagarse el 20 de marzo del mismo año; el causante "fue un hombre acaudalado, negociante principalmente en ganado y sin urgencias económicas de ninguna clase, quien tuvo relaciones de amistad en los últimos años de su vida con el demandado Alfonso Ibáñez Varela, lo cual hizo que el señor Ibáñez tuviera entrada franca y cariñosa a la casa de García Zúñiga"; el demandado es hombre de reconocida pobreza y "su amistad con Rafael García Zúñiga le permitió arrimarle clientes que buscaban dinero a interés que García Zúñiga colocaba y que los correspondientes deudores recibían pagándole a Ibáñez la comisión correspondiente", actividad de la cual devengó éste el diario sustento; que "tal era la pobreza del señor Alfonso Ibáñez y tal el efecto que logró calar en el corazón de Rafael García Zúñiga que éste suministró los dineros para la compra de la casa de habitación que en la actualidad posee"; que días después de la muerte de García, la demandante tuvo la sorpresa de "que por las calles de Buga corría la noticia toda taimada que Ibáñez Varela, el hombre pobre de que vengo hablando, el amigo íntimo de Rafael García, el hombre de la entrada franca al hogar de los esposos García Zúñiga Rebolledo de García, figuraba como acreedor de una suma cuantiosa a cargo del causante, cuya solvencia todo el mundo conocía, principalmente el mencionado Ibáñez Varela; "que en manera alguna es probable ni aún verosímil, que un hombre tan acaudalado como lo era Rafael García Zúñiga, fuese deudor de una persona "de ostensible pobreza" como Ibáñez, quien "solamente la víspera de los inventarios y avalúos llegó al juicio de sucesión a hacer valer ese crédito hasta entonces desconocido"; que el demandado "para explicar la tenencia de la letra de cambio de que hace mención... ha dicho que fue una donación que le hiciera el señor Rafael García Zúñiga, por razones de afecto y gratitud. Es decir que este instrumento negociable carece de consideración de valor, o más propiamente, que la causa de él es la simple liberalidad".

Lo fundamental de los hechos de la causa petendi fue negado por Ibáñez Varela, quien además se opuso a todas las súplicas impetradas, diciendo que García Zúñiga no le había hecho donación alguna sino que por el contrario, "sintiéndose herido de muerte me firmó esa letra de común acuerdo, por mis servicios prestados durante el tiempo que trabajé con él, valor que él le puso y yo acepté, ya que nunca llegamos a tener el más mínimo incidente en nuestras relaciones cordiales de amistad y mis servicios a él prestados, ya que obré con la más absoluta pulcritud y honestidad durante todo el tiempo que trabajé con él y agregando respecto del instrumento negociable, que se encuentra amparado por presunción legal de causa que establece el artículo 26 de la Ley 46 de 1923".

Concluída la tramitación de primer grado, el Juez Primero Civil Municipal de Buga, dictó sentencia el 5 de noviembre de 1968, en la que negó todas las súplicas impetradas y en consecuencia absolvió al demandado Ibáñez, con costas a cargo de la parte actora. Esta última apeló del fallo en cuestión, que fue confirmado por el Tribunal Superior de Buga mediante la sentencia contra la cual la parte demandante interpuso el recurso de casación que ahora se decide.

III

El fallo impugnado

Luego de reseñar la actuación y de sintetizar las alegaciones de los apoderados de las partes, comienza el Tribunal por referirse a la donación como causa de una letra de cambio para concluir que "dentro del derecho colombiano la mera liberalidad es causa suficiente de las obligaciones civiles y comerciales, y por ello de aceptarse la tesis de la donación simple, la letra de cambio firmada por el finado Rafael García Zú-

ñiga en favor del demandado Alfonso Ibáñez Varela tiene causa legal reconocida por el mismo demandante".

Se refiere en seguida a la donación remuneratoria, respecto de la cual dice "que es un pago de servicios hecho por una persona impulsada por el móvil de la gratitud para usar una terminología ajustada a la teoría de la causa del jurista francés Josserand", y agrega que la parte actora, al encontrar "sin respaldo legal su tesis sobre la falta de causa de la letra de cambio subjudice, abandonó la parte petitoria principal de su demanda sobre la falta de consideración de valor, falta de causa, falsa causa, o fraude, para dedicarse por entero a sustentar la parte subsidiaria de las declaraciones solicitadas por el mismo libelo sobre la nulidad de la donación como causa de la letra en referencia por pasar dicha donación de los $ 2.000.00 y no haberse cumplido previamente el requisito de la insinuación".

Más adelante analiza algunas de las pruebas allegadas a los autos, en especial las respuestas del demandado a las posiciones que absolvió, y se expresa así: "La donación entre vivos, de acuerdo con el artículo 1450 del Código Civil, no se presume sino en los casos que expresamente hayan previsto las leyes y entre esos casos no se encuentra el que es objeto de este juicio. Es a la parte actora a quien le corresponde demostrarla y si pretende que es remuneratoria probar su existencia presentando la correspondiente escritura pública o privada que la contiene. Esto responde al principio universal de derecho probatorio sobre 'actori incumbit probatio'... el abogado apelante estaba obligado a probar que Rafael García Zúñiga tuvo en vida la voluntad de hacer donación a Ibáñez por medio de una letra de cambio en remuneración de servicios específicos prestados por éste, que éstos eran de los que suelen pagarse, y para ello era necesario presentar un documento suscrito en que así lo hubiera manifestado el donante".

En un acápite de la sentencia denominado "interpretación completa de la confesión del demandado", transcribe el Tribunal las respuestas dadas por éste a la pregunta quinta de las posiciones y luego de aludir al principio de la indivisibilidad de la confesión, dice que "Ibáñez niega en forma rotunda que la causa de la letra que firmó García Zúñiga a su favor fuera la donación y explica la razón por la cual en pago de sus servicios dicho causante le entregó la letra por valor de $ 450.000.00".

Agrega que de tales posiciones y de la declaración de algunos testigos "se deduce que la letra de cambio por $ 450.000.00 extendida por el finado Rafael García Zúñiga a favor de dicho demandado tuvo origen en un contrato cambiario, tal como lo define el artículo 746 del Código de Comercio, y por medio del cual García convino con Ibáñez en pagarle en esa forma de documento de crédito llamado letra de cambio y conforme al artículo 6º de la Ley 26 de 1922, los servicios que le prestó el demandado durante todo el tiempo que le trabajó en forma tan efectiva que le produjo pingües ganancias y el aumento notable de su capital". Y a renglón seguido agrega que "Ibáñez, por ser beneficiario de una letra de cambio a cuyo favor existe la presunción consagrada por el artículo 26 de la Ley 46 de 1923 no estaba obligado a probar que dicho instrumento negociable tenía una causa. Sin embargo lo hizo demostrando sus valiosos servicios prestados en vida a Rafael García Zúñiga que son el valor o la causa suficiente para la validez del contrato cambiario por tratarse de una deuda anterior o preexistente por prestación de servicios personales según lo dispone el artículo 27 de la citada Ley sobre Instrumentos Negociables".

Ya para terminar su razonamiento dice el Tribunal que "en cuanto a las pruebas presentadas por el demandante sobre pagos hechos por el señor Rafael García Zúñiga a Alfonso Ibáñez Varela por concepto de servicios prestados a él solo están probados plenamente con recibos firmados por Ibáñez los de $ 2.400 y $ 3.600.00 por cuenta de organización y teneduría de libros de contabilidad y por sueldo de contador, respectivamente", pero que los restantes que figuran en las declaraciones de renta del mismo García Zúñiga por los años gravables

de 1957 y 1958, carecen de valor probatorio al respecto, por no ser éstos un documento suscrito por el mismo demandado y que tampoco tiene poder de convicción la diligencia de inspección ocular practicada en asocio de peritos sobre el libro de ingresos y egresos que llevaba el causante García, porque esos mismos peritos dijeron que los asientos allí consignados no les merecían pleno crédito por no estar respaldados con comprobantes de contabilidad.

Por último dice el sentenciador que "la prueba del pago por parte de García al señor Ibáñez por concepto de sus sueldos y prestaciones como contador, no desvirtúa el hecho de que las demás actividades desarrolladas durante muchos años por el demandado a favor del señor García Zúñiga, plenamente probadas en el juicio... pudieran ser retribuídas mediante el pago previamente concertado por las partes en un contrato de cambio representado en la letra por $ 450.000.00 cuya validez es evidente".

IV

El recurrente formula cuatro cargos contra la sentencia del Tribunal, todos ellos por la vía indirecta dentro del campo de la causal primera, así:

Primer cargo

Afirma que el Tribunal incurrió en "violación por infracción directa, derivada de falta de aplicación de los artículos 1443 y 1458 del Código Civil, como consecuencia de error de derecho en la apreciación de la confesión contenida en las posiciones absueltas por el demandado..., así como de los artículos 604, 606 y 609 del C. J."

Al sustentar su acusación dice que "con fundamento en la respuesta quinta a las mismas posiciones concluye el Tribunal que como Ibáñez negó la donación, o sea que la causa de la letra por $ 450.000.00 fuera la gratuidad, aquella no aparece demostrada. Así las cosas, el Tribunal no le asigna valor de prueba plena como lo ordena la ley a la confesión de Alfonso Ibáñez hecha en posiciones extra juicio, acerca de que la letra tuvo por causa una donación por los sentimientos que le profesaba Rafael García Zúñiga...", es decir, por haber manifestado aquel que la letra en cuestión le había sido entregada por García "como prueba de afecto y gratitud".

Dice luego el impugnante, que si la confesión judicial tiene fuerza de plena prueba, "no se ve la causa para que el Tribunal la desconozca ante lo expuesto por Ibáñez en la siguiente respuesta de que no hubo donación, sino que en virtud de que prestó servicios al señor García Zúñiga y éste no se los pagó, le entregó el instrumento en pago de dichos servicios. No hay la menor duda de que Ibáñez aceptó un hecho que le perjudica afirmando por la parte demandante, o sea que la causa de la letra fueron los sentimientos de afecto y gratitud que le profesaba Rafael García. Desde que admitió este hecho, Ibáñez confesó judicialmente que solo tales sentimientos determinaron la entrega de la letra, lo cual no se puede borrar por más acrobacias jurídicas que se pretendan hacer. Luego, si la confesión judicial es plena prueba y no admite prueba en contrario, mal podía un añadido del confesante en el cual pretende desplazar la entrega de la letra hacia un fenómeno jurídico diferente, o sea una dación en pago por servicios prestados lo que descarta todo concepto de gratuidad, desvirtuarla probatoriamente, por lo cual al así proceder el sentenciador incurrió en error de derecho, pues desconoció el valor probatorio que dicha confesión tiene conforme a la Ley. Y por ello violó los artículos 604, 606 del C. J., el último de los cuales le asigna fuerza de plena prueba a la confesión judicial e impide prueba en contrario contra ella. Este error de derecho condujo a la violación de los artículos 1443 y 1458 del C. C. por falta de aplicación, ya que apareciendo demostrada por confesión judicial una donación por más de $ 2.000.00 le concedió eficacia sin la insinuación judicial, cuya ausencia las partes no han discutido". Después de transcribir algunos apartes de la larga respuesta que dio el absolvente a la pregunta quinta de las posiciones, dice que "claramente aparecen entonces que mientras la confesión contenida en la respuesta cuarta versó so-

bre la gratuidad de la causa de la letra, el agregado recae sobre el pago de determinados servicios o sea, una dación en pago. Luego no se trata de modificación, aclaración o explicación concerniente al mismo hecho jurídico, sino de hechos distintos y separados que no guardan íntima relación con el confesado, lo cual constituye excepciones que debían probar como lo dice el artículo 609 del Código Judicial que fue violado al no darle operancia".

Se tiene en cuenta

El Tribunal no le desconoció el valor probatorio a la confesión del demandado contenida en la respuesta a la pregunta 4ª de las posiciones, sino que la consideró inseparable de las aclaraciones y modificaciones que el absolvente hizo al contestar la pregunta quinta y de acuerdo con ella, por aplicación del artículo 609 del Código Judicial, dijo que "el principio de la indivisibilidad de la confesión prohibe al juzgador descomponer las respuestas del confesante para atribuir eficacia a las que le perjudican sin tener en cuenta las que le convienen y defienden". No hay pues el error de derecho que el recurrente le atribuye al Tribunal, porque éste no le negó su valor probatorio a la respuesta cuarta de las posiciones, sino que consideró que tal respuesta junto con la quinta, constituían una confesión indivisible y en esa forma la apreció. El recurrente, por su lado, dice que "no se trata de una confesión compleja o indivisible, sino de una compuesta o divisible, desde el momento en que la esencia misma de ella radicó en que la letra se la entregó gratuitamente".

La Corte ha dicho reiteradamente que "apreciar si una confesión es cualificada o compuesta, o sea, el primer caso, si la circunstancia agregada al hecho principal es inseparable de éste, formando con él una unidad inescindible, o, en el segundo caso, si esa agregada circunstancia no constituye con el hecho principal, un solo todo, sino que le viene como contrapuesta, dándose así la concurrencia de dos hechos distintos, de los cuales con el segundo se pretende neutralizar la virtud del primero, como lo tiene enseñado la doctrina, esa operación encomendada al discrecional juicio del sentenciador de instancia, que no podría serle quebrado en el recurso extraordinario sino a virtud de un **acusamiento formal por error de hecho** (se subraya), en que se le convenciese de contraevidencia en la consideración de esa confesión (Cas. Civ. 30 de julio 1943, LV, Pág. 621 y 2 de julio de 1956, LXXX, Pág. 757; Cas. Civ. 24 de julio de 1969, CXXXI, Pág. 65).

A lo anterior conviene advertir también que los términos **gratitud** y **gratuidad** no son sinónimos: Gratitud, según el Diccionario de la Lengua Española (Ed. 19.) es un "sentimiento por el cual nos consideramos obligados a estimar el beneficio o favor que se nos ha hecho o ha querido hacer y a corresponder a él de alguna manera"; en cambio la **gratuidad** o sea la calidad de gratuito significa "de balde, de gracia", o para emplear términos de la Ley, "la pura liberalidad o beneficencia" (Art. 1524 C. C.).

De lo expuesto se concluye que el ataque a la mencionada confesión de Ibáñez ha debido fundarse en que el sentenciador alteró la objetividad de la prueba, al tener como indivisible una confesión que no lo era y al haberle dado un alcance de que carecía, a la expresión de que el causante había entregado la letra en "prueba de afecto y gratitud para con el demandado.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Segundo cargo

"Violación por infracción directa, derivada de falta de aplicación, de los artículos 1490, 1491 y 1758 del C. J., ocasionada en error de derecho en la apreciación de las respuestas cuarta y quinta que dio el demandado a las posiciones... y de los artículos 604 y 606 del Código Judicial".

Como fundamento de la acusación dice el censor que según la respuesta dada por el demandado a la pregunta cuarta de las

posiciones, apreciada en armonía con las declaraciones de los testigos que "el Tribunal cita como prueba sobre que la letra se entregó en pago de los servicios prestados por aquel a Rafael García Zúñiga, el problema debía enfocarse a la luz de la donación remuneratoria... más en este supuesto, la donación tampoco produciría efecto más allá de dos mil pesos, por falta de insinuación... según el artículo 1491 del Código Civil, o sea que debía constar por escrito no por ser donación, pues si ella recae sobre un instrumento negociable, aquel no es necesario como solemnidad, pues la Ley no lo exige, como sí lo hace para otras clases de donación, sino para acreditar la modalidad de ser remuneratoria, ya que si en tal forma no aparece, se entenderá gratuita. Por ello tampoco se acomoda a la ley el criterio del Tribunal acerca de que el demandante debía probar el escrito en que consta la donación. El demandante cumplió dicha carga probatoria con la confesión del demandado contenida en la respuesta cuarta a las posiciones citadas, de manera que como no aparece escrito en que conste que fue remunerativa la donación, ésta se entiende gratuita".

"Así las cosas —concluye el recurrente— el error de derecho en la apreciación de la confesión mencionada, indujo al Tribunal a violar los artículos 604 y 606 del Código Judicial que le asignan la fuerza de plena prueba, y por tanto, los artículos 1490, 1491 y 1458 del Código Civil por falta de aplicación...".

V

Consideraciones de la Corte

1. Todo acto jurídico, cualquiera que sea su naturaleza, requiere para su validez, entre otros elementos, una causa lícita (Arts. 1502 C. C. y 1º y 82 del C. de Co.) y real, sin que sea menester expresarla. Es causa suficiente la mera liberalidad o beneficencia (Art. 1524, inc. 1º del C. C.). "Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato" (inc. 2º ibídem).

2. El artículo 26 de la Ley 46 de 1923 establece una presunción juris tantum de que todo instrumento negociable ha sido expedido "en consideración a un valor", entendiéndose por tal "cualquier causa suficiente para la validez del contrato" (Art. 27 ibídem). De esta suerte, como lo ha considerado la doctrina en Colombia (LI, Pág. 577), aún la pura liberalidad o espíritu de beneficencia es causa suficiente o 'consideración de un valor" en un instrumento negociable, sin que sea necesario probarla, porque la mencionada presunción legal releva de esa carga al tenedor del instrumento que lo sea en debida forma (Art. 55 ibídem).

3. La presunción de causa en los instrumentos negociables, como legal que es, admite prueba en contrario, ya que "la ausencia o la falta de consideración de valor da derecho a excepcionar contra cualquier persona que no sea tenedor en debida forma" (Art. 30 ibídem).

4. Según el artículo 1443 del Código Civil, "la donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta". No se presume sino en los casos expresamente previstos en la ley, lo cual indica que la persona interesada en invocarla, tiene la carga probatoria respectiva (Art. 1450 ibídem).

5. La ley distingue las donaciones motivadas en la mera liberalidad del donante, de aquellas que, como las remuneratorias, tienen una causa onerosa, en las cuales, como ha dicho la Corte "la generosidad del donante no está impulsada en forma espontánea sino que se determina por el propósito de retribuir servicios recibidos" (CV. Pág. 59). Para las primeras, en cuanto excedan de $ 2.000.00 exige insinuación judicial so pena de nulidad (Art. 1458 ibídem); para las segundas, impone que se hagan expresamente y por escrito "en remuneración de servicios específicos, siempre que estos sean de los que suelen pagarse" o de lo contrario se entienden gratuitas (Art. 1490 C. C.) y por tanto, queden sujetas al requisito de la insinuación en cuanto valgan más de dos mil pesos.

6. La Corte, en sentencia del 9 de julio del corriente año (aún no publicada), expresó que en las donaciones remuneratorias el escrito es ad solemnitatem, lo cual significa que la falta de éste y de la especificación de los servicios remunerables por naturaleza, no puede suplirse con ninguna otra prueba. Si hubo donación de esa clase pero se omitió consignarla en forma gráfica, forzoso es entenderla gratuita, como claramente se deduce del citado artículo 1490 del C. C. En cambio, si al otorgarse el escrito se especificaron los servicios que se pretenden retribuir con la donación, pero de la naturaleza de éstos no surge la conclusión inequívoca de ser de aquellos que es costumbre remunerar, las partes pueden valerse de otros medios de convicción para demostrarlo, sin que por ello la donación deje de ser remuneratoria. Lo esencial en éstas es que se otorgue por escrito y que se exprese el ánimo de retribuir servicios específicos prestados por el donatario al donante y que éstos sean de los que suelen remunerarse. "Se deduce también —ha dicho la Corte— que si lo que expresa en la literalidad del instrumento es apenas el ánimo de remunerar servicios, quien tuviere interés en ello está admitido a probar que tales servicios no pertenecen a la categoría de los que suelen remunerarse" ((CVI, Pág. 59). A lo anterior cabe agregar ahora que también puede demostrarse que los servicios que el donante se propone retribuir no fueron prestados en la realidad, en cuyo caso esa prueba produciría como resultado forzoso que la donación dejara de ser remuneratoria para convertirse en gratuita, al tenor del segundo inciso del artículo 1490 del C. C. varias veces mencionado.

7. La donación remuneratoria requiere una razonable equivalencia entre lo que entrega el donante y el valor de los servicios, teniendo en cuenta la calidad y cantidad de los que fueron prestados por el donatario, los que además, se repite, deben ser de los que suelen remunerarse. Así se desprende claramente del artículo 1491 del C. C., según el cual, las donaciones remuneratorias en cuanto equivalgan al valor de los servicios prestados al donante, no son rescindibles ni revocables, y están sujetos al requisito de la insinuación, en su caso, en lo que excedan de ese valor, y el Art. 1492 ibídem, según el cual si el donatario fuere evicto en la cosa donada "tendrá derecho a exigir el pago de los servicios que el donante se propuso remunerarle con ella, en cuanto no aparecieren haberse compensado con los frutos". En cambio, en las donaciones puramente gratuitas el donatario no tiene acción de saneamiento (Art. 1479 ibídem).

8. De lo anterior se concluye que las donaciones remuneratorias requieren como requisito ad solemnitatem que se hagan constar por escrito, en el cual debe decirse que se hacen para remunerar servicios; y que es también de su esencia, que tales servicios se especifiquen en la escritura pública o privada. Los servicios deben ser de aquellos que se acostumbra a remunerar, lo cual puede probarse o infirmarse libremente. Si falta alguno de los requisitos mencionados, la donación se entenderá gratuita y en consecuencia estará sujeta a insinuación en cuanto exceda de dos mil pesos.

9. Quién está obligado a pagar servicios que ha recibido, puede hacerlo entregando una cantidad de dinero a quién los prestó, o puede también dar una cosa distinta a título de dación en pago, si éste accede a recibirla. En tales casos no hay donación remuneratoria sino simplemente pago o dación en pago como contraprestación por unos servicios remunerables y por tanto las normas legales aplicables deben ser aquellas que regulan ese modo de extinción de las obligaciones. Esta conclusión se refuerza si se recuerda, como atrás se dijo, que la donación no se presume "sino en los casos que expresamente hayan previsto las leyes" (Art. 1450 ibídem) y que cuando es remuneratoria, está sometida a los requisitos ad solemnitatem que estatuye el artículo 1490 del mismo Código.

El Tribunal, como se vio al reseñar su sentencia, consideró que en el caso sub-judice no había habido donación sino pago de servicios mediante el contrato cambiario que originó la entrega de la letra y fundó

su decisión en las normas legales pertinentes, respecto de las cuales el censor no afirma que se hubiere producido quebranto alguno. Por esta razón, aún en el supuesto de que el Tribunal hubiese incurrido en el error de derecho que le atribuye al recurrente, el cargo no podría prosperar y por tanto la Corte lo rechaza.

Cargos tercero y cuarto

En ambos se acusa la sentencia por falta de aplicación de los artículos 1443, 1490, 1491 y 1458 del Código Civil, por la vía indirecta, a consecuencia de los yerros de orden probatorio que según el impugnante el Tribunal habría cometido así:

a) Error de hecho "por falta de apreciación de las respuestas a las posiciones absueltas dentro del juicio por Alfonso Ibáñez";

b) Error de derecho "en la apreciación de las declaraciones de renta de Rafael García y sus anexos" lo que originó el quebranto de los artículos 604, 606, 609 y 637 del C. J."; y

c) Error de hecho en la apreciación de las declaraciones de Carlos H. Morales, Luis Ernesto Ossa Campo, Alvaro Cabal Concha, Alonso Montoya Botero y Alfonso Mena Delgado".

Al sustentar su acusación dice la censura que el Tribunal no menciona la respuesta que dio el demandado a la pregunta octava del pliego de posiciones en la cual "admite que declaró en su renta el recibo de los sueldos que figuran en los libros del señor Rafael García Zúñiga", y que como tal declaración implica "una confesión judicial" y por tanto tiene el mérito de plena prueba, si el juzgador no la percibió, incurrió en error de hecho que aparece de manifiesto en los autos. Agrega en seguida que si el demandado afirmó también no haber recibido esos sueldos, ello constituiría un hecho exceptivo cuya prueba le incumbía suministrar lo que no hizo, y que en todo caso tal afirmación aparece desvirtuada con las mencionadas declaraciones de renta y sus respectivos anexos, que fueron aducidas como prueba en el juicio. Arguye también que entre tales anexos figuran comprobantes suscritos por el demandado que al no haber sido tachados ni redargüidos de falsos deben tenerse por reconocidos al tenor del artículo 645 del Código Judicial, según los cuales Ibáñez Varela recibía "sueldos y prestaciones, de modo que mal puede sostener que la letra de cambio por $ 450.000.00 tuviera como causa el pago de dichos servicios, ya que por su propia confesión admite que declaró haberlos recibido".

Por último, dice la censura que las declaraciones de los testigos Morales, Ossa Campo, Cabal, Montoya y Mena Delgado, de las cuales dedujo el sentenciador que "la letra de cambio tantas veces nombrada tuvo su origen en un contrato cambiario por el cual García convino con Ibáñez pagarle en esa forma los servicios que le prestó durante todo el tiempo que trabajó con eficacia y que le produjo pingües ganancias" no prueban ese hecho. Luego de analizarlas una por una, concluye que ellas no demuestran la circunstancia apuntada "pues no dicen lo que el Tribunal les atribuye, porque los testigos no afirman que García Zúñiga hubiese dejado de pagarle sus servicios a Ibáñez Varela". Más adelante afirma también el censor, que tales declaraciones "no pueden tomarse como prueba plena, como complemento de la llamada confesión de Ibáñez, ya que solas carecen de eficacia a la luz de los artículos 91 de la Ley 153 de 1887 y 703 del Código Judicial por tratarse de la extinción de obligación mayor de $ 500.00.

Se considera

No existe el error de hecho mencionado en el punto a) ni menos aún con el carácter de evidente que debe tener para estructurar un cargo en casación, por la causal primera, porque la respuesta en cuestión no era en manera alguna la confesión de haber recibido los sueldos que figuraban en las declaraciones de renta de García Zúñiga, sino apenas que él a su turno, en sus propias declaraciones, los había hecho figurar también, aunque agregó no haberlos re-

cibido. Una cosa es no haber visto una prueba y otra, al analizarla, haber encontrado que no tenía el mérito de convicción que la censura le atribuye. Que el demandado hubiese admitido en posiciones haber declarado en su renta "el recibo de los sueldos que figuran en los libros de García Zúñiga", en manera alguna puede significar que confesó judicialmente haber recibido tales sueldos, como remuneración por servicios distintos a los de contabilidad y teneduría de libros, como lo consideró el Tribunal, ni indica tampoco que éste no se hubiere percatado de esa manifestación de Ibáñez.

En cuanto al error de derecho de que trata el punto b), la Corte no encuentra que el sentenciador le hubiese negado el valor probatorio que legalmente pudieran tener las declaraciones de renta de García y los comprobantes firmados por Ibáñez que fueron presentados como anexos a dos de ellas. Por el contrario, en la sentencia se lee al respecto que "la prueba del pago de los $ 2.400.00 en 1957 y $ 3.600.00 en 1958, por parte de García al señor Ibáñez por concepto de su sueldo y prestaciones como contador, no desvirtúa el hecho de que las demás actividades desarrolladas durante muchos años por el demandado a favor del señor García Zúñiga, plenamente demostradas en el juicio, por su importancia y afectividad para ayudarle al último de los nombrados a acrecentar el patrimonio que en forma cuantiosa dejó al morir, pudieran ser retribuídas mediante el pago previamente concertado por las partes en un contrato cambiario representado en la letra por $ 450.000.00, cuya validez es evidente". De lo anterior se concluye que el Tribunal sí valoró esos comprobantes firmados por Ibáñez pero los estimó como prueba del pago de servicios de contaduría y teneduría de libros únicamente y no de las demás actividades desarrolladas por el mismo en favor de García Zúñiga.

Finalmente, los testimonios mencionados en el punto c) cuya apreciación critica el censor, no fueron aducidos como prueba de la causa del contrato cambiario celebrado entre Ibáñez y García Zúñiga, vale decir, de la letra originada en dicho contrato, ni para demostrar que con ella García Zúñiga efectuó el pago de los servicios que adeudaba a Ibáñez. Como se vio al despachar el segundo cargo, la presunción que consagra el artículo 26 de la Ley 46 de 1923, relevaba al demandado de la obligación de demostrar la causa de la mencionada letra. Tales declaraciones testimoniales demuestran simplemente que Ibáñez prestó servicios durante muchos años al señor Rafael García Zúñiga y por tanto se limitan a corroborar lo que a este respecto expuso el demandado en su confesión indivisible, al dar respuesta a las preguntas 4ª y 5ª del pliego de posiciones. La prueba atacada carece de trascendencia, y por consiguiente la acusación es inane.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, de fecha 4 de mayo de 1970.

Condénase en las costas del recurso a la parte demandante.

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

PROPIEDAD HORIZONTAL

La transferencia, gravamen o embargo, lo mismo que la reivindicación, de un departamento o piso comprende los derechos del propietario sobre los bienes comunes de todo inmueble, aun cuando no se mencionen éstos en el título o demanda.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., diciembre siete de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Decídese el recurso de casación que la demandada, Hilda G. Rodríguez García, interpuso contra la sentencia de 18 de febrero de 1970, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario que, frente a aquella, suscitó Adaúlfo Cabrera T.

I. El litigio

1. Ante el Juez Civil del Circuito de Bogotá, Hilda G. Rodríguez fue demandada por Adaúlfo Cabrera, para que, previo el trámimite del proceso ordinario de mayor cuantía, se declarase que éste es propietario pleno, "bajo el régimen de la propiedad horizontal", del apartamiento número 506 del piso quinto del edificio B.3 del Centro Urbano Antonio Nariño, siuado en esta ciudad de Bogotá, y singularizado como expresa el libelo; que, consecuencialmente, la demandada debe restituirlo al demandante dentro de los 6 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, y debe pagarle, dentro del mismo término, el valor de los frutos naturales y civiles producidos a partir del 1º de abril de 1961 o, en subsidio, desde la notificación del auto admisorio de la demanda; que la sentencia debe registrarse competentemente; y finalmente que si la demandada se opone, se la condene en costas.

2. La causa petendi se hizo consistir en los siguientes episodios que se compendian:

a) Que el Instituto de Crédito Territorial, a título de compraventa, transfirió al demandante el derecho de dominio, que aún conserva, sobre el inmueble cuya reivindicación impetra, según consta en la escritura número 1000, otorgada el 27 de febrero de 1961 ante el Notario 10º de Bogotá, la que fue debidamente registrada.

b) Que el dominio de los antecesores del Instituto de Crédito Territorial se remonta a más allá del año de 1938.

c) Que el demandante está privado de la posesión material de aquel inmueble, la que detenta Hilda G. Rodríguez García.

d) Que en el año de 1958 el Instituto de Crédito Territorial, a título de arrendamiento, entregó al demandante el apartamiento aludido, el que fue ocupado por éste y familiares suyos, y también por la demandada y sus hermanas en virtud de autorización expresa que les concedió Adaúlfo Cabrera.

e) Que desde entonces y en calidad de locatario, éste gozó del inmueble apuntado hasta 1961, cuando el citado Instituto le transfirió el dominio.

f) Que a fines de este último año, el demandante pidió a la demandada Rodríguez desocupara el inmueble, mas ésta se negó a ello alegando ser propietario del mismo, y

desde entonces "ejecuta actos propios del dueño, tales como habitarlo con su familia, impedir la entrada a su verdadero dueño, conservarlo, etc. ... por lo cual es la actual poseedora material" de mala fe.

3. Con oposición expresa de Hilda G. Rodríguez García se adelantó la primera instancia que culminó con sentencia que dispone:

1º No declarar las excepciones propuestas en el escrito de contestación.

2º No hacer "la declaración pedida en la súplica primera del libelo".

3º Ordenar la restitución del inmueble litigado, y

4º Condenar a la demandada al pago de frutos desde la notificación del auto admisorio de la demanda.

4. Apelada la sentencia por Hilda G. Rodríguez, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá la confirmó por medio de fallo calendado el 18 de febrero de 1970, contra el que la apelante interpuso recurso de casación.

II. Fundamentos de la sentencia del Tribunal

1. Luego de relacionar los medios probatorios que se presentaron con la demanda y de compendiar las razones que sirvieron al a-quo para pronunciar su fallo, expresa el Tribunal que, indiscutiblemente, trátase en este proceso de acción reivindicatoria, la que puede dirigirse "tanto contra la persona que está en posesión de la cosa, como contra el que la tiene a nombre de otro (Art. 971 del C. Civil)"; y después de encontrar cumplidos los presupuestos del proceso, analiza la prueba aducida por el demandante, así:

a) Encuentra que la prueba documental, que relaciona (Fls. 62 del C. N. 5), está integrada por títulos de adquisición que, partiendo del adquirente hacia atrás, cubren un lapso mayor de 20 años, y por fotocopias del contrato de arrendamiento que el demandante celebró con el Instituto de Crédito Territorial, de la solicitud de arrendamiento hecho por aquel, de la contestación en que se le comunica que fue admitido como inquilino, y del formulario de adjudicación del apartamiento 506 aludido.

Incidentalmente advierte el sentenciador que, además de aquellas pruebas documentales, obra la diligencia de absolución de posiciones de la demandada, "en las que confiesa haber recibido giros del demandante con destino a pagar el arrendamiento del apartamiento... que siempre se ha considerado propietaria del mentado apartamiento y que lo posee materialmente".

b) Observa que durante la diligencia de inspección ocular al apartamiento litigado, cuyo fin era demostrar la identidad de éste y que la demandada lo posee, a petición de ésta se recibieron declaraciones a Ana Lucía Maestre de Angel, Luisa Mier de Navarro e Isabel Plazas de Guardiola, en las que expresan que la demandada ha ocupado el inmueble litigado junto con sus hermanas y que, con su propio dinero, pagaba inicialmente el canon de arrendamiento "y luego las cuotas de amortización del precio por el mismo inmueble".

c) Y por último nota que el dictamen pericial corrobora los resultados de la inspección judicial.

En seguida el Tribunal relaciona las pruebas aducidas por la demandada, así:

a) 23 talonarios de chequeras del Banco de Bogotá donde aparecen anotaciones sobre giros al Instituto de Crédito Territorial, sin saberse quién los hizo y quién es el propietario de la cuenta corriente.

b) 29 recibos de pago de servicio de energía por el apartamiento 506 citado y otros por servicio de acueducto.

c) Relación, sin firma, de cheques girados por la demandada al Instituto de Crédito Territorial para pago del arrendamiento del citado bien entre los años de 1961 a 1965.

d) Copia del contrato de arrendamiento sobre este bien, celebrado entre Adaúlfo Cabrera y el Instituto de Crédito Territorial.

e) Declaraciones de Rita Inés y Luis Emilio Cabrera Balza.

d) Inspección ocular a las oficinas de administración del Centro Urbano Antonio Nariño, durante la cual depusieron Gustavo Sánchez, Luis Reina e Ilba Méndez de R.

Seguidamente acomete el sentenciador el análisis de toda la prueba para concluir que el titular del derecho de propiedad sobre el apartamiento 506 litigado es el demandante Adaúlfo Cabrera Tejada; que la demandada es su actual poseedora material, "posesión que ha ejercido y pretende conservar en carácter de propietaria, según sus propias expresiones, arguyendo en su favor el hecho de haber participado en las gestiones de adjudicación del apartamiento, haber concurrido al pago del precio del mismo y estar proveyendo a su conservación mediante reparaciones y aderezos"; que está probada la identidad del bien, y que es cosa singular.

Concluye el sentenciador, por tanto, que están reunidos los elementos axiológicos de la acción reivindicatoria.

Pasa luego a estudiar las excepciones propuestas, las que halla no probadas; y en punto a falta de personería en el actor, afirma: "en el régimen de propiedad horizontal cada propietario puede ejercer todos los derechos inherentes al de propiedad o dominio, sin más limitaciones que las impuestas por los respectivos estatutos en cuanto a aquellos bienes de uso común. Si ello es así, cada condueño de piso o departamento está facultado por la ley para ejercer u oponer las acciones o defensas pertinentes en relación con el derecho de propiedad y de la posesión, con total autonomía respecto a los demás propietarios en el mismo edificio".

III. La demanda de casación

Contra la sentencia cuyo extracto quedó atrás, la demandada recurrente enfila cuatro cargos, todos con estribo en el motivo primero de casación; formula los tres iniciales por la vía directa y el último con base en errores de hecho y de derecho.

La Corte procederá a estudiarlos en el mismo orden en que fueron propuestos; mas como en los tres primeros se indican como violadas unas mismas disposiciones, su despacho se hará conjuntamente.

Primer cargo

Hácese consistir en "infracción directa específica de los artículos 2º, 3º y 4º de la Ley 182 de 1948" y en aplicación indebida del artículo 946 del C. Civil, pues siendo inseparables el derecho exclusivo sobre el departamento o piso y el derecho común sobre los bienes destinados al servicio general, pues forman un todo indivisible, no se podía proceder a reivindicar únicamente el apartamiento, sin incluir también la parte proporcional de bienes de uso común. Por ello "no podía el sentenciador dividir en la sentencia lo que el legislador manda tener indiviso... Bien ha podido el demandante pedir el todo: la cosa singular y la cuota de bienes comunes, y si no lo hizo, el juzgador no puede darle ultra petita".

Segundo cargo

Denúnciase en él aplicación indebida del artículo 946 del C. Civil y falta de aplicación de los artículos 2º, 3º y 4º de la Ley 182 de 1948, porque habiendo establecido ésta que los derechos de cada propietario en los bienes comunes son inseparables del dominio, uso y goce de su respectivo departamento, éste, individualmente, no podía haber sido objeto de reivindicación por separado. "En realidad, ambas propiedades, la exclusiva sobre el departamento y la común, son en el fondo dos cuotas en dos comunidades", y por ende "la acción de dominio ha debido, pues, comprender el departamento como cosa singular y la cuota determinada en la comunidad de bienes,

que está, a su vez, constituída sobre una cosa singular, que lo es la totalidad de los bienes comunes". Reafirma el censor que por ser inseparables una y otra, "no puede ser la una objeto de reivindicación sin comprender la otra en acumulación objetiva de acciones, pues pueden seguirse bajo una misma cuerda o por un mismo procedimiento judicial".

Tercer cargo

Alega el censor interpretación errónea de los artículos 2º, 3º y 4º de la Ley 182 de 1948 y aplicación indebida del artículo 946 del C. Civil, pues habiendo dispuesto aquella ley "que el propietario, a la vez que dueño exclusivo de su departamento, es copartícipe en los bienes comunes afectados al uso general, y que se trata de dos propiedades que el legislador mandó tener como inseparables e indivisibles", el sentenciador no podía dar a aquellas normas el alcance de que permiten la reivindicación del apartamiento solo, con independencia de la cuota de bienes comunes afectada a su servicio.

La Corte considera

1. Frente a los preceptos de la Ley 182 de 1948 que introdujeron profundas modificaciones a los principios seculares que regían la estructura del derecho de la propiedad individual o exclusiva y de la comunitaria, ya no es posible sostener rígidamente que quien es dueño de la tierra lo es también de lo que sobre ella se levanta y de lo que se abriga en su seno, ni lo es afirmar que nadie está obligado a permanecer en la indivisión y que pactada ésta, su duración no puede extenderse más allá de 5 años.

2. Múltiples factores como el encarecimiento del valor de la tierra, el agotamiento de la apta para construcciones, la creciente demanda de vivienda cercana a los centros de trabajo y de comercio, los alicientes oficiales tendientes a la concentración de habitaciones para aprovechar mejor el alto costo de las redes de energía, teléfonos, acueducto y alcantarillado, etc., han propiciado el auge del régimen de la propiedad de pisos y departamentos en un mismo edificio, denominada también y más conocida en nuestro país con el nombre de propiedad horizontal. (Véase sentencia de 21 de octubre pasado, proferida en el proceso ordinario que adelantó Arturo Wilches contra el Instituto de Crédito Territorial, aún no publicada).

3. No obstante que esta especie de copropiedad se practicaba en Colombia desde antaño, especialmente en lo que atañía al condominio de las galerías o conjuntos de bóvedas en los cementerios católicos, donde cada uno de sus distintos sepulcros o tumbas, a pesar de estar edificados unos encima de otros y sobre un mismo terreno, tenían dueños diferentes, el legislador colombiano solo vino a incorporar a la ley positiva este nuevo régimen por medio de la 182 de 1948.

4. Con antelación a la vigencia de esta ley, el dominio del edificio levantado sobre determinado terreno, en principio, era propiedad exclusiva del dueño de éste, o pertenecía en común a los distintos condóminos del terreno. Esto era lo que comúnmente ocurría. Mas, a partir de su vigencia se introdujo un cambio fundamental al sistema imperante, al permitir que un edificio, considerado en sí físicamente como una unidad, jurídicamente pudiera tenerse por dividido, de tal manera que cada uno de sus pisos o de sus distintos apartamientos tuviese un propietario exclusivo que ejerciera sobre cada uno de ellos derecho privativo de dominio, con exclusión de todos los demás copropietarios. Resultó así que respecto a cada piso o departamento, su dueño no tenía calidad de copropietario, sino de señor exclusivo. Sin embargo, como este dominio privativo solo podía ejercerse sobre el piso o el apartamiento mismo, con prescindencia del terreno en que todo el edificio estaba levantado; de su techumbre y cimientos; de los pasillos, zaguanes, vestíbulos, escaleras y ascensores; de sus instalaciones generales de agua, energía, teléfonos, calefacción, desagües, etc., sobre estos últimos bienes, por estribar en unos el fundamento de la existencia, seguridad y conservación del edificio y por estar otros destinados in-

exorablemente al servicio de todos los propietarios para permitirles el uso y goce normales de sus pisos o departamentos, la ley consideró que sobre ellos se formaba una comunidad indivisible, en la que es inalienable el derecho solo de cada comunero en los mismos. Y por considerar que la propiedad exclusiva sobre cada apartamiento o piso no se podría ejercer normalmente sin gozar de aquellos bienes afectados al uso general, estableció que los derechos de cada propietario en los bienes comunes eran inseparables del dominio, uso y goce de su respectivo departamento.

5. Sentados estos dos importantes principios: el de que cada propietario es dueño exclusivo o privativo de su piso o apartamiento, y el de que únicamente es comunero en los bienes afectados al uso común, la ley los ensambla de tal modo que los hace indivisibles, formando con ellos una sola entidad jurídica, al establecer que, en esta especie de copropiedad, no puede existir comunero en aquellos últimos bienes, que pertenecen a todos, que al mismo tiempo no sea propietario exclusivo de un piso o apartamiento o condómino de él. Y para que no se dudara de esa unidad que hace imposible la enajenación separada del derecho indiviso en esos bienes comunes, consagra que su dominio es inalienable y rebaja la condición de ellos al calificarlos como obligados accesorios de los pisos o departamentos; con esto enseña que no pueden ser materia de disposición separada de los bienes a que accedan, que irremediablemente son inseparables. Y así como estos bienes comunes no pueden ser objeto de enajenación singular, puesto que acceden siempre a los pisos o departamentos de los cuales no pueden separarse, el legislador, advirtiendo que unos y otros físicamente no forman un mismo todo, cual sucede con la sombra y el cuerpo que la proyecta, para reafirmar el concepto de la estrecha unidad jurídica que entre los mismos existe, de su inseparabilidad y de la atracción que, en este caso, ejerce el dominio exclusivo sobre el derecho comunal, expresamente dispuso que en la transferencia, gravamen o embargo de un departamento o piso se entenderán comprendidos los derechos comunes que el propietario de éste tiene sobre los bienes afectados al uso general de todos los propietarios. Finalmente, para consagrar de manera definitiva el principio de la inseparabilidad, dispuso que no pueden transferirse, embargarse o gravarse separadamente los dichos bienes comunes.

6. Impulsado el legislador por su clara voluntad de establecer la propiedad horizontal o régimen de copropiedad en pisos y departamentos de un mismo edificio como un tipo especial de copropiedad que, no obstante participar de ciertas características propias de la comunidad, no se identifica con ésta, la dotó de fisonomía propia al establecer peculiaridades que la distinguen, que la individualizan a pesar de su semejanza con otras especies de copropiedad o indivisión.

7. Así: aunque los distintos pisos o departamentos levantados sobre el mismo terreno común integran un solo edificio, vale decir son partes materiales de una misma unidad física, dispuso que cada propietario puede enanejar su piso o departamento, hipotecarlo, darlo en anticresis y arrendamiento sin necesidad del consentimiento de los dueños de los demás pisos o departamentos; pero sin olvidar que el terreno en que la construcción se levanta es terreno común y que comunes tienen qué ser también los ascensores, escaleras, vestíbulos, pasillos, techumbres, etc., estableció una forzosa indivisión de estos últimos bienes mientras exista el edificio.

Y al paso que en la comunidad del Código, por ejemplo, cada comunero tiene una cuota indivisa e indeterminada sobre todo el bien común y sobre cada una de sus partes, sin que sea dueño único de ninguna porción en concreto, en el régimen de propiedad horizontal cada propietario es dueño exclusivo de la parte precisa que forma su piso o departamento y no tiene derecho alguno en los demás ajenos, y es comunero, a la vez, ya no propietario exclusivo, en el suelo y en los restantes bienes afectados al uso general de todos los condóminos.

Si en el sistema de la comunidad nadie está obligado a permanecer en indivisión, en cambio, en el de la propiedad horizontal

la indivisión es obligatoria mientras exista el edificio; si en aquella su objeto es siempre un bien común, en ésta a pesar de que el edificio es de todos, no es común en su totalidad, porque en cada piso o departamento solo tiene derecho de dominio su respectivo propietario, con exclusión de los demás condóminos del edificio.

Dejando de lado lo concerniente a la administración de una y otra especie de comunidad, donde se reflejan mejor sus diferencias, lo dicho demuestra que el régimen de la propiedad de pisos o departamentos en un mismo edificio no puede asimilarse ni a la propiedad individual ni a la comunidad.

8. Ahora bien, como quien tiene la facultad de disponer de su derecho de dominio necesariamente debe tener la de reivindicar la cosa singular o cuota de ésta objeto de su señorío, síguese que en el régimen de la propiedad por pisos o departamentos de un mismo edificio, el dueño de uno de aquellos está legitimado para ejercer la acción reivindicatoria sin previa licencia o coadyuvancia de los restantes condóminos de él; y por cuanto al tenor del artículo 4º de la Ley 182 de 1948 que consagró ese régimen, los bienes comunes son accesorios de los pisos o departamentos, y como quiera que el derecho de cada propietario en los bienes afectados al servicio de todos, o bienes comunes, es inseparable del dominio, uso y goce de su respectivo apartamiento y, finalmente, en virtud de que, por expresa disposición de esa misma norma, en la transferencia, gravamen o embargo de un departamento o piso se entenderán comprendidos los derechos del propietario respectivo en los bienes comunes, fluye, inexorable y lógicamente, que si se reivindica determinado apartamento de edificio sometido al régimen de la propiedad horizontal, han de entenderse comprendidos en esa pretensión los derechos del propietario en los demás bienes afectados al uso general, que son los bienes propiamente comunes. De consiguiente, aunque en la demanda reivindicatoria únicamente se haga referencia al solo piso o departamento, entender que también es objeto de esa pretensión de dominio el derecho del reivindicante en los bienes de uso común que acceden a lo que es materia de su exclusiva propiedad, no entraña quebranto de la ley.

Como conclusión de lo expuesto brota que el sentenciador no infringió los acusados artículos de la Ley 182 de 1948, ni el 946 del Código Civil.

9. A título de rectificación doctrinaria advierte la Corte que la acción reivindicatoria, según el entendimiento que de paso le dio el Tribunal al artículo 971 del C. Civil, no procede "tanto contra la persona que está en posesión de la cosa, como contra el que la tiene a nombre de otra", pues la verdadera inteligencia de esa disposición es que los preceptos que regulan las prestaciones mutuas, integrantes del Capítulo 4º del Título 12 del Libro 2º del C. Civil, son aplicables contra el que, poseyendo a nombre ajeno, retenga indebidamente una cosa raíz o mueble, aunque lo haga sin ánimo de señor, mas no que la acción de dominio pueda también dirigirse en todo caso contra el simple tenedor. Sobre el particular la Corte fijó su pensamiento en sentencia de octubre 4 de 1971, dictada dentro del juicio ordinario de Matilde Posada Rivera contra Augusto Restrepo Restrepo, aún no publicada.

Los cargos, por tanto, no prosperan.

Cuarto cargo

Con apoyo en la causal primera denúnciase violación, por aplicación indebida, del artículo 946 del C. Civil, a consecuencia de error de derecho proveniente de no haber dado a las posiciones absueltas por la demandada el valor que les otorgaba el artículo 609 del C. Judicial.

En desarrollo del cargo expresa el censor que el Tribunal, al dividirla, siendo inescindible, apreció erróneamente la respuesta a la pregunta séptima del pliego de posiciones, por cuanto la absolvente expresó que ocupaba el apartamiento en virtud de que lo estaba pagando al Instituto de Crédito Territorial; que esta respuesta "es claro que da a entender que la demandada es tenedora y no poseedora del departamento 506 del B. 3

del Centro Urbano Antonio Nariño y es claro, porque nadie que está pagando por vivir en una casa puede ser considerado como poseedor material, pues reconoce dominio ajeno"; que en tales condiciones se dividió la confesión de la demandada, con lo cual fue quebrantado el artículo 609 del C. J. que ordena admitir la confesión tal como se hace, con sus modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al mismo hecho, transgresión que llevó a vulnerar indirectamente el artículo 946 del C. Civil por aplicación indebida, pues la acción de dominio solo puede dirigirse contra el actual poseedor material y no contra el mero tenedor.

El Tribunal también incurrió en error de derecho —dice el censor— al apreciar erróneamente los testimonios de Ana Luisa Maestre de Angel, Isabel Plazas de Guardiola y Luisa Mier de Navarro, quienes deponen unánimemente "que la demandada le hacía los pagos al Instituto de Crédito Territorial por vivir en el departamento 506 del B. 3 del Centro Urbano Antonio Nariño", de donde fluye indudablemente que ella "estaba reconociendo dominio ajeno en dicho Instituto", por lo cual se le debió reconocer calidad de tenedora y no de poseedora, ya que por virtud del artículo 697 del C. J. bastaba el dicho de dos testigos para demostrar esa calidad.

Expresa el impugnante, finalmente, que el Tribunal además cometió error de hecho en la apreciación de la prueba pericial de Fs. 71 a 72 del cuaderno 3º "pues dedujo de ella que la demandada era poseedora, siendo que los peritos apenas manifestaron que "encontraron en el departamento 506 del B. 3 del Centro Urbano Antonio Nariño a la señorita Hilda Rodríguez García como ocupante".

La Corte considera

1. Como aparece del extracto que se hizo de la sentencia de segunda instancia, tanto la demandada, al absolver posiciones, como los testigos Ana Luisa Maestre de Angel, Isabel Plazas de Guardiola y Luisa Mier de Navarro, afirmaron que la primera pagó inicialmente con su propio dinero "el canon de arrendamiento" al Instituto de Crédito Territorial y "luégo las cuotas de amortización del precio por el mismo inmueble". Ante este hecho, queda sin piso el ataque, formulado en el vacío, pues quien paga al vendedor cuotas del precio de compra de un inmueble, con ello no reconoce dominio actual de éste sobre el bien materia de enajenación.

2. El censor, en el primer error de derecho que alega, denuncia, como si fuera norma de valoración, el quebranto del artículo 609 del C. Judicial, entonces vigente, mas resulta que esa norma no lo es. El valor probatorio de la confesión estaba indicado en los artículos 606 y 608, que no fueron señalados como infringidos, por lo cual el cargo, por ese aspecto, no podría prosperar.

Además, como los dos errores de derecho denunciados aparecen montados sobre la base de que la confesión era inescindible y que el Tribunal, no obstante, la dividió, y que los testimonios, por concordar en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, formaban plena prueba de que la demandada era tenedora, brota que el fundamento del yerro, en uno y otro caso, es eminentemente fáctico. En efecto: lo atinente a si una confesión o declaración de parte es indivisible o escindible, o si unos testimonios concuerdan en las circunstancias de tiempo, modo y lugar, es asunto que no desborda los lindes del campo de la objetividad y cuya apreciación no es el resultado de desatino en la aplicación de las normas que fijan el valor probatorio de esos medios de convicción.

3. Finalmente, no constituye error de hecho trascendente en casación, deducir de la prueba pericial que la demandada era poseedora, cuando los expertos solo manifestaron que, como ocupante, "la encontraron en el apartamiento 506", materia del litigio. Esto por dos razones: la primera, por cuanto no fue ésta la única prueba en que, para ello, se fundó el Tribunal, ya que también le sirvieron de base la confesión de aquella y las declaraciones de testigos; la segunda, por cuanto esa conclusión del ad-quem no es contraria a la evidencia del proceso, vale decir no pugna con la realidad probatoria.

Como la casación únicamente puede apoyarse en la certeza, es necesario que el censor demuestre que la apreciación de la prueba hecha por el Tribunal, riñe con la objetividad misma de ésta, de tal manera que su conclusión resulta contraevidente. Si fúndase en que existe otra conclusión más lógica o más ajustada a los principios de la apreciación, entonces, por existir la posibilidad de que no haya errado el sentenciador, la acusación se desvanecería.

Por lo expuesto el cargo no prospera.

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 diez y ocho (18) de febrero de 1970, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este juicio ordinario suscitado por Adaúlfo Cabrera T. contra Hilda G. Rodríguez García.

Sin costas en casación, pues el recurso dio lugar a rectificación doctrinaria.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

FILIACION NATURAL

Violación de normas constitucionales. Los Arts. 30 de la Ley 16 de 1968, 2º del Decreto 2367 del mismo año y 725 del C. J. no son normas sustanciales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., trece de diciembre de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por uno de los demandados contra la sentencia de 30 de septiembre de 1970, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia en el juicio ordinario instaurado por Graciela Méndez o Torres de Torres frente a los herederos de Efraín Torres Reyes.

I

El litigio

1. Mediante escrito de 3 de junio de 1969 la citada Graciela Méndez o Torres de Torres demandó ante el entonces Juzgado Segundo Civil Municipal de Calarcá a la "sucesión" de Efraín Torres Reyes, "representada" por sus hermanos Adonaí, María Emelina y María Evangelina Torres Reyes, Israel y Miguel Villalobos Reyes; y por sus sobrinos María Isabel, Ernesto, Margarita y Deyanira Novoa Torres; Graciela, Alba Marina y Natividad Díaz Torres, en procura de las siguientes declaraciones y condenas:

Que la demandante, hija natural de María Méndez, lo es también de Efraín Torres Reyes; que como tal tiene derecho a la herencia de éste con exclusión de los demandados; que éstos, como poseedores de mala fe que son, deben restituírle todos los bienes herenciales, con sus aumentos, mejoras y frutos, y no solamente los percibidos sino los que se hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad; que el demandado Adonaí Torres Reyes está obligado a restituírle la suma de $ 2.600.00, correspondiente a los intereses recibidos por él de deudores hereditarios; y que se ordene la anotación del estado civil reconocido en la correspondiente partida de nacimiento.

2. Los hechos que la demandante invocó como constitutivos de la causa petendi, quedan sintetizados en los siguientes:

Que María Méndez, quien a la sazón era soltera, concibió de Efraín Torres Reyes, muerto en Calarcá el 8 de marzo de 1969 sin haber dejado ascendientes ni descendientes legítimos, a Graciela Méndez, cuyo nacimiento ocurrió el 3 de agosto de 1944 en esa misma ciudad; que Efraín reconoció siempre a Graciela como hija suya, desde el nacimiento de ésta y hasta la muerte de aquel, como lo acreditan varios escritos contentivos de confesión inequívoca de paternidad; que en tal condición la trató, atendió a su crianza, educación y establecimiento, la matriculó en la escuela rural de "La Pradera" y firmó los documentos que en relación con la estudiante expidió ese establecimiento docente; que además la presentó en esa calidad a sus amigos y relacionados, por lo cual los vecinos de la región siempre han considerado a Graciela como hija de Efraín; y que a su muerte solo lo sobrevivieron, como colaterales suyos, las personas demandadas, a quienes se ha reconocido como herederos en el juicio de sucesión respectivo.

3. Oportunamente el demandado Adonaí Torres Reyes contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de su demandante, negando los hechos principales en ella invocados y proponiendo la excepción que nominó "falta de personería sustantiva de la parte actora". A su escrito acompañó una constancia firmada por Efraín Torres Reyes, en la cual éste manifiesta que solo con finalidad tributaria declaró a la demandante como hija suya, "pero advierto que en ningún momento tuve relaciones sexuales con la madre de esta señora, María Méndez, persona de costumbres licenciosas y por ello declaro enfáticamente que dicha señora no es hija mía, con quien tan solo tuve un acto de humanidad al no dejarla perecer moral y económicamente".

Contestaron también la demanda, oponiéndose a las súplicas en ella deducidas, los demandados Miguel Villalobos Reyes y Graciela, Alba Marina y María Natividad Díaz Reyes. Los demás recibieron notificación personal del auto admisorio y guardaron silencio.

4. Trabada así la relación jurídico-procesal el juzgado del conocimiento, que a la sazón lo era el Civil del Circuito de Calarcá, le puso fin a la primera instancia con sentencia de 13 de marzo de 1970, mediante la cual acogió las súplicas de la demanda, con excepción de las referentes a la posesión de mala fe de los demandados y restitución de intereses recibidos por uno de ellos, las cuales negó.

5. Por apelación interpuesta por el demandado Adonaí Torres Reyes, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, el que por sentencia de 30 de septiembre de ese mismo año, confirmó en todas sus partes el fallo apelado.

II

Motivación de la sentencia impugnada

1. Después de relatar los antecedentes del litigio y de afirmar que este proceso debe regirse por las disposiciones de la Ley 75 de 1968, por haberse iniciado dentro de su vigencia, nota el Tribunal que para sustentar sus pretensiones la demandante acude a dos de las presunciones de paternidad natural consagradas en dicho estatuto: la confesión inequívoca de paternidad contenida en escrito proveniente del pretendido padre; y la posesión notoria del estado de hijo, a que aluden los ordinales 3º y 6º de la mencionada Ley 75.

2. En seguida pasa el sentenciador a considerar la segunda de estas dos presunciones; y luego de exponer la doctrina consagrada por la jurisprudencia respecto de los elementos que estructuran la posesión notoria y de su prueba, advirtiendo que para darla por demostrada se requiere un conjunto "de más de dos testigos" que depongan sobre los hechos de los cuales se infiere, por un lapso mínimo que hoy está reducido a cinco años continuos, deduce que la demandante acreditó su estado notorio de hija natural de Efraín Torres Reyes, porque "el conjunto testimonial establece a plenitud los elementos de trato y fama exigidos por la ley para el reconocimiento de la calidad filiatoria que se debate".

Al efecto cita, sintetizando el contenido de sus dichos, los testimonios de Enrique Padilla Novoa, Benito Buitrago, Miguel Ángel Torres, Ana Rosa Pinilla, Israel Torres Puentes, José Dionisio Torres, Ligia Lopera, Benjamín Mosquera, Tobías Torres Garzón, Antonio Arango, Consuelo Cruz y Helí López Botero, para advertir que de todos ellos "se desprende en forma indudable que Graciela Torres Méndez o Torres de Torres fue tratada por el señor Efraín Torres Reyes, por sus familiares, amigos y vecinos como hija natural de aquel, quien según los declarantes, atendió a la subsistencia, educación y establecimiento de ella como si fuera su verdadero padre. El trato y la solícita atención dados por Torres Reyes a Graciela —agrega el ad-quem— revelan ese nexo familiar que las personas anunciadas tuvieron por cierto. La mayoría de los declarantes, vecinos y amigos del occiso —dice—, se refiere a ese trato y fama durante un lapso no inferior a diez años, superior al que exige la Ley 75 de 1968. Las declaraciones —añade el sentenciador— son en general circuns-

tanciadas, motivadas y responsivas por los factores de vecindad y amistad de los declarantes con el señor Torres Reyes".

Hace énfasis el Tribunal en el contenido de la declaración de Lida Mejía Mejía por considerar que ella, como directora de la escuela de "La Pradera", depone sobre hechos del trato recíproco que se daban Torres Reyes y su hija Graciela, que son dignos de credibilidad; y de las manifestaciones que bajo juramento hizo Israel Villalobos, quien, a pesar de ser hermano del causante, también expresa que éste trató a la demandante como hija suya, y que "igualmente ha sido tenida en ese carácter por sus hermanos y demás familiares".

3. Concretándose luego al examen de la confesión inequívoca de paternidad, invocada además en la demanda como fundamento de la declaración de filiación natural pedida, también la encuentra plenamente probada el Tribunal.

En esta tarea, analiza la copia de la declaración de renta y patrimonio del año de 1962 en la cual el causante denunció a Graciela Torres como hija suya; la certificación expedida por la Administración de Impuestos Nacionales según la cual dicho denuncio también lo hizo en los años de 1960 y 1961; los documentos relacionados con la apertura por Efraín Torres Reyes de una cuenta de ahorros a nombre de Graciela Torres en la Caja de Crédito de la ciudad, en la cual aquel actuó con la calidad de padre de ésta; y finalmente, el contenido de la inspección judicial practicada en dicho establecimiento sobre la referida cuenta de ahorros.

4. Acomete en seguida el ad-quem el estudio de las pruebas allegadas por algunos de los demandados a intento de demostrar los hechos defensivos por ellos invocados.

Refiriéndose a la excepción "plurium constupratorum", dice que aunque la pluralidad de relaciones sexuales de María Méndez con otros hombres es hecho que "aparece vagamente demostrado", no tiene sin embargo fuerza para destruir el reconocimiento solicitado porque "existen actos positivos que acreditan que el señor Torres Reyes acogió a Graciela como hija suya", con lo cual, concluye, se presenta la situación exceptiva prevista por el numeral 4º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, in-fine.

Y en lo atinente a la afirmación que los opositores atribuyen al presunto padre, contenida en escrito, que allegaron al proceso con la contestación de la demanda y según la cual el reconocimiento de paternidad no obedeció ciertamente a relaciones de consanguinidad sino a fines puramente fiscales, afirma el juzgador que para demostrar ese hecho "se adujo un documento sin fecha, sin identificación del firmante y sin autenticar" que carece de fuerza probatoria por haber sido objetado por la demandante y no haberse probado por los demandados su autenticidad.

III

La demanda de casación y consideraciones de la Corte

Contra la sentencia de segundo grado interpuso recurso de casación el demandado Adonaí Torres Reyes. En su demanda le formula dos cargos: el primero con fundamento en la causal primera del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, entonces vigente; y el segundo dentro del ámbito de la causal cuarta. La Corte procede a su examen invirtiendo el orden en que aparecen propuestos por imponerlo así el despacho lógico de ellos.

Cargo segundo

1. Mediante él se acusa la sentencia impugnada "de estar afectada de nulidad, por violación del Art. 26 de la Constitución Nacional, por cuanto en el juicio ordinario en que se produjo no se observaron 'la plenitud de las formas propias' de tal juicio".

2. En desarrollo del cargo dice el censor que al contestar la demanda presentó, a efecto de que se tuviera como prueba en su favor, un documento firmado por Efraín Torres Reyes en el cual éste expresó, entre otras cosas, "que Graciela Méndez no era hija suya y que al recogerla, por haber sido

abandonada en su finca por la madre de la misma, solo tuvo un acto de humanidad, para no dejarla perecer moral y económicamente"; que como dicho instrumento fue redargüído de falso por la demandante, su aportante, con el fin de demostrar la autenticidad del escrito, dentro del término correspondiente de la primera instancia solicitó la práctica, con intervención de peritos grafólogos que deberían ser designados por el juzgado, del examen de la firma que en él aparece; y que a pesar de que esta probanza se decretó tal cual fue pedida, el fallador sin embargo omitió el señalamiento de fechas para realizar el sorteo de los peritos y para evacuar la inspección ocular decretada.

Agrega el impugnador que cuando el proceso subió al Tribunal para surtirse su segundo grado de jurisdicción, oportunamente solicitó la concesión en él de término probatorio, a efecto de evacuar allí dicha prueba no practicada en el primero por culpa del juzgado, pero que el ad-quem, en auto "absolutamente injurídico" le denegó su pedimento.

Asevera el censor que "el no haberse practicado esta prueba esencial para la parte demandada, no obstante su insistencia dentro de las dos instancias, tuvo por causa exclusiva, primero las omisiones procesales del juzgado consistentes en no haber designado conforme se lo manda la ley, los peritos grafólogos, ni haber fijado fecha para la inspección ocular correspondiente, y en segundo término la irregular denegación de apertura a pruebas del H. Tribunal".

Continuando con el desenvolvimiento de la censura, expresa el impugnante que según lo imperado por el numeral 5º del artículo 30 de la Ley 16 de 1968, reglamentado por el 2º del Decreto 2367 del mismo año, la designación de perito es, como también ocurre con la fijación de fecha y hora para practicar la inspección ocular según el artículo 725 del C. J., un derecho de los jueces pero al mismo tiempo una obligación suya, y que por consiguiente cuando no lo hacen "están dejando de cumplir con la 'plenitud de las formas procesales' del juicio correspondiente".

Concluyendo la formulación del cargo, dice la censura que "el Art. 26 de nuestra carta fundamental consagra la garantía constitucional del debido proceso, no solo en cuanto a la jurisdicción y competencia, sino también en cuanto al ordenamiento y formalidades de las diversas clases de procesos, a sus instancias, a los traslados necesarios para la acción y la defensa y a las formas o ritualidades sobre la práctica de pruebas, conllevando la violación de tal garantía la nulidad del proceso, por lo menos desde la actuación violatoria en adelante".

La Corte considera

1. Entre los principios que gobiernan el régimen de las nulidades procesales el legislador colombiano de 1931, como también lo hizo el del año de 1970, consagró el de la **especificidad**, según el cual no hay defecto capaz de estructurar nulidad adjetiva sin ley que expresamente la establezca o declare. De consiguiente las causales de nulidad, ora se trate de las generales para todos los procesos, o ya de las especiales para algunos de ellos, son limitativas y por tanto no es admisible extenderlas a informalidades o irregularidades distintas de las previstas como tales en la ley.

Tratándose de las nulidades procesales de carácter general, o sea las comunes a todos los juicios, el Código Judicial, vigente cuando se interpuso el recurso y por ende cuando se inició este juicio, mediante su artículo 448 consagraba taxativamente las causales, restringiéndolas a la falta de jurisdicción o de competencia, a la ilegitimidad de personería, y a la falta de citación o emplazamiento en legal forma de las personas que debían ser llamadas al proceso.

2. Porque sí, como lo ha dicho la doctrina de la Corte, en la tramitación de un juicio puede incurrirse en varias irregularidades, los medios para su corrección son distintos según la naturaleza y gravedad de la informalidad: el de la nulidad lo reserva la ley para los casos en que, por omitirse "un elemento o formalidad esencial para la idoneidad del acto con detrimento de los principios que gobiernan el ordenamiento jurídico

y el derecho de defensa", revisten mayor gravedad; las demás irregularidades pueden corregirse mediante las excepciones previas, los impedimentos procesales, los recursos, etc., llegando hasta su saneamiento con la ejecutoria de la providencia correspondiente (G. J., T. 2115/16, Pág. 634).

3. Consistiendo la causal cuarta de casación, según lo estatuía el artículo 52 del Decreto 528 de 1964, esencialmente igual a lo que al respecto determina el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil hoy vigente, en "haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el artículo 448 del Código Judicial, siempre que la nulidad no haya sido saneada de conformidad con la ley", se impone aceptar que en este recurso extraordinario es improcedente acusar la sentencia del Tribunal con fundamento en una nulidad no prevista en dicho artículo, y muchísimo menos alegando irregularidades que por no constituir nulidad adjetiva requieren para su remedio de vías diferentes.

La informalidad de que da cuenta el recurrente, consistente en haberse omitido la designación de peritos para la práctica de la inspección judicial decretada, no tipifica ninguna de las causales de nulidad que consagraba el artículo 448 del C. J., por no constituir ni falta de jurisdicción o de competencia, ni ilegitimidad de personería, ni falta de citación o emplazamiento.

4. De otra parte, la violación del artículo 26 de la ley de leyes, como lo ha dicho la Corte, "solo puede ser indirecta, ya que para llegar a ella es necesario primero trasgredir los preceptos procesales que señalan los trámites erróneamente adoptados, así como los adecuados que dejaron de aplicarse. O sea que sucede algo análogo a lo que ocurre con la violación de preceptos probatorios como consecuencia de error de derecho en la apreciación de determinada prueba, infracción que configura la llamada violación medio respecto a la violación fin, que es siempre la de la norma sustancial" (G. J., T. XCI, 831; CXVI, 150).

El cargo es por tanto ineficaz.

Cargo primero

1. Mediante él se acusa la sentencia de ser violatoria del artículo 26 de la Constitución Nacional, incluído en el Título Preliminar del Código Civil, "por infracción indirecta, por cuanto en este juicio se pretermitieron formalidades propias del mismo, establecidas de manera expresa por normas legales de carácter procesal, en relación con una prueba de carácter esencial pedida y no practicada a causa de dicha pretermisión".

2. En desarrollo de este cargo el recurrente, tomando como punto cardinal de la acusación el aserto de que los juzgadores de instancia omitieron la práctica de la inspección ocular y del peritaje establecidos por los artículos 725 del C. J., 30 de la Ley 16 de 1968 y 2º del Decreto Nº 2367 del mismo año, hace afirmaciones que en su contenido son sustancialmente iguales a las que invocó como fundamento del cargo anterior, por lo cual la Corte da por reproducido aquí el resumen que de ellas se hizo al extractarlo.

Se considera

1. Respecto a la acusación por violación de disposiciones constitucionales la Corte ha sostenido la siguiente doctrina: "Las disposiciones de la Constitución, en general, no son susceptibles de la violación que da origen y procedencia al recurso de casación por el motivo 1º, del artículo 520 del Código Judicial, porque aun cuando es indudable su naturaleza fundamentalmente sustantiva, tales normas, en su carácter de moldes jurídicos superestructurales, de ley de leyes, según la expresión de Montesquieu, carecen de aplicabilidad inmediata y directa en las decisiones judiciales, que pudiera hacerlas víctimas de quebranto en las sentencias en el sentido estricto que a este fenómeno reconoce el recurso de casación. De esto resulta que, por regla general, a la violación de los preceptos y principios de la Carta no puede llegarse sino a través de la violación de disposiciones de la ley, que no pueden entenderse sino como desarrollo de las normas constitucionales" (XCI, 122).

Y posteriormente dijo esta Corporación "... la violación del artículo 26 de la Constitución puede presentarse en el caso de que se adelante un proceso civil por un procedimiento que legalmente no le corresponde, es decir, cuando se incurre en trámite irregular, pero no cuando en el trámite seguido se hayan pretermitido formalidades propias de él, ya que en tal caso deben operar los remedios que el legislador ha organizado y que van desde la nulidad insaneable hasta la simple irregularidad que se sanea con la ejecutoria de la providencia correspondiente, pasando por la nulidad saneable y la inhibitoria para proferir fallo de mérito" (CXVI, 150).

2. Exhaustivamente lo tiene declarado la jurisprudencia de la Corte que todo cargo en casación fundado en la causal primera, para ser procedente, debe contener una proposición jurídica completa, es decir que debe presentar el fenómeno de la violación normativa, en aquellos casos en que la situación jurídica cuya tutela se pide se halla regulada por la combinación de diversos preceptos. señalando la totalidad de los textos sustanciales que tengan convergencia en el punto controvertido.

El cargo que aquí se examina, fuera del artículo 26 de la Constitución Nacional, no cita como infringido precepto sustancial alguno, puesto que los artículos 30 de la Ley 16 de 1968, 2º del Decreto 2367 del mismo año y 725 del C. J., no son normas sustanciales sino meramente procedimentales, cuyo quebranto no puede ser fundamento de casación por la causal 1ª.

3. Invocando la causal primera de casación, pero sin citar normas sustanciales, el recurrente ensaya aquí contra la sentencia del Tribunal una censura edificada íntegramente sobre los mismos fundamentos del cargo anterior, los cuales, como quedó visto al despacharlo, carecen de eficacia para su procedencia.

Por consiguiente, se rechaza el cargo.

IV

Resolución

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha treinta (30) de septiembre de mil novecientos setenta (1970), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia en este juicio ordinario.

Condénase al recurrente en las costas del recurso extraordinario.

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

Ernesto Cediel Angel, Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Gustavo Fajardo Pinzón, Conjuez.

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

JURISDICCION ESPECIAL

La laboral es la competente para conocer de los juicios sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., catorce de diciembre de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 5 de noviembre de 1969, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio ordinario instaurado por José Joaquín González Ortiz frente a Eduardo y Jorge Jiménez Villegas.

I

El litigio

1. Mediante libelo de 24 de junio de 1963 el citado José Joaquín González Ortiz demandó ante el entonces Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá a Eduardo y a Jorge Jiménez Villegas, a efecto de que se declarase que éstos están obligados a reconocerle indefinidamente, como participación, el 25% de las utilidades líquidas obtenidas en los cultivos de arroz del "Llano del Combeima", a partir del año de 1946 en que comenzaron las cosechas regular y permanentemente; y en consecuencia, que se los condene a pagarle solidariamente la suma de $ 510.000.00, valor equivalente al porcentaje indicado de los referidos cultivos.

Pretende igualmente el demandante que, en el evento de la improsperidad de las anteriores súplicas, se hagan los siguientes pronunciamientos: a) Que los demandados están obligados a reconocerle, como participación en las utilidades netas obtenidas por ellos en los mismos cultivos, el porcentaje estimado por peritos en el juicio y por el tiempo que éstos conceptúen; y b) Que como consecuencia se los condene a pagarle solidariamente, a título de indemnización de perjuicios por no haber recibido de ellos la participación debida en los mencionados cultivos de arroz, la suma que sea fijada pericialmente en el proceso.

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

a) Por el año de 1944 Alejandro Díaz era detentador, a título de acreedor hipotecario, del terreno denominado "Llanos del Combeima", ubicado cerca de Ibagué, de una extensión de 210 hectáreas. En esa calidad ofreció al demandante que le cedía el crédito por la suma de $ 5.000.00, expresándole que si lo compraba le entregaría además la tenencia del predio materia del gravamen;

b) Como González Ortiz no tenía el dinero suficiente para adquirir las tierras que así se le ofrecían ni para emprender los trabajos indispensables para su cultivo, se dio a la tarea de buscar uno o varios socios capitalistas con quienes realizar la negociación, que se presentaba con "perspectivas económicas halagüeñas, seguras y extraordinarias". Fue por esto por lo que el 14 de septiembre de ese año se valió de Samuel Jiménez Villegas para que lo presentara a sus hermanos Eduardo y Jorge Jiménez Villegas, a quienes propuso la compra del crédito, con entrega del inmueble pignorado, el que daba la facilidad para su irrigación era apto para el cultivo de arroz;

c) Interesados estos dos hermanos Jiménez Villegas en el negocio que les proponía González Ortiz, convinieron con éste que los pondría en comunicación con el vendedor. Al efecto, en ese mismo mes de septiembre fueron los tres a la casa de Alejandro Díaz a conocer las tierras y a tratar sobre la cesión del crédito hipotecario;

d) Ese día los hermanos Jiménez acordaron con Díaz el precio del traspaso del crédito en $ 5.000.00, pero además se obligaron a darle anualmente 40 bultos de arroz sobre los cultivos que pusieran en dichas tierras, y también le compraron todo el ganado que tenía allí por un precio de $ 9.000.00 que le quedaron debiendo, reconociéndole un interés del 2% mensual. Dice la demanda en el hecho 8º que "Alejandro Díaz en presencia de los dos señores Jiménez y de don José Joaquín González preguntó con cuál de los tres se iba a entender para celebrar el negocio, a lo cual el Sr. Jorge Jiménez respondió que con él por considerarse el más hábil de los tres y a lo cual los otros dos no opusieron resistencia porque todo estaba convenido y haciéndose de buena fe. Es decir —agrega—, los señores Jiménez y el séñor González sabían que era indiferente que el negocio lo hiciera don Jorge porque todos tres se iban a beneficiar con él; lo único que faltaba acordar era la participación que se le reconocería a Dn. José Joaquín por el aporte del negocio, pero este detalle no jugó o no tuvo importancia en esos momentos porque se estaba actuando entre gentes honorables";

e) Los hermanos Jiménez Villegas acordaron de palabra con González Ortiz, antes de perfeccionar la negociación con Alejandro Díaz, que por haberles insinuado la compra y haberlos puesto en comunicación con el vendedor, le reconocerían una participación en los cultivos de arroz que pensaban emprender;

f) Resultado de todo lo anterior fue el de que, el 18 de noviembre de 1944, se otorgó ante el Notario principal de Ibagué la escritura pública Nº 1835, mediante la cual Alejandro Díaz transfirió por el precio de $ 5.000.00 a la sociedad "Jiménez Hermanos", formada por Jorge y Eduardo, el crédito hipotecario de que era titular, y además les cedió "el derecho de dominio y posesión que ha ejercido, de la tierra por cerca de diez años, y que desde el momento de la firma de esta escritura hace entrega de la propiedad dicha a sus compradores";

g) Las aguas necesarias para el riego de las tierras adquiridas por los Jiménez, dice el demandante en el hecho 14º de su libelo, "las consiguió inicialmente, o las ayudó a conseguir" él, por intermedio de sus amigos "Pablo Rivera y Dr. José Manuel Mantilla Ordóñez, pues aquél dio paso por sus tierras a algunas de las aguas y el Dr. Mantilla logró que el antiguo 'Ministerio de la Economía Nacional —Departamento de irrigación— Sección de Reglamentaciones', dictara la Resolución Nº 15 del 23 de febrero de 1945, es decir, a los tres meses de haberse comprado las tierras, concediendo a los señores Jiménez una merced de aguas equivalente a ciento ochenta y cuatro y medio litros, que les ha permitido tanto a ellos directamente como a 'Arrocera Combeima' sembrar un promedio de doscientas hectáreas por año de arroz";

h) Los hermanos Eduardo y Jorge Jiménez Villegas, como titulares del crédito hipotecario comprado a Díaz, instauraron juicio de venta dentro del cual se les adjudicó, por remate aprobado por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ibagué el 3 de mayo de 1946, la finca "Llanos del Combeima" por la suma de $ 9.800.00. Pero en definitiva el predio lo adquirieron por un valor total de $ 12.557.55, integrado así: $ 5.000.00 que dieron a Alejandro Díaz; $ 1.000.00 que pagaron a Sara Castilla por intereses y $ 6.557.55 que consignaron en el juzgado como resto del precio de la subasta;

i) Al ser exigidos por González Ortiz para que le dieran constancia de su obligación de reconocerle participación en los cultivos de arroz, Jorge y Eduardo Jiménez Villegas le escribieron la carta de 20 de diciembre de 1944, en la que le expresaron que "... una vez terminados los trabajos de riegos del agua para el cultivo del arroz, entraremos en arreglos para convenir la participación que hemos de darle en los cultivos de arroz

que nos proponemos emprender en nuestras tierras del 'Llano del Combeima'. Esto lo hacemos por la insinuación que Ud. nos hizo del negocio y por habernos puesto en conexión con su dueño, señor Alejandro Díaz";

j) Posteriormente, en carta dirigida el 13 de septiembre de 1946 al Dr. Arturo Hernández, entonces abogado del aquí demandante, dijeron los demandados que "graciosamente le ofrecemos al Sr. González la suma de $ 3.000.00 o una participación del 1% neto sobre el producido de los cultivos de arroz en 3 años, por sus servicios prestados en la compra de un crédito hipotecario, servicios que consistieron en ponernos en contacto con el propietario... Pero el Sr. González no es socio en nuestro negocio de cultivo de arroz —como parece insinuarlo su atenta carta"; y luego volvieron a ofrecerle los mismos $ 3.000.00 o una participación del 2% en tres años, sobre el producido de sus cultivos, pero todas estas ofertas no fueron el resultado de un convenio sino la estimación caprichosa que de su obligación hicieron los demandados; y,

k) Con base en las posiciones absueltas en febrero de 1947 por Jorge Jiménez, a la sazón representante de la sociedad, González Ortiz requirió judicialmente a sus demandados para que acordaran el monto de la participación debida; y como no alcanzara éxito les inició luego juicio ejecutivo en agosto del año siguiente, pretensión que tampoco prosperó "porque el juez negó la ejecución solicitada, dejando el punto propuesto para que se resolviera en juicio ordinario".

3. Los demandados, en su contestación a la demanda, aceptaron que su demandante fue la persona que les insinuó el negocio y quien los puso en comunicación con el acreedor hipotecario Alejandro Díaz, a quien ellos compraron su derecho; afirmaron que por esta razón le ofrecieron una gratificación de $ 3.000.00 o un porcentaje del 1% en los cultivos de arroz, que éste rechazó; y negaron que hubieran acordado con el actor antes de hacerse la cesión del crédito darle participación en el negocio, y que hubieran pactado con él contrato alguno de sociedad. Se opusieron, pues, a las pretensiones del demandante y propusieron la excepción de prescripión.

Con aducción de pruebas de ambas partes se surtió la primera instancia del proceso, a la que el juzgado del conocimiento, a la sazón lo era el Veinte Civil Municipal de Bogotá, le puso fin con su sentencia de 23 de abril de 1966, mediante la cual negó todas las súplicas impetradas, absolvió a los demandados y condenó al demandante a pagar las costas causadas.

4. Como efecto de la apelación interpuesta por esta parte el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, por sentencia de 5 de noviembre de 1969, aclarada en proveído del 16 de diciembre siguiente, después de revocar el fallo apelado, resolvió:

"2º RECONOCER a José Joaquín González Ortiz el derecho a una participación del dos por ciento, durante doce años de 1946 a 1957, sobre el producto líquido de las cosechas de arroz en la finca denominada 'Llanos del Combeima';

"3º CONDENAR a los demandados a pagar al demandante José Joaquín González Ortiz la suma de sesenta y dos mil cuatrocientos dieciocho pesos ($ 62.418.00) moneda corriente, valor equivalente al dos por ciento líquido producido por las cosechas de arroz durante doce años en la finca 'Llanos del Combeima', según avalúo practicado por los peritos, que se causaron por cuotas semestrales en promedio de dos mil seiscientos pesos con setenta y cinco centavos ($ 2.600.75) moneda legal, a partir de julio, inclusive, de 1946 hasta diciembre de 1957.

"Estas cuotas causan intereses simplemente legales desde el fin del semestre en que han debido pagarse y hasta el día en que se cancele su valor.

"4º NEGAR las demás peticiones de la demanda.

"5º Sin costas en la segunda instancia.

"6º CONDENAR en las costas del juicio en su primera instancia a la parte demandada".

II

Motivación del fallo impugnado

1. El ad-quem, después de hacer desusada como impertinente crítica al fallo del a-quo, llegando hasta afirmar que en él "campea, consciente o inconscientemente, el prejuicio de fallar en contra de las pretensiones de la demanda, pues frente a todas las hipótesis que se plantean halla una tacha, una deficiencia, una razón para desecharla", comienza las consideraciones de su sentencia expresando que para evitar los perjuicios de la esterilidad de la justicia, "corresponde al Tribunal dar el derecho, y no importa para cumplir esta misión que no exista norma alguna expresa que regule el caso, ya que muchas de ellas precisamente están vigentes que regulan casos semejantes, y aún podría llegarse al extremo autorizado por el Art. 8º de la Ley 153 de 1887, de dar aplicación a los principios generales de la equidad".

Concretándose luego al análisis de las pruebas practicadas a instancia del demandante, en orden a deducir los hechos que ellas demuestran, dice el sentenciador que la escritura número 1835 de 1944, otorgada en la Notaría Primera de Ibagué, junto con el certificado expedido por el Registrador, y además la confesión de los demandados vertida a través de todo el proceso, le demuestran plenamente que por el año de 1944 Alejandro Díaz era tenedor del fundo "Llanos del Combeima", tenencia que se había originado en el hecho de ser acreedor hipotecario; que, según dicha confesión y según también el testimonio del vendedor rendido en la inspección ocular practicada en la primera instancia del proceso, González Ortiz trató con aquel sobre la posibilidad de cederle la acreencia, y que obtenida en su favor la oferta conoció a los demandados a quienes les insinuó "el fantástico negocio que los haría riquísimos"; que con las copias del respectivo juicio de venta allegadas oportunamente al presente se acredita la compra que los hermanos Jiménez hicieron del aludido crédito hipotecario, lo mismo que la adjudicación de la finca que luego se hizo a éstos por remate; y que como en las posiciones absueltas por Jorge Jiménez éste confesó haber "recomendado al señor González para que nos pusiera en relación con el doctor Mantilla, Ingeniero del Ministerio de la Economía", debe tenerse por establecido que González Ortiz colaboró con los demandados en la solución del problema del riego de las tierras.

"Sin hipérbole se puede concluir de los anteriores hechos —dice el Tribunal— que José Joaquín González colaboró en la promoción y gestión tanto de la cesión del crédito que condujo a la adquisición de la finca 'Llanos del Combeima', como en la obtención de la merced de aguas que para el regadío de la misma reconoció el Ministerio de Economía". Pero, agrega, como esta colaboración fue realizada en pro de los intereses de los hermanos Jiménez, no puede presumirse que la insinuación del negocio ni la mediación en la obtención de la merced tuvieron carácter gratuito: "al contrario, aquella colaboración significaba, para el demandante, fuente de una contraprestación", así ésta no hubiera podido "consistir en la admisión de González como socio en la empresa de cultivo de arroz, como para que pudiera pensarse en una sociedad de hecho".

3. Pasa en seguida el sentenciador a determinar la naturaleza de la contraprestación que recibiría el demandante por la insinuación del negocio y su colaboración en la obtención de la merced de aguas, advirtiendo que lo fue a título de "participación en los cultivos de arroz, así no fuera tenido como socio ni en calidad de tal".

Apoya esta conclusión, primeramente, en la carta de 12 de diciembre de 1944 dirigida por el ingeniero Mantilla a González Ortiz, documento que considera el ad-quem "de excepcional significación y de imparcialidad absoluta, por tratarse del testimonio escrito por aquellos días en que el negocio se realizaba y porque su autor fue persona que mucho tuvo que ver en él", en la

cual aquel le refería a éste que "Galindo estuvo hablando con Don Jorge sobre la forma como irá Ud. en el negocio y creo que manifiestan buenas intenciones", y le aconsejaba además que se asegurara "no sea que de pronto le salgan con una simple comisión". En segundo lugar toma el fallador como base de su inferencia, la carta de 20 de diciembre de 1944 dirigida por los Jiménez a González, en la cual, dice, "los demandados confiesan inequívocamente la existencia de una obligación a su cargo, cual es la de darle al demandante una participación en los cultivos de arroz en los terrenos del Llanos del Combeima".

Asevera el Tribunal que la confesión de los demandados vertida en esta carta es pura y simple, aunque sometida a una condición. "La cualificación que han pretendido darle —dice— ha venido a ser posterior, o sea cuando fue aportada como prueba ante la justicia; y que por lo tanto, no se trata de cualificación en verdad sino de una disculpa para tratar de eludir la responsabilidad, razón por la cual en honor a la verdad y a la justicia no puede reconocérsele seriedad a estas explicaciones posteriores".

Conclusión de esta primera parte de sus consideraciones es, para el Tribunal, la de que "fluye en forma diáfana la obligación de dar o pagar, como contraprestación equivalente a la colaboración del actor, una participación en los cultivos de arroz, por una parte, y por la otra, la obligación de acordar o convenir la cuantía de esa obligación al cumplirse la condición relativa a la terminación de los trabajos de regadío".

4. Acomete luego la determinación de la cuantía de la participación debida y el tiempo de su duración. En esta tarea, expresa que como según la confesión de los demandados contenida en el escrito de contestación a la demanda la finca empezó a ser explotada en el año de 1946, ella ha de tomarse en cuenta como límite inicial para el cómputo de la obligación.

Afirma además el sentenciador que los peritos que intervinieron en la primera instancia del proceso, conceptuaron concordemente que la participación debida al demandante por los demandados era de un 2% sobre el promedio del producido líquido de los cultivos, y que el tiempo durante el cual se debió pagar fue el comprendido entre los años de 1946 a 1957. Dice que como este avalúo se halla debidamente fundamentado y explicado, debe reconocérsele el valor de plena prueba que le asigna el artículo 721 del C. J. y que de consiguiente se impone acatarlo para hacer, con base en él, las condenaciones respectivas.

5. En el capítulo de su sentencia que titula "El hecho específico y su calificación jurídica", asevera el Tribunal que la situación fáctica comprobada en este proceso lo lleva a inferir que entre los aquí querellantes se acordó en 1944 una verdadera convención jurídica, por concurrir todos los requisitos exigidos por el artículo 1495 del Código Civil. Afirma que si bien este pacto no puede enlistarse dentro de ninguno de los que tienen nombre especial según la ley positiva, es sin embargo un contrato innominado al cual deben reconocérsele efectos jurídicos.

"Por las circunstancias de hecho tipificadoras del negocio que es materia de análisis, —afirma el ad-quem— a primer golpe de elemental inteligencia no podría menos de calificarse como un contrato de sociedad sui-generis. Es en verdad a esta figura a la que más se asimila. Y fuerza es advertir —agrega— que no es que se quiera tomar como una sociedad civil, sino como algo que a ella se parece y con el fin exclusivo de aplicar por analogía las normas del Código Civil que regulan este contrato especial".

Amparado en este razonamiento el juzgador aplica a la cuestión litigada los artículos 2081, 2091, 2092 y 2095 del Código Civil, para deducir que el demandante sí aportó algo a la negociación cuya duración era ilimitada; y que, a falta de estipulación en concreto, "la cuantía de la participación y el tiempo de duración" se deben regular pericialmente.

III

Las demandas de casación

Contra la sentencia de segundo grado que se deja extractada interpusieron casación los demandados Eduardo y Jorge Jiménez Villegas. En sus demandas respectivas cada uno de los recurrentes le formula dos cargos: el primero con fundamento en la causal primera del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, entonces vigente; y el segundo dentro del ámbito de la causal cuarta de dicho estatuto, de los cuales se despacha el segundo que a juicio de la Corte viene fundado en razones suficientes para su prosperidad.

Cargo segundo de las dos demandas

1. Estiman los recurrentes, apoyándose para ello en razones esencialmente iguales por lo cual la Corte las resume en conjunto, que el proceso se halla viciado de nulidad por "incompetencia de jurisdicción", causal que consagraba el artículo 448 del Código Judicial, en su numeral 1º. En consecuencia solicitan que esta Corporación, previa la infirmación del fallo impugnado, declare la nulidad del juicio, desde el auto admisorio de la demanda.

2. En desarrollo del cargo aseveran los censores que según se infiere del acervo probatorio allegado al proceso, la insinuación del negocio por el demandante González Ortiz a los demandados Jiménez Villegas y el acercamiento de éstos a Alejandro Díaz, para acordar la cesión del crédito hipotecario, son los "hechos esenciales que, según el artículo 65 del Código de Comercio, caracterizan la actuación de los corredores, quienes indudablemente tienen derecho a que se les remuneren sus servicios a tenor del Art. 88 del C. de Co. como tal, no como partícipe o miembro de una sociedad sui generis, que no existió".

Apoyados en este primer razonamiento, expresan luego los recurrentes que tratándose en este caso de la acción para el reconocimiento de la remuneración que corresponde al demandante por sus servicios como corredor o intermediario en la aludida negociación, es indudable que corresponde decidir la controversia a la jurisdicción especial del trabajo, según lo imperado por el artículo 1º del Decreto número 456 de 1956, aplicable, por mandato del Decreto 931 de ese mismo año, a las demandas que sobre reconocimiento de honorarios o remuneraciones personales de carácter privado se presentaron a partir del 2 de abril de 1956.

3. Y luego de transcribir algunas jurisprudencias de la Corte acerca del contenido y alcance del precitado Decreto 456, expresan los impugnantes que como la competencia atribuída por dicho estatuto a la jurisdicción del trabajo, lo fue considerando la naturaleza de esos asuntos, es por consiguiente improrrogable.

Añaden que la nulidad advertida no está saneada, porque para serlo habría sido necesario que la parte favorecida con ella la hubiera ratificado expresamente, o que la reclamación sobre el punto se hubiese declarado improcedente en providencia ejecutoriada, "supuestos que no han ocurrido en el proceso", y que por tanto es viable alegarla en casación.

IV

Consideraciones de la Corte

1ª Sostienen los expositores de derecho procesal que la jurisdicción entendida en su concepto más simplista como la facultad que corresponde privativamente al Estado para dirimir los conflictos de intereses que se presentan entre los asociados, es función única y por consiguiente indivisible en sentido estricto; pero que, atendiendo a la naturaleza de las relaciones jurídicas que constituyen su objeto, la administración de justicia se ha dividido en grupos con procedimientos y jueces diferentes.

Es así como clasifican la jurisdicción en ordinaria y especial. La primera, que equivale al género, es la que se ejerce sobre

la generalidad de los negocios o controversias que no han sido expresamente asignados a otra; y la segunda, que es la especie, dice relación a determinados asuntos que por razón de la materia se han adscrito para su conocimiento a jueces especiales.

2ª La organización de la administración de justicia en Colombia ha establecido como jurisdicción especial la laboral, orientada por reglas distintas de las que gobiernan la civil, por ser la que se ejerce en principio sobre las relaciones emanadas de los contratos de trabajo en las cuales, por tratarse de asuntos de interés social general, se impone un criterio propio para solucionar los conflictos que de ellas dimanan.

Así, esta jurisdicción especial se ha establecido para el conocimiento de litigios cuya materia es el cobro de sueldos, salarios y prestaciones sociales de trabajadores particulares, de asuntos de fuero sindical o de indemnizaciones por el incumplimiento de contratos de trabajo, para dirimir cualquier conflicto que se origine en una relación laboral; y, además, para conocer de algunos otros asuntos que por diversas razones se le han adscrito, aunque por su naturaleza no son exclusivamente laborales, como ocurre por ejemplo con el cobro de honorarios profesionales.

3ª El Decreto Extraordinario número 456 de 1956, dictado con el propósito de facilitar el cobro de honorarios y otras remuneraciones de carácter privado, dice en su artículo 1º que "La jurisdicción especial del trabajo conocerá de los juicios sobre reconocimiento de honorarios o remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación jurídica o motivo que les haya dado origen, siguiendo las normas generales sobre competencia y demás disposiciones del Código Procesal del Trabajo" (subraya la Corte).

Y el Decreto Extraordinario número 931 de ese mismo año, mediante el cual se interpretó con autoridad el anterior, estatuyó en su artículo 1º que esta jurisdicción especial solo debe conocer "...de las demandas sobre reconocimiento y pago de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado,... que se instauren a partir del 2 de abril del presente año".

De manera que por expreso mandato de los decretos citados, a partir del 2 de abril de 1956 el conocimiento de los asuntos atinentes al reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, se sustrajo de la justicia civil para atribuírlo privativamente a la del trabajo, sin consideración a la clase de relación jurídica que les haya dado origen.

4ª Así lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia interpretando el sentido y fijando el alcance del referido Decreto número 456. En efecto: en sentencia de 6 de julio de 1960 dijo: "Basta leer el artículo 1º del Decreto 456 de 1956 para adquirir el convencimiento de que los servicios personales de carácter privado a que se refiere la norma pueden tener cualquier causa jurídica, menos el contrato de trabajo. Los servicios personales que éste contempla son dependientes, los cuales tienen legislación propia tanto de derecho material como procesal, mientras que los del Decreto son servicios personales independientes o autónomos. Por consiguiente, no quedaron éstos sometidos a las leyes sustantivas del Trabajo dependiente sino a las que le sean propias según la naturaleza de la relación jurídica de que provengan" (XCIII, 337).

Y en sentencia de 30 de marzo de 1963 dijo esa misma Sala de Casación: "A partir de la vigencia del Decreto 456 de 1956, a los jueces del Trabajo se les atribuyó competencia para el conocimiento y decisión de los juicios sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, 'cualquiera que sea la relación jurídica o motivo que les haya dado origen', según se dispone en su artículo 1º. De allí, que si para obtener el reconocimiento de honorarios y remuneraciones, se invoca la prestación de servicios personales de carácter privado, basta esta afirmación para determinar la competencia de la justicia del Trabajo, cualquiera que sea la relación jurídica o motivo que sirva de fuente a la obligación reclamada, ya que su conocimiento le está adscrito por ley" (CI, 698).

5ª En el caso de este juicio, según se desprende de la demanda misma con la cual se inició, de su contestación y del acervo probatorio practicado, claramente se deduce que la pretensión del demandante se concreta a que sus demandados le paguen la participación correspondiente en los cultivos de arroz de "Llanos del Combeima", por la presentación que les hizo del negocio a él ofrecido previamente, por el acercamiento de éstos al vendedor Alejandro Díaz para acordar la cesión del crédito hipotecario que luego los llevó a adquirir en remate el dominio de la finca, y por las gestiones que realizó para la obtención de la merced de aguas necesarias para el cultivo de esas tierras.

En carta dirigida por los hermanos Jiménez a González Ortiz el 20 de diciembre de 1944, aquellos le dicen a éste que "... una vez terminados los trabajos de riegos de agua para el cultivo del arroz, entraremos en arreglos para convenir la participación que hemos de darle... Esto lo hacemos por la insinuación que Ud. nos hizo del negocio y por habernos puesto en conexión con su dueño, señor Alejandro Díaz".

La cuantía de esta participación no fue acordada, porque González no aceptó la oferta de $ 3.000.00 o el 1% neto de los cultivos de arroz en tres años que le hicieron los Jiménez en carta de 13 de septiembre de 1946, ni la de la misma suma en dinero o el 2% de dichos cultivos durante tres años que le propusieron posteriormente, y en consecuencia optó por acudir a la justicia para buscar por este medio el reconocimiento y fijación de la participación en los cultivos de arroz que los demandados le ofrecieron. Mas, según lo indican estos documentos y ya que en el proceso no se ha demostrado lo contrario, las ofertas de participación que los demandados hicieron al demandante lo fueron a título de remuneración por los servicios de González en la insinuación del crédito hipotecario y por haber puesto a los compradores en comunicación con el vendedor.

6ª Ante la total imposibilidad legal para estructurar de esta situación fáctica un contrato de sociedad entre los querellantes, por absoluta ausencia de los elementos que le son esenciales a esta especie de convención jurídica, el conflicto surgido queda edificado exclusivamente sobre el reconocimiento y cuantía de la remuneración, que en su forma de participación o porcentaje, sea debida al demandante por los servicios personales de carácter privado que prestó a los demandados.

En tales circunstancias, sin consideración a la naturaleza del acto jurídico que la generó, la controversia forzosamente ha de gobernarse, para el efecto de determinar el juez competente, por el Decreto 456 de 1956 que claramente la adscribe a la jurisdicción especial del Trabajo.

7ª Viene de todo lo anteriormente expuesto la conclusión de que, habiéndose instaurado ante los jueces civiles la demanda con la cual se inició este juicio con posterioridad al 2 de abril de 1956, como que lo fue en julio de 1963, hubo de su parte el ejercicio de la función jurisdiccional que no les corresponde en el presente caso.

Y como este defecto o irregularidad estaba erigido por el numeral 1º del artículo 448 del Código Judicial en causal de nulidad para todos los juicios, síguese que este proceso se encuentra viciado en su totalidad por este motivo; y consecuencialmente, que el cargo formulado con apoyo en la causal cuarta del artículo 52 del Decreto 528 de 1964 ha de ser acogido, por tratarse de una causal de nulidad que no se ha saneado por ninguna de las formas establecidas al efecto por la ley.

Se debe además condenar en las costas de la actuación anulada a la parte demandante, en cumplimiento de lo estatuído por el artículo 158 del Código de Procedimiento Civil actualmente vigente.

V

Resolución

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la Re-

pública de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de cinco (5) de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve (1969), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y en su lugar DECLARA NULO todo lo actuado en él a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive, por haberse incurrido en falta de jurisdicción.

Las costas de la actuación anulada son de cargo del demandante.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

A pesar de mi acuerdo con las motivaciones recogidas en los cuatro primeros puntos de la sentencia, como no comparto las respetables conclusiones que contienen los puntos quinto, sexto y séptimo, véome obligado a salvar el voto.

Las siguientes breves razones explican mi disenso:

Primera

Desde un principio el demandante González entendió que entre él y los demandados Jiménez se había formado una especie de compañía en la que él sería socio y, por tanto, con derecho a participar en las utilidades de las cosechas de arroz. Los demandados, como lo sugiere la carta de fs. 23 del cuaderno primero, no compartieron aquel criterio, pues allí expresan: "... el señor González no es socio en nuestro negocio de cultivo de arroz como aparece insinuarlo su atenta carta" (la que les dirigió el abogado del primero). Por todas estas razones no vemos que haya objeto en celebrar conversaciones al respecto, ni mucho menos someter una cuestión que no consideramos litigiosa, a un tribunal de arbitramento".

Como González sostenía su calidad de socio en los cultivos de arroz, la que le negaron los hermanos Jiménez, aquel promovió este proceso para que la justicia civil decidiera, y el ad-quem resolvió que existía un contrato semejante a la sociedad, que debía regularse por las normas de ésta. Tal conclusión está amparada en la presunción de acierto que cobija a las sentencias de segunda instancia que llegan a la Corte.

Segunda

Tanto la causa petendi, como sin duda alguna la petición principal de la demanda, indican que, en el sentir del demandante, entre él y los hermanos Jiménez se formó una especie de compañía, cuyo objeto era cultivar arroz y de la cual él era socio. Por ello en la petición A se impetró la declaración de que los demandados "están obligados a reconocer indefinidamente al demandante, como participación, un 25% de las utilidades líquidas obtenidas en sus cultivos de arroz del 'Llano del Combeima' en el Tolima a partir de 1946..."

El ad-quem expresa en su sentencia que el negocio jurídico que celebraron las partes se presenta "como un contrato de sociedad sui generis"; que es "en verdad a esta figura a la que más se asimila"; que aunque no sea "una sociedad civil", en virtud de que "es algo que a ella se parece", deben aplicársele, por analogía, las normas que regulan las sociedades civiles.

En el fallo impugnado se dice que existe plena prueba de que el demandante, a más de haber puesto en contacto a los demandados con el vendedor, aportó sus ideas sobre la manera de hacer el riego de "Llanos del Combeima" y sobre la forma de explotar esas tierras con siembras de arroz y se afirma que, además, personalmente hizo gestiones para la obtención de una merced de aguas que permitió realizar las obras de regadío. Despréndese de lo anterior que el ad-quem tácitamente rechazó la argumentación de los demandados atinente a que existía corretaje.

Tercera

Estimo que la nulidad por falta de competencia, que se decreta, solo podría haber ocurrido en una de estas dos hipótesis:

a) Que la pretensión del demandante hubiera consistido claramente en obtener el pago de una comisión, es decir, el reconoci-

miento de honorario o remuneración por servicios personales de carácter privado, y que el ad-quem, aceptando el sentido de esa pretensión, hubiera decidido el litigio.

b) Que, aunque la pretensión fuera diferente, el Tribunal hubiera interpretado el libelo introductorio del proceso en el sentido de que se demandaba el reconocimiento de estipendio por servicios de aquella naturaleza y dictara sentencia de mérito.

En tales circunstancias sería claro que el sentenciador habría conocido del proceso cuya competencia está adscrita a la justicia laboral, por lo cual se presentaría la primera causal de nulidad que consagraba el numeral 1º del Art. 448 del C. J.

Mas en el caso sub-judice, acaece cosa diferente, pues el demandante no pide el reconocimiento de honorario como comisionista, y el Tribunal, sin que su conclusión haya sido impugnada, afirma que el litigio se ha originado en un contrato de sociedad sui generis.

El ad-quem encontró que entre las partes se había celebrado una especie de compañía, muy semejante a la sociedad civil, convención que, aunque no fuera propiamente una sociedad, debía someterse, por analogía, al régimen legal de ésta en el campo civil. Esta apreciación me da base sólida para concluir con todo respeto, entonces, que los jueces civiles no carecen de competencia para dirimir el debate, pues no se trata aquí de simple remuneración de servicio personal, sino de determinar la utilidad de quien aportó sus ideas e hizo gestiones encaminadas a obtener las mejores condiciones para realizar los cultivos de arroz por él proyectados, apreciación del Tribunal que además de no ser contraevidente, no fue atacada, por lo cual obliga a la Corte.

No encuentro, por tanto, que exista vicio de actividad en la constitución de la relación procesal, consistente en "incompetencia de jurisdicción".

Bogotá, D. E., diciembre 14 de 1971.

Germán Giraldo Zuluaga.

Sala de Casación Penal

COMPETENCIA

La unidad de los delitos y la pluralidad de los sujetos activos no implica unidad del juzgamiento. — Cuando una infracción ha sido realizada conjuntamente por personas amparadas por el fuero castrense y particulares, el juzgamiento de estos últimos corresponde a la justicia penal ordinaria, siempre y cuando no estén al servicio de las Fuerzas Armadas, ni se trate de lo preceptuado en el numeral 6º del artículo 307 del Código de Justicia Penal Militar.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, julio cinco de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

(Aprobado: Acta número 23 de julio 2 de 1971).

Vistos

Procede la Corte a decidir la colisión de competencias positiva planteada entre el Juez 7º Penal del Circuito de Bogotá, a solicitud que, por intermedio de su apoderado hiciera Hernando Benítez Jiménez, sindicado por el delito de peculado y el Comandante del Ejército, Juez de Primera Instancia, sobre el conocimiento del proceso que se sigue contra Benítez Jiménez y otros.

Hechos y actuación procesal

El presente proceso se inició por el Auditor Principal de Guerra de la Brigada de Institutos Militares, investido, por el Ministerio de Defensa de las facultades de Funcionario de Instrucción, el día 30 de julio de 1969 y continuado, a virtud de comisión conferida por el Comandante del Ejército, por el Auditor Segundo de Guerra.

Dio origen a la investigación un informe que rindiera el General Eduardo Castro Acevedo, Jefe de Presupuesto del Ministerio de Defensa en que daba cuenta de algunas irregularidades encontradas en la Contaduría Principal del Comando del Ejército consistentes en que el contador Pedro J. de La Rotta Rico había girado sobre una cuenta oficial del Banco Panamericano tres cheques por un valor total de $ 720.233.72, a favor del capitán Oswaldo Flórez Medina, Ayudante Personal del Intendente General del Ejército quien con esa suma compró, en la misma institución bancaria, seis cheques de gerencia, tres de ellos a su favor, dos a favor de Eduardo Páez Sayer y uno a favor del capitán Rodolfo Jaimes Flórez.

En el curso de la investigación se estableció que se habían confeccionado numerosas facturas falsas por presuntas compras de materiales que en ningún caso habían sido recibidos por las dependencias del Ejército para el pago de servicios que no habían sido prestados, resultando ficticias las empresas o personas naturales que aparecían beneficiadas en dichos documentos, así como también resultó que habían sido adulteradas las firmas de los funcionarios ordenadores o fiscalizadores. Aún más: muchas de las facturas falsas habían sido pagadas dos veces.

Por los hechos que se dejan mencionados se dictaron autos de detención contra varias personas, entre ellos el de 23 de agosto de 1969 contra Hernando Benítez Jiménez y otros en el que se dice que aquel, "en su condición de Auditor Fiscal del Comando del Ejército, autorizó o refrendó con su firma cheques girados a oficiales de la cuenta corriente 4497 del Banco Panamericano, perteneciente a la Contaduría Principal del Comando del Ejército, por concepto de avances, según se ha dejado ampliamente demostrado, sin que estos beneficiarios oficiales del ejército tuvieran la categoría de empleados de manejo y por otra parte no revisó según sus propias palabras, ni los libros ni las firmas de los documentos que respaldaban aquellos cheques por él auditados, aunque no tenga la absoluta certeza de que las firmas estampadas en los cheques, como él mismo lo manifiesta, sean de su puño y letra y por estas razones, omitió dar cumplimiento a normas vigentes sobre las funciones y deberes del personal de la Auditoría Fiscal del Comando del Ejército, entre otras la de refrendar los cheques que giren los pagadores, con cargo a diversos fondos, estudiados y asignados con anterioridad por los empleados de la Auditoría que ejercen el auditaje sobre los documentos que respaldan los libros". Todo lo cual considera la mencionada providencia como suficiente para imputarle a Benítez Jiménez el delito de peculado que contempla el Art. 233 del Código de Justicia Penal Militar o sea el de peculado por apropiación indebida, como cómplice necesario en este ilícito.

En el mismo auto se ordenó la detención preventiva del capitán Oswaldo Flórez Medina, del capitán Rodolfo Jaimes Flórez, del Coronel Jaime García Ulloa y de los civiles Pedro La Rotta Rico, César Falla Díaz y Eumelia Castillo de Jaimes, por considerarlos copartícipes en el mismo delito.

Bastante avanzada ya la investigación, el sindicado Hernando Benítez Jiménez se dirigió al Juez 7º Penal del Circuito de Bogotá pidiéndole que solicitara al Comandante del Ejército el sumario contra él.

El juez mencionado, por auto de 1º de marzo del año en curso, así lo hizo pero el comando del Ejército, en providencia de 21 de mayo, declaró que la justicia castrense es la competente para conocer de este asunto y no accedió, por lo tanto, a la petición del juez, resolviendo provocar la colisión de competencias positiva y enviar el expediente a la Corte para que decidiera el conflicto.

En la providencia que se acaba de mencionar, el Comando del Ejército sostiene, en síntesis, que aun cuando el sindicado Benítez Jiménez no es militar ni civil al servicio de las Fuerzas Armadas, ha cometido un delito de peculado definido en el estatuto castrense del cual se sindica también a personas pertenecientes a dicha institución y que si aquellos y estos han infringido la misma norma del Código de Justicia Penal Militar, con el mismo hecho, no está prohibido por la Constitución que la justicia castrense conozca tanto en relación a unos como a otros.

Consideraciones de la Corte

El Código de Justicia Penal Militar, en el inciso segundo del Art. 311 dice que "cuando se trata de delitos cometidos conjuntamente por personas sometidas a la jurisdicción castrense y por otras que no lo estén, también deberán enviarse las copias necesarias para que ambas jurisdicciones puedan conocer de lo que les corresponde".

Esta norma es aplicable al caso de autos porque si bien el sindicado Benítez Jiménez solo está detenido por el delito de peculado, de los autos aparece que se está también investigando el de falsedad documental o sea que el proceso versa sobre varios delitos y la acción penal recae sobre un número plural de sindicados.

De estos unos tienen fuero especial, que son los militares, quienes solo pueden ser juzgados por las autoridades castrenses de acuerdo con lo dispuesto por el Art. 307 del Código de Justicia Penal Militar.

Pero no sucede lo mismo con los civiles que se han mencionado en esta providencia y que no están al servicio de las Fuerzas Armadas ni han cometido, al menos en cuanto al sindicado en mención se refiere, un delito de los previstos específicamente

para ellos y que, según el numeral 6º del artículo que se acaba de mencionar correspondería también juzgar a la justicia castrense.

Analizado el artículo 311 mencionado, se deduce que lo que esa norma pretende es que las personas que gozaran de fuero y que están sometidas a proceso por sindicárseles de haber cometido delitos en cooperación con otras que no disfruten de ese tratamiento especial, deben ser respetadas en su derecho al mismo y separados los procesos para que de juzgar a las primeras entienda la autoridad expresamente encargada de ello, en tanto que para aquellas que no tienen fuero debe seguirse proceso por aparte. Establece, por lo tanto, la ley procesal una imperiosa obligación de separar los procesos de las personas protegidas por fuero de aquellos que se siguen a quienes no lo tienen.

Y no permite la claridad de la norma citada, interpretarla de otra manera por ejemplo, subordinarla al criterio de la unidad de los delitos y de la pluralidad de los sujetos activos, para decir que siendo aquellos los mismos, estos deben ser juzgados todos por una misma justicia, que para el caso de autos podría ser la castrense como lo afirma el Comandante del Ejército porque tanto la letra como el espíritu de esa norma están diciendo que lo que quiere es separar el juzgamiento de las personas con fuero de las sin fuero, así sea sacrificando la economía procesal.

O sea que en el presente proceso, los militares deben ser juzgados por la justicia castrense y los particulares por la ordinaria, para lo cual, como dice el mencionado artículo deben enviarse copias a la jurisdicción correspondiente, en este caso la ordinaria, de lo conducente para que ésta juzgue a los particulares sindicados en el presente proceso.

El juez competente para conocer de los posibles delitos de peculado y falsedad que se dicen cometidos en forma conexa y se juzgan en el presente proceso, es por lo que a las personas sin fuero en él entrabadas se refiere, el Superior de Bogotá por ser el de mayor jerarquía, haberse iniciado aquí el proceso y decretado también aquí la detención de los sindicados. El otro, o sea el competente para conocer del peculado, sería el Penal del Circuito cuya categoría es inferior al ya mencionado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DIRIME la colisión de competencias positiva que le ha sido planteada y a que se refiere esta providencia, en el sentido de que es al Juez Superior de Bogotá (reparto) a quien le corresponde conocer del presente proceso en lo que hace relación a las personas que no tienen fuero y al Comandante del Ejército como Juez de Primera Instancia, para aquellos que tienen fuero castrense. De lo aquí resuelto se dará noticia al Juez 7º Penal del Circuito de Bogotá.

Cópiese, notifíquece y cúmplase.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CASACION SU TECNICA. CAUSALES 4ª Y 1ª.

Cuando la correspondencia jurídica entre las partes se establece sobre un conjunto de preceptos integrados que pueden ser dos o más todos deben postularse en la acusación para los efectos de la causal primera de casación; si se citan algunos de ellos, dejando sin referencia los demás que refrendan la misma cuestión o permiten el discernimento de los mismos derechos, se incurre en lo que la jurisprudencia civil y penal ha venido denominando "Proposición jurídica incompleta" que genera la desestimación del recurso. Al impugnarse en casación la estimación de los perjuicios derivados del delito, el recurrente debe invocar todas las normas sustanciales violadas indirectamente, por error en la valoración del dictamen pericial que determinó la cuantía. No constituye nulidad constitucional la omisión del examen médico cuando de las pruebas no emerge indicio de que el procesado se encuentra en alguna de las circunstancias previstas en el artículo 29 del C. P. El Art. 411 del Decreto 409 de 1971 adiciona los casos en que se hace necesario la práctica de dicho examen, cuando el procesado haya dado muestras de embriaguez, intoxicación aguda e inconsciencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, julio nueve de mil novecientos setenta y uno.

(Aprobado: Acta Nº 22 de 25 de junio de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Pérez).

Vistos

Con fecha 21 de julio de 1970, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dictó sentencia contra Margoth Herrera de Rodríguez, a quien condenó a la pena principal de ocho años de presidio y a las accesorias correspondientes como responsable de homicidio cometido en la persona de Hernando Avelino Torres Quintero. Esta decisión confirmó las sanciones impuestas por el Juzgado Cuarto Superior, el 10 de diciembre de 1969, "con la única salvedad de lo relativo a la pérdida de pensión o sueldo de retiro de carácter oficial" decretada por el funcionario de primera instancia, "la cual se revoca en atención a lo preceptuado por el artículo 12 de la Ley 16 de 1969".

También confirmó la condena al pago de los perjuicios civiles ocasionados por la infracción y que fueron estimados en la suma de quinientos veinte mil doscientos ochenta y un pesos "por el perito único designado para tal fin", así como el otorgamiento de la rebaja de que trata la Ley 40 de 1968.

El defensor de la procesada interpuso el recurso de casación, que la Sala admitió por auto del 14 de diciembre de 1970. Formulada en tiempo oportuno la demanda, fue declarada conforme a los requisitos del artículo 63 del Decreto 528 de 1964, en providencia de 16 de marzo de 1971.

Oído el concepto del Agente del Ministerio Público y vencidos los términos de los traslados a los no recurrentes, sin que éstos se hiceran oír, está agotada la tramitación y pasa a resolverse el recurso extraordinario.

I

El proceso

Refieren los autos que Hernando Avelino Torres Quintero y Margoth Herrera de Rodríguez habían trabado relaciones íntimas desde los últimos meses de mil novecientos cincuenta y siete, iniciadas, al parecer, antes de fallecer el cónyuge de ella y robustecidas en el curso de los primeros meses del año siguiente, a pesar de las contrariedades que por este hecho sufría el hogar de Torres Quintero, quien se había desposado con Leonor Cifuentes. Todo indicaba la resolución de seguir viviendo en común, sin que lograran modificar tal finalidad las continuas desaveniencias de los amantes, agravadas cuando Torres Quintero se embriagaba, cosa frecuentemente repetida.

El 20 de mayo de 1967 Torres Quintero y Margoth Herrera se reunieron con Adela de Barraza, Cristina de Alujan y Pedro Manuel Rodríguez en casa de Leonor Triviño de Contreras, y luego de haber tomado licor se trasladaron a la casa de Margoth Herrera, ubicada en esta ciudad de Bogotá, en la carrera 1ª Nº 68-15, donde siguieron la fiesta iniciada, aunque entre los dos amantes no se notaba ningún buen ánimo recíproco, a juzgar por ciertos gestos y alusiones verbales que inclusive desagradaron a los demás contertulios.

En determinado momento, más allá de las diez de la noche, Margoth Herrera y Torres Quintero pasaron a la planta alta de la casa, de donde poco después descendió el segundo con el vestido desarreglado y dando muestras de un intenso malestar reconocido por las personas que habían quedado abajo. Algunas expresiones alcanzó a decir, entre otras, que se sentía muy mal, antes de caer al piso con vómito de sangre indicativo de una lesión que se le había producido en la espalda y de la cual resultó autora Margoth Herrera de Rodríguez.

Inicialmente ésta negó haber producido la lesión, pero terminó confesando que se había visto en el trance de empuñar una daga que conservaba en el cuarto de huéspedes del segundo piso para defenderse de los atropellos sexuales intentados por su amante. Esta nueva versión llevó al apoderado a plantear la legítima defensa de la libertad y del honor de la procesada, justificante negada por los funcionarios que conocieron del caso, basándose en las declaraciones de las personas que habían estado congregadas con la procesada y el occiso la noche de los acontecimientos y en otras diligencias no menos importantes, como la reconstrucción de los hechos y el dictamen de los peritos sobre la imposibilidad para ejercer ese derecho.

El Juzgado Cuarto Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en providencia del 17 de octubre de 1968, abrió causa criminal con intervención de jurado contra la procesada, atribuyéndole la agravante del homicidio descrito en el numeral 5º del artículo 363 del Código Penal, pero el Tribunal, al revisar el auto por vía de apelación, eliminó esa circunstancia, calificando el hecho como simplemente voluntario.

Se hizo el avalúo de los perjuicios morales y materiales ocasionados por la infracción, de acuerdo con el dictamen rendido por el perito, documento este objetado en tiempo sin que prosperaran las tachas, según auto del 28 de febrero de 1969, dictado por el juez a pesar de que no se recaudó toda la prueba pedida para desvanecer sus fundamentos.

Se decretó el embargo de bienes inmuebles de la procesada y se hizo su inscripción en el libro de registro correspondiente.

Al jurado se sometió la siguiente cuestión única:

"La acusada Margoth Herrera viuda de Rodríguez, de las condiciones personales y civiles consignadas en autos es responsable, sí o nó, de haber causado la muerte, con el propósito de matar y mediante herida con arma cortopunzante (estilete), al señor Hernando Avelino Torres Quintero, según hechos que tuvieron perpetración el día 20 de mayo del año de 1967, a eso de las once de

la noche, dentro de la casa distinguida con el número 68-15 de la carrera 1ª de esta ciudad de Bogotá?"

El jurado unánimemente afirmó la responsabilidad. Sobre esa base el juez dictó fallo condenatorio, reformado por el Tribunal en la forma de que se ha dado cuenta.

II

La demanda de casación

Invoca ésta las causales cuarta y primera del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, y se apoya en las razones que se sintetizan a continuación:

Causal cuarta

La sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad constitucional debido a la falta de observancia de las formas procesales, toda vez que la acusada no fue examinada psiquiátricamente como lo requería su estado, y, de este modo se le juzgó con intervención de jurado en lugar de haber prescindido de éste para que se le aplicaran medidas de seguridad y no penas, como lo dispone el artículo 29 del estatuto represor. No se dio cumplimiento al artículo 374 del Código de Procedimiento, que autoriza el examen cuando se presenten indicios de grave anomalía psíquica o de intoxicación crónica en el procesado.

El expediente informa sobre varias circunstancias que conducen a tal apreciación, a saber: la embriaguez de la procesada, reconocida por los detectives que efectuaron las primeras pesquisas y también con la pericia médico-legal; la versión de la sindicada, que "demuestra una personalidad psicopática, mitomaníaca, propia del estado histérico"; el haber pedido el apoderado de la parte civil el examen psiquiátrico de la homicida, sin que el instructor, ni el juez del conocimiento hubieran resuelto nada sobre la demanda; y los testimonios de los contertulios que indican que la procesada se había comportado muy tranquilamente al bajar del piso alto de la casa, "situación reveladora de un trastorno psíquico de la incriminada, que unido a los anteriores hechos, obligaban al juez a ordenar el examen médico-psiquiátrico para establecer la sanidad psíquica" y determinar el procedimiento que debía seguirse.

Con citas de varios autores, el recurrente plantea la enfermedad mental, afirmándola en una personalidad psicopática histérica.

Igualmente alude al fallo de esta Corporación fechado el 9 de octubre de 1970, en el cual invalidó el que se había recurrido porque la peritación sobre la salud mental del procesado había resultado incompleta, dejando pendiente la conclusión, y, de acuerdo con el artículo 374 del Código de Procedimiento Penal, era necesario concluírla a fin de saber si se convocaba al jurado o se resolvía el asunto directamente por el juez de derecho.

Concluye pidiendo se invalide el proceso a partir del auto que cerró la investigación, pues se incurrió en grave omisión al no cumplir el artículo 374 del C. de P. P. que dispone el examen psiquiátrico a fin de saber si se trataba de una enferma y seguir el trámite del artículo 3º de la Ley 16 de 1968, en su ordinal 6º; con lo cual se violó el artículo 26 de la Constitución por falta de juzgamiento adecuado.

Causal primera

La plantea diciendo que el fallo viola indirectamente normas sustanciales como son los artículos 2341 del Código Civil y 92 del Penal "por errónea interpretación de los artículos 723 del Código Judicial y 207 y 268 del Código de Procedimiento Penal, al considerar como plena prueba el avalúo de los perjuicios, sin encontrarse éstos comprobados en el proceso y dándole al experticio un valor que no tiene, por haber sido fundamentado en una prueba ilegalmente allegada al proceso y sin someter a la crítica dicho peritazgo"; cargo que explica así:

a) El informe del perito contiene solo deducciones, pues no están demostrados concretamente los perjuicios en la forma en que lo ha venido exigiendo la jurisprudencia

al dar aplicación, en muchos casos, al artículo 2341 del Código Civil. No es suficiente afirmar que existe el daño resarcible, sino que es indispensable deducirlo con certeza plena de las pruebas legalmente aportadas al proceso;

b) Roberto y José Rafael Torres Quintero, hermanos del occiso, y Leonor Cifuentes de Torres Quintero, cónyuge del mismo, se constituyeron separadamente como parte civil, pero no demostraron en qué forma quedaron afectados, razón suficiente para que el juzgador se hubiera inhibido de condenar, como no fuera al pago de la indemnización en abstracto;

c) El perito fundó el dictamen en elementos probatorios que no se produjeron legalmente. Fue así como tuvo en cuenta un certificado de la Secretaría de la Caja de Sueldos de Retiro del Ejército, documento que no se podía considerar, pues fue allegado sorpresivamente, impidiendo a la sindicada completar la demostración en el sentido de si las sumas devengadas por el occiso pasaban a la viuda y en qué proporción;

d) El peritaje estima que el sueldo de retiro lo ahorraba íntegramente Torres Quintero y que nada dejaba para sí, de modo que erró en considerarlo como base para decretar la indemnización, pues debieron hacerse las deducciones por concepto de gastos personales;

e) La falta de análisis de dicha diligencia, de acuerdo con las reglas de la crítica, determinó el que se aceptara que el occiso viviría diez y ocho años más, deducción inconsistente, puesto que olvidó que el occiso "presentaba herida de una laparatomía abdominal en el lado izquierdo, y que esa sola causa podía ser suficiente para no apreciar una vida probable superior a los sesenta años". No existiendo demostración plena sobre la salud del occiso, no podrían aceptarse las conclusiones del perito, hecho violatorio del artículo 268 del Código de Procedimiento Penal y el 723 del Código de Procedimento Civil;

f) El juzgador, al dar valor de plena prueba al dictamen "cometió error de derecho en su apreciación, que lo llevó a violar indirectamente la ley sustancial, al condenar en concreto al pago de los perjuicios materiales no demostrados en el proceso, ni señalados como ciertos, violándose el artículo 2341 del Código Civil y aplicando indebidamente el 92 del Código Penal"; y

g) El hecho de que no hayan prosperado las objeciones hechas al dictamen ante el juez de primera instancia, no significa, como lo ha expresado la Corte en sentencia del 27 de febrero de 1970, que la valoración de esa prueba no pueda ser planteada ulteriormente, por errores del juzgador. Dijo la Corte: "Una es la incapacidad de las partes para alegar contra un dictamen consentido por ellas, más allá del momento en que va a ser analizado por el juez, y otra la facultad de éste para las calificaciones aconsejables según su entendimiento en las disciplinas probatorias y sus concreciones en la dogmática nacional".

Finalmente pide el demandante que se case parcialmente el fallo recurrido en lo que respecta a la condenación por perjuicios y se señale la forma de regularlos.

III

Concepto del Procurador

En relación con el cargo fundado en la causal cuarta, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal dice que no surgen en el proceso indicios reveladores de un comportamiento anormal en la procesada, de manera que los jueces carecieron de elementos para ordenar el examen que autoriza el artículo 374 del estatuto procesal. Los factores expuestos por el recurrente carecen de fuerza, pues indican precisamente lo contrario de lo que se propone. En efecto, el Comisario que intervino en la diligencia de levantamiento del cadáver reconoció en la sindicada embriaguez de segundo grado, desequilibrio, fallas en la coordinación del discurso y trastornos emocionales. Pero estos fenómenos carecen de la trascendencia que pretende otorgárseles, como se deduce de lo siguiente:

1. En cuanto a la embriaguez, la acusada explicó en su indagatoria que tuvo serenidad suficiente para llamar a los familiares de la víctima y dar órdenes a la doméstica para obtener la colaboración de los vecinos;

2. En cuanto a los trastornos emocionales, es apenas obvio que se presentaran en quien acababa de cometer un atentado contra la persona que, según datos procesales, convivía con ella y pretendía contraer matrimonio civil una vez superados los problemas familiares que ambos afrontaban. Por lo demás, tales trastornos sobrevinieron al homicidio, sin que, por eso mismo, puedan tenerse como causas de la conducta criminal;

3. La observación de los agentes del Departamento Administrativo de Seguridad encargados de las primeras diligencias, acusa en la procesada "manifestaciones de histerismo" consistentes en haberse acercado al cadáver y darle unas palmadas en la mejilla derecha después de haberle tocado el pecho, la cara y la cabeza. Estas actitudes en manera alguna indican perturbación mental pues, como la acusada explicó en su indagatoria, un vecino le administró licor y unas pastillas hasta quedar "como idiota" (folio 20). Además no está probada la idoneidad de los agentes en materia psiquiátrica;

4. Las distintas versiones dadas por la procesada "tampoco indican una personalidad psicopática, mitomaníaca propia del estado histérico. Resulta normal que el ser humano no acepte un hecho que le perjudica y con mayor razón cuando se trata de un acto ilícito de suma gravedad. Aquí la razón para que la indagatoria se reciba sin juramento y que se pueda ampliar cuantas veces se quiera, lo que da ocasión a presentar distintas versiones de los hechos". Es normal la procesada porque su conducta, lo mismo que el relato variado de las circunstancias, se ajustan a lo común: al principio el indagado niega su participación, para aceptarla luego tratando de que se excluya o se atenúe la responsabilidad; y

5. El apoderado de la parte civil, en escrito del 20 de junio de 1967, pidió el examen psiquiátrico de la acusada, a fin de establecer "una constitución psicológica mitomaníaca", teniendo en cuenta las distintas versiones que ella suministró del suceso (folios 130 a 132), pero a esta petición se opuso el apoderado de la acusada, hoy recurrente en casación, en escrito de folios 172 y 173, por estimar que nada justificaba esa prueba. Mas aun, en la audiencia pública el mismo defensor rechazó las supuestas anomalías que querían atribuírsele a la procesada y expuso razones como soporte de ese punto de vista. Todo lo cual indica una posición contradictoria: se opuso al examen psiquiátrico porque no existían indicios reveladores de perturbación mental, punto de vista reafirmado vehementemente ante el jurado, y ahora, con motivo del recurso extraordinario, se traslada a la tesis que repudió, demeritando así la demanda;

6. El fallo del 9 de octubre de 1970, en el cual la Corte invalidó la sentencia del Tribunal Superior de Cali que condenó a José Vicente Marulanda como responsable de la muerte de su cónyuge, no es aplicable al caso porque en aquel el procesado sí reveló síntomas inequívocos de perturbación mental y no se practicaron los exámenes médicos ordenados a fin de verificarla. Por eso la Corte estimó que la condena se había proferido sin cumplir las formalidades propias del juicio;

7. En definitiva, no aparece demostrada la infracción del artículo 374 del Código de Procedimiento Penal, pues las formas específicas del juzgamiento se cumplieron puntualmente.

Respecto del cargo fundado en la causal primera, el Agente del Ministerio Público responde: el boletín del Departamento Nacional de Estadística, en el que se apoya el dictamen, señala un término de vida probable de sesenta años y sin embargo a la víctima se le fijó en setenta y dos y no aparece informe médico alguno que permita calcular una supervivencia superior a la media.

El perito fijó los ingresos mensuales de Torres Quintero basándose en el sueldo de retiro del Ejército, ignorando que la Ley 126 de 1959, en su artículo 114, dispone que a la muerte de un oficial en goce de asignaciones por retiro, sus beneficiarios tienen derecho a una pensión equivalente a las dos terceras partes de la prestación de que gozaba el causante, tomando los órdenes y proporciones determinados en el Código Civil. El peritaje merece seria observación por este aspecto.

La parte civil no demostró en el proceso los perjuicios materiales provenientes de la muerte de Torres Quintero. Además, es evidente que el perjuicio tiene que disminuirse si, como ordena la ley antes citada, la pensión de retiro debe asignarse proporcionalmente a los que tienen derecho a ella.

La prueba pericial existe pero se le dio pleno valor, sin que ésto fuera procedente conforme los artículos 721 y 723 del Código de Procedimiento Civil y 268 del de Procedimiento Penal. "El dictamen del perito no es por si mismo plena prueba. La ley penal impone al juez la obligación de estudiarlo y expresar clara y precisamente los hechos y razones en que se apoya para acogerlo o desecharlo. La ley civil acoge el mismo criterio pues la prueba pericial tampoco obliga al juez por sí sola, sino que impone al juzgador en esta rama del derecho la obligación de estudiarla, evaluar determinados factores y aceptarla o rechazarla conforme a las reglas de la sana crítica. No se trataba en este caso de un cálculo aritmético para aplicar el artículo 721 del Código Judicial, pues el perito debía tener en cuenta factores ajenos al rigurosamente matemático, lo cual significa que debe aplicarse el artículo 723 de la citada obra.

Resulta, pues, demostrado el error de derecho porque "no se cumplían los requisitos legales para otorgar al dictamen pericial el valor de plena prueba sino, por el contrario, aplicando las normas de la sana crítica y estudiando uno a uno los factores en que se apoyó, especialmente el relativo a la ausencia de demostración de los perjuicios materiales, la estimación ha debido ser precisamente la contraria: negarle el valor de plena prueba por las graves deficiencias en que se incurrió. Resultaron infringidas las normas contenidas en los artículos 2331 del Código Civil y 92 del Penal.

En consecuencia, el fallo debe casarse solo en cuanto atañe a la condenación por perjuicios materiales ocasionados por el delito y no en lo que concierne a la pena por el homicidio cometido.

Consideraciones

Respecto de la causal cuarta

1. Apartándose injustificadamente del texto expreso del artículo 374 del Código de Procedimiento Penal, una jurisprudencia de la Corte (4 de julio de 1960, Gaceta Judicial, Tomo LXVII, página 583), dijo que el examen psiquiátrico del procesado era "una obligación facultativa para el funcionario de instrucción" condicionada al descubrimiento de indicios de grave anomalía mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquier otra sustancia venenosa; y que en presencia de tales datos "puede ordenar la práctica de la prueba tendiente a determinar ese hecho".

Es necesario aclarar ahora que el sometimiento del imputado a la observación médica es deber imperioso del funcionario y no una mera facultad, desde el momento en que note indicios de cualquiera de las irregularidades descritas en el artículo 29 del estatuto represor, síntomas que, de otra parte, son fáciles de percibir, sin que tales apreciaciones se vinculen definitivamente a la actividad procesal que puede confirmarlos o no a fin de indicar el procedimiento. Precisamente, para este efecto, que entre otras regulaciones asegura el derecho de defensa, es por lo que la norma citada hace obligatorio el examen, y no en cualquier tiempo, sino inmediatamente que se observen o conozcan las manifestaciones anómalas, trátese de detenidos o de sujetos en libertad. De los últimos, dice la ley que debe enviárseles a "un manicomio adecuado" y respecto de los primeros, que el examen se llevará a cabo en el establecimiento carcelario en que se

hallaren, pero es apenas obvio suponer que tiene que buscarse la mayor facilidad para las consultas, inclusive trasladando al detenido al lugar propicio para el diagnóstico y el tratamiento. Lo anterior, se repite, no como desarrollo de un poder discrecional, sino como mandato sin excusa ni aplazamiento. Se empeñan en ello las necesidades de la investigación y las definiciones sobre la imputabilidad perteneciente.

2. El artículo 411 del Decreto 409 de 1971, que codifica todas las disposiciones procesales, recurre a exigencias más drásticas, pues impone el examen "desde el momento mismo de la captura y tan pronto como el funcionario de policía judicial o el instructor observen en el procesado indicios de que se halla en cualquiera de las circunstancias del artículo 29 del Código Penal", añadiendo que ese deber se extiende a las situaciones de "embriaguez, intoxicación aguda e inconsciencia". Cuando no procede la captura, tiene que ordenarse la diligencia aun antes de recibirse indagatoria. Pero si el sindicado se niega al examen, no puede adelantarse éste en forma coercitiva. Simplemente "deberá dejarse constancia de ello en el proceso", mandamiento que responde al respecto por la autonomía y la dignidad del ser humano, aunque, de otra parte, dificulta la auscultación psíquica del infractor.

3. Es así como la intoxicación aguda por el alcohol o cualquiera otra sustancia, la inconsciencia transitoria proveniente de causas internas o externas y la simple embriaguez, ingresan al catálogo de situaciones que requieren la observación médica, ampliando las del Código vigente, fundado en el artículo 29 del penal. Del mismo modo que esta disposición excluye la embriaguez y la intoxicación agudas, el artículo 374 de la ley de procedimiento tampoco las menciona para que el funcionario ordene la observación médica. Por lo tanto, si el agente dilinquió encontrándose en cualquiera de tales circunstancias, sin que se reconozcan en él conjuntamente indicios de alienación o anomalía mental grave, no es obligatorio el examen y omitir su práctica no implica ninguna tacha procesal. En cambio, bajo el Decreto 409 de 1971, no puede prescindirse de las exploraciones periciales.

4. La conducta de la procesada después del hecho reveló alteraciones específicas de la intoxicación etílica pasajera, acentuadas al verificar el resultado trágico. En estas condiciones, y aunque la demanda hubiera planteado la falta de observación por esa causa, el cargo habría sido improcedente. Con todo, toma los datos sobre el comportamiento bajo el estado de embriaguez como contribuciones a la admisión de una psicopatía histérica, que escapa a la decisión del jurado, pues que semejantes trastornos son de los comprendidos en el artículo 29 del estatuto represor.

Nada existe en los autos con virtualidad suficientemente indicadora de un desequilibrio mental en Margoth Herrera de Rodríguez. No hay prueba de ningún trastorno fundamental de la conciencia debido a alienación, o a anomalía grave, o a intoxicación crónica. No se ven indicios de desequilibrios, como no sea la embriaguez misma, situación que escapa al artículo 374 del Código de Procedimiento. Por lo tanto, no es posible reconocer error u omisión en el instructor ni en el juez del conocimiento, ni mucho menos violación de las formas propias del juicio. Este se siguió como debía, y su transcurso acreditó que las alteraciones subsiguientes a la muerte de Torres Quintero desaparecieron sin dejar huella en los mecanismos psíquicos de la infractora. Más aún, con toda razón el Agente del Ministerio Público resta sustento a la demanda cuando anota que su autor reclamó en dos oportunidades contra cualquier intento de ubicar a la procesada en el marco de las irregularidades mentales.

No prospera el cargo con base en la causal alegada.

Respecto a la causal primera

El artículo 2341 del Código Civil crea la obligación de indemnizar a cargo de todo el que ha ocasionado perjuicios por delito o culpa. Para ello basta tener presente la realidad de la infracción, la certeza del daño y el vínculo causal entre y una y otro, según formulaciones uniformemente plasmadas en la jurisprudencia nacional.

De otro lado, y en acuerdo con los mismos principios, el artículo 92 del Código Penal, obliga al juez en toda sentencia condenatoria a imponer el resarcimiento por los perjuicios causados, cuando sean evidentes, pues, como se infiere de dicho texto y del artículo 8º del estatuto procesal, hay infracciones que no producen consecuencias dañosas, lo que imposibilitaría la aplicación de las dos normas citadas.

En el caso a estudio, es obvio que existió un perjuicio y que por eso mismo es obligatoria la orden judicial de indemnizarlo. No es necesaria una prueba específica de este resultado, que se reconoce en la supresión de la vida humana, cualesquiera que sean las personas sobrevivientes económicamente afectadas y la regulación futura sobre su cuantía efectuada según el Código de Procedimiento Civil. Además, el actor no solo no discute la consecuencia dañosa sino que parte de su reconocimiento para dirigir las críticas a la estimación del monto real, indebidamente reconocido en la sentencia sobre los datos de un peritaje tachado por él de ineptitud manifiesta.

En efecto, alega errónea interpretación de los artículos 723 del Código citado últimamente y 207 y 268 del de Procedimiento Penal, error que indujo a violar los artículos 2341 del Código Civil y 92 del represor, pero resulta que tales disposiciones eran de imperiosa aplicación por el fallador. Esta condena a pagar en abstracto el valor de la indemnización, cumpliendo fielmente aquellos mandamientos. Si no lo hubiera hecho, habría cometido grave error por no seguir indicaciones normativas sustanciales en presencia de un delito establecido a plenitud y de una responsabilidad indiscutible aceptada por el Tribunal de conciencia. En otros términos, no puede existir violación de disposiciones sustanciales que determinan al juzgador en los puntos finalmente admitidos por él.

Ocurre sí que el reconocimiento judicial de los perjuicios extracontractuales a que se refiere el artículo 2341 del Código Civil y que, en lo concerniente a su especialidad, reitera el artículo 92 del Código de las penas, está ligado a la cuantía de los mismos, pues si así no fuera sería imposible saber la medida en que el infractor debe desprenderse de su patrimonio y aquella en que la parte lesionada se compensa el daño sufrido. La indemnización tiene contenido económico y lo que se ordena pagar son precisamente valores crematísticos, estimados en cifras, contables y efectivamente contados, sujetos a recaudo según una cuantía y a negación según las reglas comunes. De allí el que las dos normas en examen deban relacionarse necesariamente con el artículo 480 del Código de Procedimiento Civil, que indica cómo se efectúa la condena por frutos, intereses y daños o perjuicios. Solo procede la condena en abstracto, dejando la fijación concreta del monto para la ejecución de la sentencia, en el caso de no ser posible precisar el importe o suministrar las bases con arreglo a las cuales deba efectuarse la liquidación. Y dicho artículo 480, por lo mismo que establece condiciones para tasar los valores de que trata el 2341 del Código Civil, derivados del resarcimiento, debe tenerse como parte integrante de éste, ya que, se repite, la indemnización no es un elemento abstracto, sino que debe precisarse a fin de que los interesados la conozcan y puedan así asentirla o rechazarla. El artículo 92 del Código Penal también se inspira en ese principio, y por ello autoriza la condena, no a cualquier clase de daño, sino exactamente al que el delito ha causado. No puede saberse cuál es éste si no está determinado.

Compréndese que una disposición como la del artículo 480 del Código de Procedimiento Civil, que fija la forma como deben calcularse muchas obligaciones, afectando derechos de las partes y vinculándolas así en una relación patrimonial, no sea de mera ritualidad procesal, ni de las que guían la actividad externa de los funcionarios judiciales, es decir, que no es simplemente instrumental sino que participa de la dignidad de las normas sustanciales a que se refieren los primeros numerales de los artículos 52 y 56 del Decreto 528 de 1964. Si como define la jurisprudencia, "son leyes sustanciales aquellas que frente a un supuesto de hecho previsto en las mismas, consagran derechos a favor de los asociados o les imponen obli-

gaciones", o, en otras palabras, "las que en presencia de una situación fáctica concreta, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas entre las partes" (especialmente, casación civil del nueve de septiembre de 1970), es claro que el artículo 480 del Código de Procedimiento Civil tiene esa naturaleza inconfundible, como complemento necesario del artículo 2341, varias veces referido. No se entenderían las bases del juicio a fin de fijar en el fallo la cantidad líquida a pagar, o de hacer la declaratoria de que las pruebas son insuficientes para esa determinación, o de que es imposible hacerla, sin tocar los derechos comprometidos que, en este caso, se traducen en valores patrimoniales. La jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte, que reconoció en el artículo 480 "una naturaleza simplemente adjetiva, de manera que su quebranto no da lugar a que prospere el recurso de casación" (diciembre 1º de 1938, G. J. T. LXVII, Pág. 455), está por consiguiente mal fundada, y debe rectificarse en los términos expuestos.

Significa ésto que la relación jurídica no se rige por una sola norma sino por dos, que se complementan, y no en distintos niveles sino en su propia fuente, sin que puedan escindirse más que por vía de hipótesis. Porque en el campo de las realidades sustanciales, la declaratoria de indemnizar carecería de eficacia sin el monto de la indemnización. Lo uno va con lo otro, en estrecha fusión determinativa. Y cuando la correspondencia jurídica entre las partes se establece sobre un conjunto de preceptos integrados que pueden ser dos o más, todos deben postularse en la acusación para los efectos de la causal primera. Si así no se hace, o por mejor decir, si se citan uno o algunos de ellos, aunque los acusados resulten probados, dejando sin referencia los demás que refrendan la misma cuestión o permiten el discernimiento de los mismos derechos, se incurre en lo que la jurisprudencia civil y penal ha venido denominando proposición jurídica incompleta. La acusación llega a cierto punto, correctamente enfocada contra las normas irregularmente aducidas por el juzgador, dejando otras, enlazadas íntimamente con éstas. La crítica se queda así en mitad de camino, y no puede la Corte, en este recurso extraordinario, suplir lo que el actor dejó inconcluso, porque la casación no es un nuevo grado de jurisdicción. Igual cosa sucede cuando se alega error en la apreciación de las pruebas sin indicar las normas sustanciales indirectamente violadas. Es otra proposición incompleta, que impide la procedencia del recurso por indebida presentación del cargo.

La norma que asegura la actuación cumplida de los artículos 92 del Código Penal y 2341 del Civil, esto es, la que permite formular la declaración sobre el monto de los perjuicios causados o sobre la idoneidad probatoria para tasarlos, no fue propuesta por el actor concurrentemente con aquellas, debiendo hacerlo, pues se trata de un complejo legal indestructible, y si se prescinde de una de sus partes, el todo queda sin demostración completa. Esta imperfección del mecanismo impugnatorio imposibilita entrar al análisis del cargo, pues, aunque resultara fundado, le faltaría su apoyo en el otro aspecto de la proposición no aducida por el recurrente. Y la Sala carece de facultad para corregir las deficiencias del libelo, pues su función queda limitada a los motivos expresamente alegados por el recurrente.

Por consiguiente, no es el caso de estudiar el cargo y el recurso fundado en él habrá de desecharse.

IV

Decisión

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que condenó a Margoth Herrera de Rodríguez como responsable de homicidio cometido en la persona de Hernando Avelino Torres Quintero.

Cópiese notifíquese y devuélvase.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

José Evencio Posada V., Secretario.

DELITOS CONEXOS. — COMPETENCIA PARA EL JUZGAMIENTO

Compete a la justicia penal militar el juzgamiento de las personas que cometen delitos conexos, uno de los cuales está consagrado específicamente como infracción en el Código Castrense, sin tener en cuenta la gravedad delictuosa de los hechos. La Corte ratifica su doctrina de fecha 22 de agosto de 1969, en relación a los presupuestos que deben tenerse en cuenta en la violación directa o indirecta de la ley.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintidós de julio de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Alvaro Luna Gómez).

(Aprobado: Acta Nº 26, julio 14 de 1971).

Vistos

Agotada la tramitación correspondiente, procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Alfonso Sánchez y su abogado defensor contra la sentencia de 24 de noviembre de 1970, proferida por el Tribunal Superior Militar mediante la cual, al confirmar la de primera instancia, Sánchez fue condenado a la pena principal de 6 años y 8 meses de presidio, a más de las accesorias correspondientes, "como responsable de los delitos de Homicidio frustrado y Contra Funcionarios Públicos".

Primero. Hechos

En la providencia sometida al recurso de casación y en la de primera instancia, se presentan así:

"El Comando de la Brigada de Institutos Militares ordenó la convocatoria de un Consejo de Guerra Verbal sin investigación previa para juzgar al ciudadano Alfonso Sánchez como presunto autor de la agresión violenta contra el señor Capitán Manuel Sanmiguel Buenaventura, hecho ocurrido el día veinticinco (25) de abril aproximadamente a las 10:45 minutos de la mañana frente a la casa del señor General (r) Gustavo Rojas Pinilla, mientras el citado oficial cumplía una orden superior consistente en acompañar a la señora Ruth Blanco de Montagu hasta la residencia del General con el objeto de obtener algunos elementos personales dejados en el mismo lugar con ocasión de sus actividades como Secretaria de la señora María Eugenia Rojas de Moreno Díaz. En cumplimiento de la misión encomendada, el Capitán Sanmiguel pretendió conjuntamente cumplir otra misión de carácter general, cual era la de aprehender físicamente a un ciudadano contra el cual existía la orden de captura o retención, y quien apareció en el lugar de los hechos abriendo la puerta de la residencia del General Rojas cuando aquel timbró para que saliera alguna persona con el fin de obtener los documentos de identificación de la señora de Montagu; era el señor Mayor retirado de la Policía, Pedro Pablo Rojas Castro con quien el Capitán Sanmiguel entró en forcejeo cuando aquel le opuso resistencia para que su retención o captura no se cumpliera. En este mismo instante hizo su aparición el ciudadano Alfonso Sánchez quien desenfundó su revólver, lo disparó contra la persona del Capitán Sanmiguel e hizo impacto en el cuerpo de este oficial a nivel del tercio externo y superior de la región escapular izquierda, herida que produjo una in-

capacidad provisional de 75 días sin precisar la incapacidad definitiva y sus secuelas hasta el momento". (Fls. 148 sgt.).

Segundo. Actuación procesal

El mismo día en que ocurrieron los hechos y por medio de Resolución número 15, el Comando de la Brigada de Institutos Militares, como Juez de Primera Instancia, convocó e integró un Consejo de Guerra Verbal "para que por el procedimiento establecido en el Libro IV, Título VI, Capítulo II del Código de Justicia Penal Militar juzgue (sic) al particular **Alfonso Sánchez**, reo presente, sindicado de los delitos contemplados en el Libro II, Título VI, Capítulo VIII y Título VII del mismo Código, conforme a hechos acaecidos en la ciudad de Bogotá, D. E., el día veinticinco de abril de mil novecientos setenta" (Fl. 1).

Practicadas las pruebas de rigor, a la consideración de los vocales fueron sometidos los siguientes cuestionarios:

"El acusado, particular **Alfonso Sánchez**, de anotaciones personales conocidas en autos, es responsable, SI o NO, de haber cometido violencia contra el Capitán Manuel Sanmiguel Buenaventura, oficial del Ejército en servicio activo, atacándolo de obra mediante un disparo de arma de fuego de corto alcance (revólver) para obligarlo a omitir el cumplimiento de un acto del servicio, según hechos ocurridos en Bogotá, D. E., el día veinticinco (25) de abril de mil novecientos setenta (1970)?" (Fl. 82).

"El acusado, particular **Alfonso Sánchez**, de anotaciones personales conocidas en autos, es responsable, SI o NO, de haber ejecutado todos los actos necesarios tendientes a ocasionarle la muerte al Capitán Manuel Sanmiguel Buenaventura, oficial del Ejército Nacional en servicio activo, mediante un disparo de arma de fuego de corto alcance (revólver) cuyo proyectil hizo impacto en el cuerpo de la víctima, a nivel del tercio externo y superior de la región escapular izquierda, sin que el deceso del ofendido se hubiera realizado por circunstancias independientes de la voluntad del acusado, hechos ocurridos el día veinticinco (25) de abril de mil novecientos setenta (1970) en Bogotá, D. E.?" (Fl. 83).

Por unanimidad los jurados contestaron afirmativamente cada uno de ellos. Con fundamento en ese veredicto, el Presidente del Consejo de Guerra Verbal condenó al procesado Alfonso Sánchez a la pena principal de 6 años y 8 meses de presidio, a más de las accesorias de rigor. Apelada esta providencia, fue confirmada por el Tribunal Superior Militar por medio de la suya de 24 de noviembre del año pasado, que es ahora objeto del recurso extraordinario de casación, como se ha dicho.

Tercero. Demanda de casación

El apoderado del procesado en su demanda, que se declaró ajustada en su forma a las exigencias legales, para atacar el fallo recurrido invoca las causales 4ª y 1ª del artículo 56 del Decreto 528 de 1964.

1. Al amparo de la cuarta ataca la sentencia de segunda instancia "porque ésta fue dictada dentro de un juicio viciado de nulidad, por incompetencia de jurisdicción", ataque que, en lo pertinente, fundamenta así:

"a) Al señor **Alfonso Sánchez** se le formularon cargos para que responda por el delito común de **homicidio frustrado** contemplado en el artículo 362 y 17 del Código Penal Colombiano y de competencia de los **Jueces Superiores Ordinarios**. Igualmente se le formularon cargos como supuesto responsable del delito **contra funcionarios públicos**, a que se refiere el artículo 190 del Código de Justicia Penal Militar y, en tal virtud, de competencia de la **Justicia Castrense**, con base en el artículo 1º del decreto que el 21 de abril de 1970 promulgó el Gobierno Nacional declarando turbado el orden público en todo el territorio de la nación, conforme el artículo 121 de la Constitución Nacional.

"Lo anterior nos indica en forma meridiana que se trataba del juzgamiento de dos delitos conexos, sometidos a diferentes com-

petencias, fenómeno jurídico que era fundamental resolverlo a la luz de las disposiciones legales vigentes.

"b) El artículo 299 del Código de Justicia Penal Militar dice:

"Son aplicables al procedimiento penal militar, en cuanto no se opongan a lo establecido en este Código o leyes especiales y en cuanto vengan a llenar vacíos, las disposiciones contenidas en los Códigos Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil".

"Como se trataba del juzgamiento de supuestos delitos conexos, por mandato de los artículos 54 del Código de Procedimiento Penal y 314 del Código de Justicia Penal Militar...: "se investigarán y fallarán en un mismo proceso".

"Ahora bien; como en el Código de Justicia Penal Militar no existe norma que de manera concreta dirima la competencia en casos similares al que nos ocupa, quedando un vacío que es preciso llenar, por orden legal, según se vio, es imperioso acogerse a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal que en forma diáfana regula la materia así:

"Artículo 50. 'Cuando en un mismo proceso deban investigarse y fallarse varios delitos a diversas competencias, conocerá de la causa el juez o Tribunal que tenga jurisdicción para fallar el delito más grave". (Subraya el suscrito abogado)". (Fls. 17 sgt.).

Luego cita una jurisprudencia de la Corte en torno a la interpretación del artículo 54 del Código de Procedimiento Penal y finaliza repitiendo que "la sentencia se pronunció en un juicio viciado de nulidad por incompetencia de jurisdicción", por lo cual solicita sea casada.

2. Al amparo de la causal primera, que presenta como subsidiaria, acusa la sentencia "porque los fundamentos que la ley exige para comprobar en forma PLENA Y ABSOLUTA el cuerpo del delito de las supuestas infracciones, no tienen valor probatorio capaz de llevar a una conclusión incontrovertible, ya que sin el menor análisis crítico y científico se tomaron como elementos indicativos de plena responsabilidad".

Luego de transcribir de la providencia atacada una de las partes en la cual se hace relación a la prueba testimonial y al concepto de los peritos médicos, dice el demandante que con relación a aquella, entre "a demostrar sus errores de derecho y de hecho", para lo cual se detiene extensamente en una presentación de las pruebas, en una crítica especialmente adversa al dictamen pericial de los legistas y en sustentar la confesión del procesado, estudio probatorio del cual concluye:

"En resumen

"ACUSO la sentencia objeto del presente recurso de casación porque violando el contenido del artículo 475 del Código de Justicia Penal Militar, desestimó la confesión el H. Tribunal Superior Militar, quitándole el valor probatorio que imperiosamente debía de dársele ante la ausencia de prueba idónea que la hubiese controvertido.

"ACUSO la sentencia proferida por el H. Tribunal Superior Militar, porque concedió a la prueba pericial de balística un valor que no tiene, no solo porque fue realizada sin observancia de las formalidades prescritas en el Código de Justicia Penal Militar, sino porque sobre esta prueba se intenta comprobar el elemento subjetivo del supuesto delito de homicidio imperfecto pese a los errores con que fue emitida.

"ACUSO la sentencia proferida por el H. Tribunal Superior Militar porque sin hacer el menor estudio crítico de los testimonios, resolvió acogerlos para sustentar que se halla plenamente comprobado el cuerpo del delito en sus dos aspectos fundamentales.

"ACUSO la sentencia del H. Tribunal Superior Militar, porque como elementos de prueba del cuerpo del delito Contra Funcionarios Públicos, acepta los informes rendidos por los Oficiales del Ejército, que en forma escrita presentaron, pero que no fue-

ron ratificados bajo la gravedad del juramento, tal como lo dispone la ley a fin de que se tomaran como prueba.

"ACUSO la sentencia del H. Tribunal Superior Militar, porque sin considerar los móviles que determinaron la perpetración del hecho accidental, no tuvieron en cuenta que el oficial lesionado obró en forma sorpresiva, sin orden escrita de captura, sin haber intimado captura, aun en el supuesto que se le habría dado una orden verbal, es decir actuó en forma "imprudente" provocando sus resultados, lo cual releva de responsabilidad a los sindicados "El empleado que obra —por provocaciones imprudentes—, y da motivo para que se le irrespete y se le ataque, actúa fuera del ámbito de sus atribuciones".

"Los errores, pues, de derecho en que incurrieron los vocales del Consejo de Guerra Verbal, para producir el veredicto condenatorio se refieren a que sobre pruebas sin valor se los convenció de que el cuerpo del delito en todas sus fases se hallaba probado, cuando la realidad procesal indica todo lo contrario". (Fls. 30 sgt.).

Cuarto. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público representado en esta ocasión por el Procurador Delegado de las Fuerzas Militares, al contestar el traslado de la demanda, conceptúa adversamente a las pretensiones de ésta, para lo cual se detiene en argumentar cómo no se da la causal cuarta y cómo, con relación a la primera, se hallan en el expediente las pruebas necesarias para demostrar los delitos imputados al procesado y su responsabilidad por ellos.

Quinto. Consideraciones de la Sala

1º Causal cuarta

1. Como ya se vio, el demandante hace consistir la nulidad en que a Sánchez se le formularon cargos por los delitos de homicidio frustrado de competencia de la justicia ordinaria y contra funcionarios públicos a que se refiere el artículo 190 del Código Castrense, de competencia de la justicia militar. En consecuencia, tratándose de delitos conexos, en virtud de lo dispuesto en los artículos 54 y 314 de los Códigos de Procedimiento Penal y de Justicia Penal Militar, respectivamente, aquellos deben investigarse y fallarse en un mismo proceso. Y, dando aplicación al 50 del estatuto primeramente citado, deben conocer de ellos "el juez o tribunal que tenga jurisdicción para fallar el delito más grave" y, como el más grave es el de homicidio frustrado, síguese que es la justicia ordinaria, por medio de los Jueces Superiores y, no la militar, la competente para conocer de estas diligencias, por lo cual la sentencia acusada se ha dictado dentro de un juicio viciado de nulidad.

2. No comparte la Sala el razonamiento anterior: Es cierto que a Sánchez se le formularon cargos por los delitos de homicidio frustrado y contra funcionarios públicos, el primero aisladamente de competencia de la justicia ordinaria y el segundo, por haberse estructurado sobre la violación del artículo 190 del estatuto castrense, de competencia de la militar. También es cierto que en fuerza de lo dispuesto en los artículos 54 y 314 de los Códigos Procesal, Penal y Castrense, estos delitos, que, realmente son conexos, deben investigarse y fallarse "en un mismo proceso". Y también es cierto que disponía el artículo 50 del Código de Procedimiento Penal que "Cuando en un mismo proceso deben investigarse y fallarse varios delitos sometidos a diversas competencias, conocerá de la causa el juez o tribunal que tenga jurisdicción para fallar el delito más grave".

Con todo, ha de afirmarse que el juzgamiento se ajustó a derecho y que no se está frente a la causal de nulidad generada por incompetencia de la justicia castrense para conocer de estas diligencias. En efecto:

Como norma general consagra el artículo 7º del Código de Justicia Penal Militar: "La Ley Penal Militar Colombiana se aplica a todos los habitantes del territorio nacional que la infrinjan, salvo las excepciones reconocidas por el Decreto Internacional" (inciso 1º). Y, concretando la competencia cuando se trata del juzgamiento de particulares, habida consideración de la na-

turaleza del delito, dispone el artículo 307 del mismo Código: "Están sometidos a la jurisdicción penal militar: ... 6º Los particulares, esto es, los civiles que no están al servicio de las Fuerzas Armadas, que cometan delitos previstos específicamente en este Código para ellos". De manera que cuando se trata del conocimiento de delitos "previstos específicamente" en el Código de Justicia Penal Militar, la competencia corresponde a la justicia castrense.

Ahora bien: cuando un particular comete delitos previstos específicamente en el estatuto castrense en conexidad con otros cuya competencia corresponde a la justicia ordinaria, debe tenerse en cuenta que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 314 del Código de Justicia Penal Militar ellos "se investigarán y fallarán en un mismo proceso".

Según el artículo 311 del estatuto primeramente citado "Si un mismo agente comete a la vez delitos comunes y delitos sometidos a la jurisdicción penal militar, sin que entre ellos exista relación de conexidad, la autoridad militar conoce de los segundos y las autoridades comunes de los primeros. En este caso, la autoridad que avoque el conocimiento debe remitir copia de lo conducente a la otra para proseguir el juicio" (inciso 1º).

Quiere decir lo anterior que si entre los dos delitos: el sometido a la jurisdicción militar y el sometido a la ordinaria, existe relación de conexidad, no es procedente separar los procesos para que cada una de las dos jurisdicciones conozca de cada delito, sino que, dando aplicación al artículo 314, el conocimiento de las dos infracciones corresponde a la justicia militar. Por ello no tiene aquí aplicación el inciso 1º del artículo 50 del antiguo Código de Procedimiento Penal invocado por el recurrente. Según se ha visto, el Código de Justicia Penal Militar fija en la castrense la competencia para conocer de los delitos, por lo cual no puede partirse de la base de que su conocimiento está sometido a diversas competencias. La conexidad fija en la justicia militar el conocimiento de los asuntos sin necesidad de tener en cuenta la mayor o menor gravedad de los delitos, puesto que la norma no contempla ninguna excepción.

Viniendo al caso concreto que se debate, los funcionarios de la justicia castrense se muestran de acuerdo en que se está frente a delitos conexos. El defensor del procesado también afirma la conexidad de los hechos imputados como delictuosos y, precisamente, tomando como fundamento esta conexidad es como, en parte, viene a atacar la sentencia de segunda instancia puesto que arguye: "Habida consideración de los hechos que motivaron la investigación y dado el contenido mismo de los cuestionarios se daba el caso jurídico de considerar el fenómeno de la conexidad, razón por la cual el funcionario competente para investigar y fallar tales hechos, conforme a la ley, lo era el competente para conocer del más grave. En el presente caso el Juez Superior de Bogotá que por reparto le correspondiera, en vista de que el delito más grave era el del supuesto Homicidio frustrado imputado a un particular no adscrito a las Fuerzas Militares" (Cuaderno de la Corte, Fl. 12). Y, en pasaje posterior y ya transcrito de su demanda, hace hincapié en esta conexidad: "Como se trataba del juzgamiento de supuestos delitos conexos, por mandato de los artículos 54 del C/digo (sic) de Procedimiento Penal y 314 del Código de Justicia Penal Militar ...: "se investigarán y fallarán en un mismo proceso". Y es que la realidad de lo acontecido, pone de presente la conexidad que por todos ha sido aceptada.

Con fundamento en las normas que se han citado y en el hecho indiscutido e indiscutible de la conexidad entre los delitos imputados al procesado: homicidio frustrado y contra funcionarios públicos, es preciso considerar:

Uno de los dos cargos que se le formuló al acusado en el respectivo cuestionario sometido a la consideración de los Vocales, está concebido en los siguientes términos: "El acusado, particular Alfonso Sánchez, de anotaciones personales conocidas en autos, es responsable, SI o NO, de haber cometido violencia contra el Capitán Manuel San-

miguel Buenaventura, Oficial del Ejército en servicio activo, atacándolo de obra mediante un disparo de arma de fuego de corto alcance (revólver) para obligarlo a omitir el cumplimiento de un acto del servicio, según hechos ocurridos en Bogotá, D. E., el día veinticinco (25) de abril de mil novecientos setenta (1970)?" (Fl. 82).

Ese hecho concreto se considera contemplado en el artículo 190 del Código de Justicia Penal Militar, que dice: "El que en cualquier forma cometa violencia contra un militar o contra un funcionario o civil al servicio de las Fuerzas Armadas, o lo amenace, para obligarlo a ejecutar u omitir algún acto de sus funciones, será sancionado con prisión de uno a cuatro años". De otra parte, en la Resolución número 15 de 1970, por medio de la cual se convocó el respectivo Consejo de Guerra Verbal, a éste se le señaló como función la de que por el procedimiento legal correspondiente "juzge (sic) al particular Alfonso Sánchez, reo presente, sindicado de los delitos contemplados el (sic) Libro II, Título VI, Capítulo VIII, y Título VII del mismo Código", debiéndose advertir que ese Capítulo VIII trata de los "Delitos contra los funcionarios públicos", siendo el artículo 190 que se ha transcrito el primero de él.

De todo lo expuesto se tiene que se trataba de juzgar a un particular por dos delitos conexos: homicidio frustrado y contra funcionarios públicos. Que el último de éstos es delito militar y, conforme al artículo 190 del Código de Justicia Penal Militar la competencia para el juzgamiento de las dos infracciones correspondía a la justicia castrense, de acuerdo con las normas sobre la materia. Por tanto, no se está frente a una nulidad generada en incompetencia de la justicia militar para conocer de ninguno de los dos delitos imputados al procesado y, en consecuencia, no prospera este cargo.

2º Causal primera

1. El demandante hace consistir este cargo, se recuerda, en que "los fundamentos que la ley exige para comprobar en forma plena y absoluta el cuerpo del delito de las supuestas infracciones, no tienen valor probatorio capaz de llevar a una conclusión incontrovertible, ya que sin el menor análisis crítico y científico se tomaron como elementos indicativos de plena responsabilidad". Para sustentarlo entra al estudio de los diversos medios probatorios que obran en el expediente, a fin de sacar las conclusiones que estima pertinentes a la defensa de los intereses que le han sido confiados, las cuales presenta en los párrafos que en su oportunidad fueron transcritos en esta providencia. Finaliza su alegación, así: "La causal 1ª del decreto antes mencionado la presento como subsidiaria, por cuanto estimo que a las pruebas el Tribunal Superior Militar les dio un valor que no tenían y además negó aquellas demostrativas de la inocencia absoluta del señor Alfonso Sánchez, sosteniendo que el cuerpo del delito de las infracciones por las cuales se lo condenó, se halla plenamente probado cuando la verdad es que tal hecho no aparece en el proceso".

2. Plantea, pues, el demandante, con el fin de salir adelante en sus propósitos, un nuevo estudio probatorio, que ya había sido llevado a término durante la respectiva sesión del Consejo de Guerra Verbal tanto por el Fiscal como por el propio defensor del procesado, según consta en el Acta. Allí, tanto el Ministerio Público como el abogado defensor, desde sus respectivos puntos de vista, analizaron las diversas clases de pruebas para sacar las conclusiones de rigor en favor de sus pretensiones, exponiendo de manera amplia y detallada sus criterios ante los integrantes del Consejo, entre quienes se cuentan, necesariamente, los señores Vocales. Y éstos, una vez oídas las personas que en el Consejo intervinieron, rindieron su veredicto, condenatorio por unanimidad, siguiendo los dictados de su personal conciencia, tal como lo habían prometido bajo la gravedad del juramento que les fue tomado. De manera que la ponderación de las pruebas se llevó a término por los Vocales y fruto de ello fue la decisión que unánimemente tomaron. Y, siguiendo las normas procesales que rigen la materia,

se produjo la sentencia de primera instancia la cual, dando acogida al veredicto fue condenatoria y, luego, la de segunda que vino a confirmarla. Entonces, pretender en el recurso extraordinario de casación que se repita el estudio de la prueba para lograr la invalidación de una sentencia que se ha fundamentado sobre el veredicto de los Vocales, en respuesta a cuestionarios que recogieron los cargos, implica el que se pretenda desvirtuar la índole del recurso de casación, que es un juicio contra la sentencia, para convertirla en una tercera instancia dentro de la cual, se vendría a estudiar en el fondo, una verdadera contraevidencia del veredicto, lo cual, a más de ser antitécnico, sería ilegal, puesto que la Sala, cuando obra en Casación Penal, no tiene tal atribución.

Al estudiar esta causal de casación, en providencia de 22 de agosto de 1969, dijo esta Corporación:

"El artículo 56 del Decreto 528 de 1964 contempla como motivo de casación, en su ordinal 1º, la violación de la ley sustancial, bajo dos formas bien definidas y con supuestos propios y característicos: la violación directa y la violación indirecta.

"La primera de dichas formas, la violación directa de la ley, se presenta cuando en la sentencia acusada se ha dejado de aplicar una determinada disposición legal atinente al caso probado (infracción directa), o se ha aplicado una norma que no es la que corresponde al hecho demostrado (aplicación indebida), o se ha dado a la ley un alcance distinto al querido por ella(interpretación errónea). En todas las hipótesis de violación directa de la ley el recurrente que alega esta infracción en casación acepta los hechos en la forma plasmada en el fallo; discute o controvierte el aspecto de sus consecuencias jurídicas, vale decir, critica únicamente la selección de la norma hecha por el fallador o el contenido que éste le atribuyó en la sentencia.

"La segunda forma, la violación indirecta de la ley, se tiene cuando el quebranto de la ley se origina en la falta de apreciación o en la apreciación errónea de determinada o determinadas pruebas, de tal manera que por error de hecho (suponer una prueba inexistente en el proceso, dejar de estimar prueba o pruebas legalmente producidas) o por error de derecho (apreciar una prueba de irregular asunción en el proceso, tener como indicio un hecho no probado debidamente, dar valor de plena prueba a un solo indicio no necesario, dividir una confesión judicial que no ha sido desvirtuada, etc.) se llega a una indebida aplicación o formulación del derecho.

"A la violación directa de la ley sustancial se refiere el inciso 1º del ordinal antes citado. Este específico motivo de casación se presenta y es susceptible de demostración a través de un razonamiento directo, a base de juicios lógicos y jurídicos, sobre el contenido intelectual del fallo, es decir, sobre el derecho en él aplicado, pero admitiendo en todo caso la verdad de la fundamentación fáctica de la sentencia.

"A la violación indirecta de la ley se refiere el inciso 2º del mismo ordinal, en los siguientes términos:

"Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos".

"A diferencia de lo que ocurre en la violación directa, en la indirecta el recurrente rechaza los presupuestos de hecho de la sentencia que acusa y tiene el deber de demostrar que por un error de derecho o de hecho, que aparezca ostensible y notorio, en la estimación del contenido probatorio del proceso, se llegó al quebrantamiento de la ley, que no se habría aplicado como se aplicó de no haber mediado esa clase de error.

".....
.....

"La infracción directa de la ley, como específico motivo de casación, puede ser aducida en toda clase de juicios. No así la infracción indirecta, que no es procedente en juicios por Consejos de Guerra Verbal ni en los de competencia de los jueces superiores en que intervenga el jurado, en los cuales la sentencia tiene que dictarse de acuerdo con el veredicto, es decir, acogiendo la calificación que en conciencia den los Vocales del Consejo o los jurados a los hechos sobre los cuales ha versado el debate (Código de Justicia Penal Militar, artículos 582 y 587, y Decreto 1358 de 1964, artículo 15).

"En la clase de juicios últimamente citados, los jueces de conciencia aprecian libremente las pruebas, según su íntimo o moral convencimiento, y con su veredicto se cierra la controversia sobre las mismas. Solo en el caso de que el veredicto sea manifiestamente contrario a la evidencia de los hechos probados pueden los juzgadores de las instancias declararlo así y ordenar la convocatoria de un nuevo jurado, cuyo veredicto es definitivo. Tal declaración es privativa de los falladores de las instancias (artículos 587 del C. de J. P. M. y 537 y 554 del C. de P. P.) y no puede por tanto plantearse a través del recurso de casación, que no genera una nueva instancia y que tiene que ser ejercitado sobre los precisos motivos consagrados al efecto en la ley, entre los cuales no figura la injusticia notoria del veredicto (artículo 56, del Decreto 528 de 1964).

"....."
"....."

"El demandante en el presente caso no ensaya demostrar la transgresión de la ley en la sentencia acusada por un razonamiento directo, como corresponde a la causal prevista en el cuerpo primero del primer ordinal del artículo 56 del Decreto 528, sino que pretende reabrir el debate sobre el aspecto probatorio del proceso, situando así el cargo dentro de las previsiones del inciso segundo de la disposición citada, por lo cual la impugnación es improcedente, puesto que en juicios como el presente, en los que ha intervenido el jurado, no es pertinente ese específico motivo de casación, pues en ellos, se repite, la sentencia debe dictarse de acuerdo con el veredicto, que cuando es condenatorio refleja la plena prueba del hecho acriminado y de la responsabilidad del acusado".

Como los anteriores razonamientos conservan plena vigencia, lo expuesto es suficiente para llegar a la conclusión de que este cargo tampoco puede prosperar.

Para finalizar se observa que el demandante ataca la calificación jurídica de los hechos al hablar de que no se encuentra comprobado "el cuerpo del delito de las supuestas infracciones" por las cuales se condenó al procesado. Pero este cargo, propuesto a través de la causal primera, como se hizo, tampoco puede prosperar desde un punto de vista distinto al que viene de analizarse, puesto que no es esa sino otra la pertinente, error de técnica en el libelo que le está vedado enmendar a la Corte, ya que ésta no puede llenar los vacíos ni corregir los vicios de la demanda, cuya elaboración y argumentos competen exclusivamente al actor.

Sin lugar a otras consideraciones, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado **Alfonso Sánchez** y por su defensor contra la sentencia de fecha 24 de noviembre de 1970, dictada dentro de este juicio por el Tribunal Superior Militar, a la cual se ha hecho referencia en la presente.

Cópiese, notifíquese, devuélvase.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

ESTADO DE IRA E INTENSO DOLOR

Cuando el jurado emite su veridicción diciendo "Sí es responsable" "por grave e injusta provocación", debe entenderse que ha reconocido la específica atenuante consagrada en el Art. 28 del C. P.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, dos de agosto de mil novecientos setenta uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

(Aprobado: Acta número 28 de 30 de julio de 1971).

Vistos

En sentencia del primero de junio de mil novecientos setenta, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga condenó a Misael Antonio Román Palacio, juzgado con intervención del tribunal popular, a la pena principal de ocho (8) años de presidio, más las accesorias de rigor, como responsable del delito de homicidio en Gildardo Grisales Arce, fallo contra el cual interpusieron el recurso extraordinario de casación el procesado y su defensor.

Agotado en la Corte el trámite propio del asunto, se procede a decidir.

Antecedentes

a) Pasada la media noche del 15 de abril de 1968 Misael Antonio Román e Inés Hincapié se disponían a dormir en una cantina de su propiedad situada en la "Zona de Tolerancia" del Municipio de Alcalá, cuando golpearon a la puerta del establecimiento, para que se les abriera, Mario Rubio, Pedro Luis Cardona, Hugo Arboleda y Gildardo Grisales. Como aquellos les contestaran que la autoridad prohibía la venta de licores después de las doce de la noche, los nombrados ciudadanos se dirigieron a una cantina similar denominada "La Medalla". Momentos después llegó allí Román Palacio, y enfrentándose a Gildardo Grisales, le reprochó los golpes dados a la puerta de su cantina y las palabras ultrajantes con que acababa de acompañar su actitud agresiva. Y como éste replicara que a él no le gustaba la policía, Román le propinó varias cuchilladas a Grisales, quien a causa de ellas fallecía minutos más tarde.

b) El mérito de la investigación fue calificado por el Juez Primero Superior de Cartago mediante providencia del 3 de octubre de 1968, en la cual resolvió abrir causa criminal, por los trámites en que interviene el Jurado, contra Misael Antonio Román Palacio... "como autor y responsable del delito de homicidio previsto y sancionado por el Código Penal en su Libro Segundo, Título XV, Capítulo I, agotado en la persona de Gildardo Grisales Arce; según hechos ocurridos a eso de la una de la mañana del 15 de abril del corriente año en la zona de tolerancia del municipio de Alcalá, comprensión de este Distrito Judicial".

c) El Tribunal, al revisar por vía de apelación, interpuesta por el Fiscal, el auto de proceder, lo confirmó mediante proveído del 6 de febrero de 1969, en cuya parte motiva desechó las circunstancias modificadoras previstas por el artículo 28 del C. P. "La simple antipatía que abrigaba el occiso por la policía —se expresa allí—, traducida verbalmente en presencia del victimario, no es constitutiva de la grave e injusta provoca-

ción requerida para que tenga asidero jurídico la atenuante de la responsabilidad consagrada por el artículo 28 del C. Penal, porque tal sentimiento no se estaba particularizando en la persona de Misael Antonio Román, sino se refería, en términos indiscriminados, a todo el cuerpo armado".

d) Con oportunidad de la audiencia pública el Juez de la causa sometió a la consideración del Jurado un cuestionario ceñido a los términos del auto de proceder, obteniendo de los jueces de conciencia la siguiente unánime respuesta: "Es culpable de homicidio simple con atenuante de provocación injusta".

e) Entendiendo que tal veredicto traducía la atenuante prevista por el artículo 28 del C. P., el juzgador de primera instancia condenó a Misael Antonio Román, en fallo del 20 de junio de 1969, a la pena principal de treinta y dos (32) meses de presidio.

f) Suprimido el Distrito Judicial de Cartago, el proceso pasó al de Buga, cuyo Tribunal Superior reformó el fallo de primer grado mediante el que ha sido objeto del recurso extraordinario de casación.

La demanda

La acusación a la sentencia recurrida, formulada por el apoderado especial del procesado, se plantea invocando la segunda de las causales consagradas en el artículo 56 del Decreto 528 de 1964, pues en sentir del actor aquella se halla en desacuerdo con el veredicto del Jurado, ya que éste —dice— reconoció la circunstancia modificadora de la responsabilidad consagrada en el artículo 28 del Código Penal, y, sin embargo, a Misael Antonio Román se le impuso la pena de ocho años de presidio.

Con el fin de sustentar el cargo reproduce el demandante, casi en su totalidad, el acta de la audiencia pública, en la cual aparece que el defensor solicitó a los miembros del Jurado, al concluir su intervención, que le reconociera a su defendido la circunstancia atenuante que acaba de mencionarse; y transcribe asímismo extensos apartes de dos fallos de esta Sala de la Corte en los cuales se realiza un estudio comparativo de la norma contenida en el artículo 28 del Código Penal y la circunstancia de menor peligrosidad prevista por el artículo 38 ibídem en su ordinal 3º.

En párrafo postrero el impugnante compendia los argumentos aducidos del siguiente modo:

"Sintetizando ... tenemos: Que el señor Fiscal en el Acto Público de Juzgamiento se apartó de su primera vista fiscal por el ínfimo motivo de que en él, el procesado en vez de decir que le dio ira empleó la palabra rabia; que el ameritado Funcionario leyó piezas sumariales para demostrar la inexistencia del artículo 28 del Código Punitivo pero en ningún momento mencionó el Ordinal Tercero del artículo 38; que no obstante haber recogido su pensamiento inicial culminó su disertación entregando al Juri la facultad de reconocer la atenuante consagrada en el artículo 28 tantas veces mencionado con esta admonición; "Sin embargo esto queda al juego de la interpretación de los señores jueces de conciencia'; que si los señores jueces del Pueblo hubiesen sido convencidos del nuevo criterio del señor Representante de la Sociedad no hubieran empleado de ninguna manera la expresión 'atenuante de' frases éstas sí alegadas por el señor defensor".

Termina el libelo solicitando que se invalide parcialmente la sentencia recurrida y se profiere la que deba reemplazarla, conforme al ordinal 1º del artículo 58 del Decreto 528 de 1964.

Concepto del Procurador

La Procuraduría Segunda Delegada considera que el veredicto del Jurado "Es culpable de homicidio simple con atenuante de provocación injusta" no reconoció la circunstancia contemplada en el numerosas veces citado artículo 28 del C. P. Y funda su criterio en las siguientes razones:

"Primera. El jurado no declaró la 'gravedad' de la provocación sino su 'injusticia'. Los dos términos no son equivalentes y tam-

poco uno supone el otro. Los dos son bien diferentes. La provocación es 'injusta' cuando no encuentra respaldo en norma alguna del derecho. Y es 'grave' cuando, por su naturaleza, es idónea a herir los sentimientos de una persona del mismo grupo social del agente del delito, colocado en las mismas circunstancias en que el hecho se presentó. De manera que la provocación puede ser justa pero no ser grave y para efectos penales es indispensable la ocurrencia de las dos, sin las cuales no es posible reconocer la circunstancia en estudio.

"En el presente caso, es evidente, el jurado no dio el carácter de grave a la injusta provocación atribuída a la víctima y por tanto a los juzgadores no les era lícito llenar ese vacío. Resulta por tanto impertinente la cita hecha en la demanda de un fallo el cual se ocupó de un veredicto en el que se declaró 'la gravedad de la provocación', porque no se acomoda a la respuesta del jurado en este asunto que precisamente la omitió.

"Segunda. En el presente proceso el jurado tampoco admitió el estado de ira o de intenso dolor. El artículo 28 del Código Penal Colombiano requiere, claramente, que la provocación grave e injusta, suscite en el agente un estado de ira o de intenso dolor en el cual haya cometido el hecho ilícito.

"En el presente caso el Juri guardó silencio respecto de esa situación anímica y al juzgador de derecho no le es lícito llenar este otro vacío porque el jurado de conciencia, informado ampliamente por la defensa del contenido de la disposición en cuestión, omitió deliberadamente declarar el estado de ira o de intenso dolor en el acusado Román Palacio como consecuencia de la provocación injusta. Tampoco es oportuna la otra cita del libelo a este respecto, porque en el proceso contra Angel María Durán el jurado declaró el estado de ira o de intenso dolor por injusta provocación y tan solo omitió la gravedad de ésta.

"En entender de este Despacho el veredicto se ajustó, con toda exactitud, a la realidad procesal: La víctima, sin respaldo alguno en el derecho, provocó al acusado pero ni los hechos realizados por Gildardo Grisales ni las palabras a él atribuídas revistieron tal entidad que pudieran considerarse como 'graves' para alguien de las condiciones personales de Misael Antonio Román, colocado en las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los acontecimientos. En consecuencia, el jurado, con perfecta lógica, estimó que la 'injusta provocación', por su naturaleza, era inidónea para suscitar un estado de ánimo con trascendencia jurídico-penal y por tanto negó la ira y el intenso dolor.

"En definitiva: Si el jurado de conciencia en la presente causa calló 'la gravedad' de la provocación y 'el estado de ira o de intenso dolor' en el agente del delito, es obligatorio concluir que no reconoció en favor del acusado la atenuante de la responsabilidad prevista en el artículo 28 del Código Penal y el fallo del Tribunal Superior de Buga que en ese sentido se pronunció, se ajustó estrictamente a la ley positiva".

Consecuentemente, la Procuraduría pide a la Sala que no case la sentencia recurrida.

La Corte considera

1. En muchas oportunidades ha expresado esta Sala que el estatuto penal considera los estados emocionales en dos contingencias: o subordinados a la existencia de una provocación grave e injusta, en cuyo caso ellos constituyen circunstancias modificadoras de la responsabilidad y cuya calificación compete exclusivamente al Jurado, o sin esa subordinación, constituyendo entonces circunstancias de peligrosidad (menor), que incumbe calificar a los jueces de derecho, pero en ambas contingencias con determinada repercusión en la pena, aunque en grados diferentes.

2. Consta en el acta que circunstanciadamente recoge el desarrollo de la audiencia pública —y así lo destacan el fallo acusado, la demanda y el concepto del Procurador— que el tema relativo a la atenuante de la responsabilidad contemplada por el artículo 28 del Código Penal fue objeto de am-

plia y dilatada controversia, pues mientras el representante del Ministerio Público descartaba su presencia comprobada en los autos, oponiéndose a su reconocimiento, ("Sí es responsable de homicidio simple", fue la respuesta pedida por él a los jueces de conciencia), el defensor se ocupó extensamente del asunto, con didáctica insistencia, para concluir su segunda intervención solicitando al Jurado que respondiera el cuestionario en los siguientes términos: "Sí mató, pero en estado de ira e intenso dolor y en riña causados por grave e injusta provocación"; y subsidiariamente "Sí mató pero en estado de ira e intenso dolor causados por grave e injusta provocación".

3. Además, los miembros del tribunal popular asistieron al interrogatorio a que fue sometido el procesado en la audiencia pública, escucharon la lectura del auto de proceder y del previo alegato de la Fiscalía, y, en fin, oyeron las disertaciones de las partes en torno al aspecto probatorio del proceso, debate en el cual se examinaron elementos de juicio que permitían sustentar la hipótesis de serios agravios dirigidos por Gildardo Grisales al ex-Agente de la Policía Román Palacio y a la madre de éste momentos antes de culminar los acontecimientos debatidos en el juicio, como lo demuestra el hecho de que el representante del Ministerio Público ante el Juzgado del conocimiento, al exponer su concepto sobre el mérito de la investigación, sostuvo inicialmente el criterio de que el homicidio a que se contrae el informativo se había perpetrado dentro de las circunstancias específicas contempladas por el artículo 28 del C. P.

4. Dispuso, pues, el jurado de amplia información acerca de la realidad procesal y de su posible adecuación al contenido abstracto de la referida norma, cuyo sentido y proyecciones fueron expuestas o consideradas con largueza —se repite—, por el fiscal y el defensor. Luego, tras prolongada deliberación, los jueces de conciencia produjeron de manera unánime el ya conocido veredicto: "Es culpable de homicidio simple con atenuante de provocación injusta".

Es patente en tal respuesta que su primera parte, en la cual se afirma la culpabilidad del acusado por homicidio simple, coincide casi exactamente con la fórmula propuesta en la audiencia por el representante de la sociedad. Pero no se limitaron a ello los jurados, sino que estimaron pertinente agregar una segunda afirmación —fruto, como la primera, de su íntima convicción—: "con atenuante de provocación injusta". Y ese atenuante no puede ser la prevista por el artículo 38 del C. P. en su ordinal 3º, cuyo reconocimiento concierne al juez de derecho, y que en ningún momento fue discutida, estudiada o analizada en el decurso de la audiencia, sino aquella que en sus dos hipótesis —ira o intenso dolor— consagra el artículo 28 ibídem, porque es ella la que, aminorando el delito, compete calificar por modo exclusivo al jurado. Por ello sin duda fue ésta objeto de prolijo y dilatado examen ante los jueces de hecho, constituyendo la alternativa subsidiaria que les propuso la defensa.

5. Aislada o identificada con cabal certidumbre la atenuante que el Tribunal del pueblo quiso reconocer, reconocimiento cuya base probatoria escapa al control de la Corte en casación, ello implica necesariamente, por un imperativo lógico, la gravedad e injusticia de la provocación, como factores determinantes de la ira o del dolor. El concepto que acaba de expresarse en manera alguna significa la desintegración de la figura descrita por el artículo 28 del C. P. Por el contrario, se ratifica la doctrina de que la ira o el intenso dolor deben provenir de la doble fuente conocida: grave e injusta provocación. Se observa solo que al reconocer el jurado la atenuante de la provocación, como es incuestionable que ocurre en el presente caso, ello convoca todos los demás factores consustanciales de la circunstancia modificadora examinada. Por vía ilustrativa cabe recordar que cuando los jueces de conciencia afirman la existencia de la legítima defensa, verbi gratia, no se les exige que repitan con fidelidad absoluta todos y cada uno de los términos que la ley emplea para consagrar la eximente; basta que mediante una locución sustitutiva traduzca el Juri la esencia del fenómeno jurídico que el tecnicismo de la ley encierra.

6. Resumiendo: La gravedad y la injusticia son presupuestos esenciales para que la pena se atenúe por provocación. Como lo ha repetido la Corte— lo que excusa no es simplemente la ira o el dolor, sino la justa causa de la ira o del dolor. La ley, en el artículo 28 del C. P., ha creado un vínculo de causalidad entre la provocación grave e injusta y los estados emocionales que aquella determina. Pero toda esa construcción jurídica tiene la finalidad fundamental de conformar una circunstancia modificadora del delito, atenuándolo, cuya calificación —ya se ha dicho—, compete exclusivamente a los jueces de conciencia. Por tanto, cuando el Tribunal popular, como en el caso de autos, expresa que el delito se cometió "con atenuante de provocación injusta", tal reconocimiento compendia o resume todo el contenido conceptual y jurídico que la norma del citado artículo 28 conlleva, porque ha incluído su esencia, vale decir, la atenuante, sin que sea necesario el empleo de un léxico sacramental.

7. Prospera, pues, la causal invocada. En consecuencia, habrá de procederse en armonía con el artículo 583 del C. de P. P., casando el fallo recurrido y dictando el que deba reemplazarlo. Tal decisión, como es obvio, implica reducir la sanción a treinta y dos meses de presidio, pues la pena fue correctamente individualizada en el fallo de primer grado con aplicación de los artículos 362, 28 y 36 del C. P. Y como según datos fidedignos que obran en el informativo, el procesado Misael Antonio Román Palacio ha cumplido ya en detención tal pena, se ordenará su libertad incondicional.

Decisión

En virtud de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA parcialmente la sentencia acusada, de fecha y origen indicados en la parte motiva, y, en su lugar, condena a Misael Antonio Román Palacio, cuyas condiciones civiles y personales constan en autos, a la pena principal de treinta y dos (32) meses de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Gildardo Grisales Arce, según hechos ocurridos en torno a la una de la mañana del quince (15) de abril de mil novecientos sesenta y ocho (1968) en la "zona de Tolerancia" del Municipio de Alcalá. En lo demás, rige el fallo recurrido, excepto en cuanto a la sanción accesoria de pérdida de pensión, jubilación o sueldo de retiro, que se revoca. (Artículo 12, Ley 16 de 1969).

Como el sentenciado ha cumplido la sanción aquí impuesta, según se expresa en la parte considerativa de la presente sentencia, ordénase su libertad incondicional. Líbrese a quien corresponda las comunicaciones telegráficas pertinentes.

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

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD

Incurre en el delito de abuso de autoridad, el funcionario que teniendo conocimiento de la existencia de una diligencia de secuestro, practique nuevo avalúo y depósito provisional sobre los mismos bienes. Elementos estructurales de la conducta descrita en el Art. 171 del Código Penal. Alcance de los términos "Acto arbitrario o injusto consagrados en el tipo penal mencionado". Delitos conexos. Su juzgamiento.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, seis de agosto de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Alvaro Luna Gómez).

(Aprobado: Acta Nº 29, agosto 6 de 1971).

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué —Sala Penal—, por auto de 3 de marzo del año en curso "sobresee definitivamente en favor de la procesada Ruth Viana Vallejo, de las condiciones civiles conocidas de autos, ex-Juez Segundo Penal Municipal de Guamo, en razón de los cargos que se le imputaron en este sumario".

Dos Magistrados salvaron el voto por considerar que había mérito suficiente para proferir auto de llamamiento a juicio, a lo menos por el delito de abuso de autoridad. Contra aquella providencia interpuso recurso de apelación el apoderado de la parte civil y en virtud de él, así como también de la consulta ordenada, han llegado las diligencias a esta Corporación.

El carácter de Juez 2º Penal Municipal de Guamo en la acusada Viana Vallejo para la época en que se afirma incurrió en los hechos delictuosos que se le imputan, se acredita con las copias del Acuerdo número 5 de 1968 (27 de febrero) por medio del cual fue nombrada para el cargo (Fl. 162), con la del Acta de posesión, que se llevó a término el 1º de marzo del año indicado (Fl. 123 Vto.) y con la Certificación expedida por el alcalde de la localidad según la cual "la doctora Ruth Viana Vallejo, venía ejerciendo el cargo de Juez Segundo Penal Municipal de este lugar en los meses de julio y agosto de mil novecientos sesenta y nueve y de Juez Primero Penal del Circuito en el mes de septiembre del mismo año, sin interrupción alguna" (Fl. 124 v.), siendo de tener en cuenta que según consta en Actas números 10 y 15 de la Sala Penal y de la Plena del hoy extinguido Tribunal del Distrito Judicial del Espinal, se le concedieron vacaciones por 18 días hábiles, a partir del día 10 de julio de 1969, encargándose del Despacho, durante ellas a su secretario Argemiro Guzmán O. (Fls. 223 y 224).

La acusada es hija de Diego Viana Vergara y Mercedes Vallejo, natural de Armero (Tolima), abogada titulada, mayor de edad y soltera.

Al descorrer el traslado de rigor en esta instancia, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita la revocatoria de la providencia recurrida para dictar, en su lugar, "auto de proceder por los delitos de prevaricato, abuso de autoridad y el contemplado en el artículo 175 del C. P."

Para resolver lo de ley, se tiene en cuenta:

Primero. Hechos denunciados

1. Con fundamento en la denuncia penal que contra la Juez Ruth Viana formulara el 20 de octubre de 1969 ante el Presidente de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Mario Sendoya Cabrera, el Ministerio Público colaborador los sintetiza en la siguiente forma:

"1. El denunciante constituyó, por instrumento público Nº 1392 del 30 de septiembre de 1968, con Leonidas Cabrera una sociedad de responsabilidad limitada, con la razón social Leonidas Cabrera C./Ltda., siendo su domicilio en Ibagué.

"El socio Cabrera aportó a la sociedad los ganados (307 semovientes) que tenía en la hacienda de La Paz, en la fracción de Las Mercedes, del Municipio del Guamo, y que continuó administrando en su carácter de Gerente hasta el día 11 de mayo de 1969, fecha de su fallecimiento.

"El socio Cabrera cedió a la Sociedad la marca de sus ganados y por medio de la misma escritura los terrenos de su hacienda La Paz, a título de arrendamiento, y en tales condiciones la sociedad Leonidas Cabrera C. Ltda. era dueña de los ganados y tenedora de las tierras.

"El 23 de mayo de 1969 el Juez Civil Municipal del Guamo se presentó en la hacienda arrendada para practicar diligencia de secuestro de los ganados, a solicitud de la heredera del socio Cabrera. El señor Mario Sendoya como Gerente de la sociedad se opuso y aceptada la oposición, el Juez la dejó en calidad de secuestre.

"Como se habían sustraído algunos semovientes, informó Sendoya, ordenó cambiar los restantes de sitio y fue denunciado por Ernesto Navia Otero por abuso de confianza ante la Juez Penal Municipal del Guamo. Este funcionario "con el concurso de la fuerza pública" arrebató a Sendoya los ganados y entregó parte de ellos en depósito a la esposa de Leonidas Cabrera.

"Se solicitó reposición de ésa determinación pero el recurso no fue tramitado.

"2. Al proceso por abuso de confianza agregó la doctora Ruth Viana la denuncia formulada por Mario Sendoya ante la alcaldía del Guamo por hurto de veinte semovientes y no obstante haber sido encontrados y conocerse la persona que aparecía vendiéndolos, no fue indagatoriada por la Juez.

"3. La Juez suspendió a la sociedad arrendataria el uso de la casa arrendada al impedir la continuación de los trabajos ordenados por ella a Justo Guzmán, pese a que en autos se encontraba copia debidamente registrada de la escritura 1392 de 1968 con la que se demostraba la propiedad de los ganados y la calidad de arrendataria y de la diligencia por la cual el Juez Civil Municipal de Guamo dispuso respetar a la sociedad en la tenencia de las tierras y constituyó a Sendoya en depositario de los ganados.

"4. La doctora Ruth Viana, pese a tener copia de la diligencia antes citada, ordenó la captura de Mario Sendoya y el decomiso del ganado, cumpliéndose la orden en el Municipio de San Luis "donde la Juez no tenía jurisdicción"; además, la Juez no repartió la denuncia formulada por Navia". (Cuaderno de la Corte, Fls. 3 a 5).

2. El denunciante ratificó sus cargos bajo la gravedad del juramento (Fl. 10); el Tribunal dictó auto cabeza de proceso (Fls. 12 Sgt.), se practicaron y allegaron las pruebas decretadas; por auto de 19 de septiembre de 1970 se declaró cerrada la investigación (Fl. 239) y luego se produjo la providencia que, previo el cumplimiento de la tramitación propia de la segunda instancia, ahora ocupa a esta Sala.

Segundo. Hechos probados

1. Obra en el expediente copia auténtica de la escritura pública número 1392, otorgada ante el Notario Principal Primero del Circuito de Ibagué, contentiva del contrato de "constitución de la sociedad 'Leonidas

Cabrera C. Limitada', de acuerdo con alguna de cuyas cláusulas se tiene: Que a partir de la fecha de ella (30 de septiembre de 1968), Leonidas Cabrera Cabrera y Mario Sendoya Cabrera "constituyen una sociedad comercial de responsabilidad limitada que girará con la razón social de 'Leonidas Cabrera C. Limitada'," con domicilio en el Municipio del Guamo (cláusula 1ª); Que su giro ordinario versará sobre toda clase de actividades agropecuarias y el extraordinario "sobre cualquiera otro negocio lícito relacionado o no con tales actividades" (id. 2ª); Que el capital social es de $ 500.000.00, de los cuales Leonidas Cabrera aporta $ 495.000 así: $ 420.000.00 representados en 307 cabezas de ganado (dentro de ellas 4 bestias), que "pastan en los distintos lotes de la hacienda La Paz, en la fracción de Las Mercedes del Municipio del Guamo, y están marcados con la marca con que distingue los ganados de su propiedad el aportante", la cual cede éste a la sociedad "a fin de que sirva igualmente para los ganados de ésta" y $ 75.000.00 en la "siguiente maquinaria: dos (2) tractores Fordson, un (1) arado John Deere de tres (3) discos, un (1) rastrillo de la misma marca de treinta y dos (32) discos, una (1) zorra de cuatro (4) toneladas, una (1) sembradora de dos (2) surcos, un root speed, una (1) cultivadora de dos (2) surcos y una (1) camioneta chevrolet, modelo mil novecientos sesenta (1960), placas TI-1473". Y el socio Mario Sendoya aporta $ 5.000.00 en dinero efectivo. Los aportes ya están pagados y el avalúo de los semovientes y la maquinaria fue hecho de común acuerdo y de él "responden solidariamente ambos socios ante la sociedad y los terceros" (id. 3ª); "Que el socio Cabrera C. ha cedido a la sociedad por el término de duración de ésta, a título de arrendamiento, la tenencia de los terrenos, edificaciones y demás mejoras que constituyen la hacienda La Paz", cuyos linderos y tradición se consignan (id. 4ª); Que el canon de arrendamiento del inmueble indicado "es el del treinta por ciento (30%) bruto de los cultivos y pastajes que se produzcan en ellos durante el contrato social" (id. 5ª); "Que la duración de esta sociedad será de veinte (20) años" (id 7ª); "Que la sociedad podrá liquidarse antes del plazo en una cualquiera de estas ocurrencias; a) Por pérdida mayor del cincuenta por ciento (50%) (sic) del capital social; b) Por exceder, por cualquier causa el número de socios del tope establecido por la ley; c) Y por decisión del socio Cabrera Cabrera o de sus herederos. En caso de que estos opten por la terminación de la sociedad se requerirá que, en tal sentido, se pronuncien las dos terceras partes, por lo menos, de estos" (id. 8ª); "Que la administración de la sociedad la delegan ambos socios en el socio Leonidas Cabrera Cabrera durante todo el tiempo de duración del contrato social. En caso de falta temporal ejercerá la gerencia de la sociedad el socio Sendoya. En caso de falta absoluta, será gerente de la sociedad el mismo socio Sendoya en el caso de que no se pongan de acuerdo para la designación de otro gerente en propiedad los herederos del socio Cabrera C. Para esta elección se necesita el acuerdo de las dos terceras partes, por lo menos, de los herederos" (id. 9ª); "Que en el ejercicio de la administración de la sociedad el socio gerente no tendrá limitación alguna..." (id. 10); Que "las utilidades y las pérdidas sociales se distribuirán entre los socios a prorrata de sus utilidades" (id. 11); "Que en caso de muerte de alguno de los socios, la sociedad continuará con sus herederos" (id. 13) (Fls. 2 ss.).

2. Con certificado número 619, expedido el 19 de junio de 1969 por la Cámara de Comercio de Ibagué y que en fiel copia obra a los folios 21 y siguientes de este expediente, se establece, según acertada síntesis del Tribunal de primera instancia "Que el 4 de octubre de 1968, se registró en esa entidad, la sociedad comercial de responsabilidad limitada, bajo la razón social Leonidas Cabrera C. Limitada, constituída por los señores Leonidas Cabrera Cabrera y Mario Sendoya Cabrera mediante la escritura Nº 1392 del 30 de septiembre de 1968;

"Que el 28 de mayo de 1969, se registró en esa Cámara de Comercio, el extracto de la escritura Nº 236 de fecha 27 de mayo de 1969, de la Notaría de Chaparral, mediante la cual fue elevada a escritura pública el Acta Nº 1 de fecha 22 de mayo de 1969, por medio de la cual Nohora Navia de Cabrera obrando en su propio nombre como cónyuge

de Leonidas Cabrera Cabrera quien falleció el 11 de mayo y como representante legal de sus hijos menores María Claudia, Leonidas, Juan Manuel, Marcelina y María Carolina Cabrera Navia, resolvió declarar en estado de liquidación la sociedad denominada Leonidas Cabrera C. Ltda. y designar como liquidadores a Mario Sendoya Cabrera y Nohora Navia de Cabrera, quienes deberán obrar en todo de común acuerdo y únicamente para los fines precisos de la liquidación, suspendiendo toda facultad para pignorar, permutar, enajenar o disponer de los bienes sociales;

"Que el 17 de junio de 1969, se registró en esa oficina, el extracto de la escritura Nº 777, del 14 de junio de 1969, por medio de la cual Mario Sendoya presentó para su protocolización y ser elevada a escritura pública copia del acta de la reunión de accionistas de la sociedad Leonidas Cabrera C. Ltda. celebrada el 10 de junio de 1969, en el Guamo, por medio de la cual resolvió confirmar en la Gerencia de la sociedad a Mario Sendoya C. en cumplimiento de la cláusula 9ª de la escritura de constitución de dicha sociedad;

"Que el 17 de junio de 1969 se registró en la mencionada Cámara de Comercio, el extracto de la escritura Nº 785 de la misma fecha, de la Notaría Primera de Ibagué, en la cual consta que en la reunión efectuada el 16 de junio de 1969 entre el socio Gerente Mario Sendoya C. y los socios representantes de la sucesión del socio Leonidas Cabrera C.: Darío Cabrera C., Cecilia Cabrera de Saavedra, Miguel Cabrera C., Belén Cabrera de Martínez y Lucy Cabrera de Alvarez, el socio Gerente Sendoya C. manifestó a los accionistas que acababa de tener conocimiento que por escritura Nº 236 del 27 de mayo de 1969 de la Notaría de Chaparral, la cónyuge sobreviviente del socio Leonidas Cabrera, señora Nohora Navia de Cabrera, asumiendo la representación de cinco de los diez hijos legítimos del causante, o sea de los herederos Cabrera Navia, ponía en liquidación la sociedad Leonidas Cabrera C. Ltda. Manifestó igualmente el socio Sendoya, que se trata de un acto nulo por las siguientes razones: a) Porque la sociedad fue pactada a veinte (20) años; y b) Porque los únicos tres casos en que, conforme a la cláusula novena del contrato social, puede liquidarse la sociedad antes de 20 años, son éstos: pérdida mayor del 50% del capital social, exceder el número de socios del autorizado por la Ley 124 de 1937, en su Art. 5º, y solicitarlo el socio Cabrera o las dos terceras partes de sus herederos. Ninguna de estas causales ocurre ahora. Los cinco herederos antes citados, unánimemente, declararon sin valor alguno el acta elaborada y protocolizada por la señora Navia vda. de Cabrera, en representación de cinco de los hijos del socio fallecido. La sociedad hizo hincapié en el hecho de que la cónyuge sobreviviente, no es heredera" (Cfr. Fls. 21 ss y 246 Sgt.).

Ese Certificado finaliza así: "Que en los libros que se llevan en esta Cámara, no aparece registro posterior a los antes mencionados de documentos referentes a reforma, disolución, liquidación o nombramiento de representantes legales de la expresada sociedad. Séptimo. Que la sociedad denominada "Leonidas Cabrera C. Ltda." se encuentra inscrita en el Registro Público de Comercio, para los efectos del artículo 30 de la Ley 28 de 1931 y demás disposiciones legales pertinentes" (Fl. 23).

3. El 11 de mayo de 1969, en la finca "La Paz", Municipio del Guamo, falleció el socio Leonidas Cabrera Cabrera (Fls. 20 vto. sgt.).

4. El 23 de mayo de 1969 y dentro del "juicio de sucesión intestada del señor Leonidas Cabrera Cabrera", se llevó a término una "Diligencia de secuestro preventivo", decretada por el Juzgado Civil Municipal del Guamo "a solicitud del Dr. Prudencio Restrepo G., como procurador judicial de la interesada reconocida en el mismo proveído señora Lucy Cabrera de Alvarez". Se identificó el inmueble de "La Paz", se identificó la siguiente maquinaria: "Dos tractores marca Fordson, un arado marca John Deere, de 3 discos, un rastrillo John Deere, una sembradora marca Fordson, una zorra de cuatro toneladas de capacidad, dos cultivadoras y un root speed". "Se procedió al secuestro de los ganados vacunos los cuales suman ciento cincuenta (150) cabezas, entre

hembra y macho, chico y grande que pastan en predios de la misma finca "La Paz". El apoderado doctor Restrepo manifiesta que "prescinde por ahora del secuestro del predio a que se refiere la parte segunda de la relación de bienes de la demanda". "A continuación se hizo presente el señor Mario Sendoya Cabrera, ... y manifestó que designaba como vocero suyo y de la sociedad "Leonidas Cabrera C. Ltda." al Dr. Nicolás González Torres" quien aceptó la vocería que el juzgado le reconoce por ajustarse a las normas legales. González Torres en uso de la palabra presenta un certificado de la Cámara de Comercio sobre existencia de la sociedad "Leonidas Cabrera C. Ltda.", copia debidamente registrada de la escritura pública 1392 de 30 de septiembre de 1968, de la Notaría Primera de Ibagué y con fundamento en que "todos los ganados cuyo secuestro se solicita en la presente diligencia y cuyos pormenores es el siguiente: ..." —son la totalidad de los que la sociedad recibió como aporte del socio Leonidas Cabrera C., al igual que la maquinaria—, se OPONE "al secuestro con base en el hecho de que ellos están en poder de la sociedad para la cual estoy haciendo la presente vocería, y pertenecen a ésta de acuerdo con el instrumento social que me he permitido presentar en esta misma diligencia. En relación con el inmueble cuya alinderación e identificación se hicieron en la presente diligencia, la sociedad de la cual soy vocero reconoce que pertenece a la sucesión del señor Leonidas Cabrera C., como inmueble relicto de la misma. Pero como la tenencia la tiene la sociedad "Leonidas Cabrera C. Ltda.", a virtud del arrendamiento de que trata la cláusula 4ª de la escritura 1392 de 30 de septiembre de 1968, ya citada, me OPONGO al secuestro con base en el Art. 278 y 279 del C. J., porque la sociedad tiene la tenencia de ese inmueble a título de arrendamiento y cualquier secuestro, en esas condiciones tiene que hacerse de manera simbólica, sin causar despojos. Dejo pues formulada en estos términos la oposición que hago a nombre de la sociedad cuya vocería estoy ejerciendo". El doctor Prudencio Restrepo, como apoderado de la interesada Lucy Cabrera de Alvarez, luego de algunos razonamientos manifiesta que "no me opongo a la reclamación que hace el señor Sendoya en esta diligencia y en nombre de mi mandante acepto que se dejen los bienes del secuestro en poder de tal reclamante, eso sí con intervención del secuestre señor Dr. Manuel Caycedo C., que representa a la sucesión del señor Leonidas Cabrera Cabrera, en la administración y mando de los bienes de tal sucesión". Luego de algunas consideraciones de orden probatorio, legal y jurídico y en atención a lo expuesto por los interesados, el juzgado dentro de la misma diligencia resolvió: "Primero. Aceptar la oposición formulada por el Dr. Nicolás González Torres, como personero judicial del señor Mario Sendoya Cabrera a nombre de la sociedad "Leonidas Cabrera C. Ltda.". Segundo. DEJAR en calidad de secuestro los bienes que se hallan en poder de la sociedad comercial de responsabilidad limitada denominada "Leonidas Cabrera C. Ltda." actualmente representada por el socio Sr. Mario Sendoya Cabrera y que consisten, en los bienes semovientes y maquinaria agrícola que se ha dejado anteriormente relacionada. Tercero. DEJAR en poder del tenedor sociedad "Leonidas Cabrera C. Ltda." representada por su socio Gerente Sr. Mario Sendoya Cabrera, en secuestro simbólico, el bien inmueble denominado "La Paz", determinado en el cuerpo de esta diligencia, con la advertencia de que, para los efectos de la restitución en su tiempo debe entenderse con el secuestre Dr. Manuel José Caycedo Caycedo. En este estado y no siendo otro el objeto de la presente diligencia se termina y firma en constancia como aparece por los que en ella intervinieron, una vez leída y aprobada, asignándose como honorarios al secuestre Dr. Caycedo, la suma de $ 500.00 m. c., de conformidad con el Art. 28 del D. 2367 de 1968, por el hecho de concurrir a esta diligencia (Fls. 26 ss.)".

5. El 4 de julio de 1969, es decir, con posterioridad a la diligencia de secuestro preventivo de la cual se trata en el punto inmediatamente anterior, Mario Sendoya Cabrera ante el alcalde municipal del Guamo formuló denuncia penal por la sustracción o pérdida de veintiuna (21) cabezas de

ganado. Parte de esa pieza está concebida en los siguientes términos: "Así las cosas, de los ganados que pastaban en la hacienda "La Paz", fracción de Las Mercedes, en jurisdicción de este municipio, de propiedad de la sociedad "Leonidas Cabrera C., Limitada", desaparecieron los siguientes ganados: diez (10) novillas grandes, de dos a dos años y medio, y once (11) novillos grandes, de dos a dos años y medio, más o menos, en los primeros días de la presente semana, y al hacerse las averiguaciones del caso he tenido informes de que las novillas dichas se hallan en poder del señor Darío Carvajal, en el municipio del Espinal, y que los once novillos, atrás relacionados, se hallan en poder del señor Erasmo Sánchez, también en el municipio del Espinal. Tales ganados están marcados con el fierro "L C", entreladas (sic) las letras, marca registrada por el señor Leonidas Cabrera Cabrera en su despacho, son de distintos colores y la identificación podrá hacerse con el concurso de quienes los conocen de antemano, pastando en el referido predio "La Paz", como son los señores Jesús Cortés y Juan Cerquera, residentes en la citada fracción Las Mercedes, en este municipio. Los ganados en cuestión tienen un valor comercial de mil quinientos pesos ($ 1.500.00), m. c., cada cabeza, o sea que valen la suma de treinta y un mil quinientos pesos ($ 31.500.00), m. c., que son los perjuicios materiales causados con la ejecución del hecho que se denuncia. Pido atentamente, al señor alcalde, se sirva disponer prontamente el decomiso de los ganados de que se trata, como medida preventiva, a fin de evitar el que se extravíen o pierdan. Acompaño a este escrito los siguientes documentos: copia registrada de la escritura pública Nº 1392 de fecha 30 de septiembre de 1968, de la Notaría 1ª del Circuito de Ibagué; certificado de la Cámara de Comercio de Ibagué acerca de la existencia legal de la sociedad "Leonidas Cabrera C., Limitada", y de quien asume actualmente las funciones de administrador de la misma; certificación notarial sobre la defunción del socio señor don Leonidas Cabrera Cabrera. Estoy listo a jurar esta denuncia (Fls. 23 vto. sgt.)".

Ese mismo día el alcalde le recibió ratificación bajo juramento (Fl. 24) y ordenó "el decomiso y secuestro del ganado materia de esta denuncia" y librar "Despacho Comisorio al señor Inspector Primero Municipal de Policía del Espinal para que practique lo anteriormente indicado. Facultado nombrar secuestre" (Fl. 24 vto.). Téngase en cuenta que en la denuncia no se había pedido el "secuestro" de ese ganado, sino solo su "decomiso ... a fin de evitar el que se extravíen o pierdan".

El 5 de julio y con despacho remisorio número 305, la alcaldía envió las diligencias al Juez Penal Municipal (reparto), incluyendo en ellas la documentación que en su poder dejó el denunciante (Fls. 24 vto. sgt.). El juzgado que tenía el reparto lo era el Segundo Penal Municipal, a cargo de la doctora Ruth Viana V. y el negocio le fue repartido el día 7 de julio de ese año, todo según consta en la diligencia de inspección ocular practicada en el "libro contentivo de las Actas de Reparto ordinario de procesos penales en el año de mil novecientos sesenta y nueve, entre los Juzgados Primero y Segundo Penales Municipales del Guamo (Tol.)" (Fls. 4 y sgt. del "Cuaderno de Pruebas de la Parte Civil").

6. En atención a la pérdida de ganado que había ocurrido en tan poco tiempo y para evitar que ella continuara, Mario Sendoya, en su doble calidad de secuestre de él y de Gerente de la sociedad "Leonidas Cabrera C. Ltda." con conocimiento y autorización del alcalde y asistencia del Inspector de Policía, resolvió trasladar el ganado del cual era secuestre y por el que tenía que responder como tal, a otra finca, concretamente a la denominada "Los Pijaos" de propiedad del arquitecto Gerardo Hernández Feria (Cfr. Cuaderno de la Parte Civil, Fl. 9). Sobre el particular existe la siguiente constancia de fecha 4 de julio de 1969, o sea del mismo día en que Sendoya formuló su denuncia:

"El suscrito Inspector Primero Municipal de Policía del Guamo, Tolima. En atención a lo solicitado en el día de hoy por el señor Mario Sendoya Cabrera al señor alcalde mu-

nicipal del lugar, HACE CONSTAR: Que habiéndose trasladado en el día de hoy, en asocio de su secretario de su oficina a la vereda de "Las Mercedes", jurisdicción del Guamo, finca denominada "La Paz" presenció el retiro de **doscientas setenta y dos (272) cabezas de ganado vacuno**, tal como aparece discriminado a continuación de la siguiente constancia, semovientes éstos que quedan en poder del señor Mario Sendoya Cabrera, quien es secuestre de la sociedad "Leonidas Cabrera C. Ltda.", y a su vez Gerente de la misma sociedad ... —aquí viene la relación de semovientes que es la misma que figura en la escritura de constitución de la sociedad, excepción hecha de las 4 bestias, que no están comprendidas en la relación— ... Todos los semovientes aquí relacionados, aparece (sic) marcados en la pierna izquierda, con las cifras L. C. entrelazadas, y en colores varios. Dado en el Guamo Tolima, a los cuatro (4) días del mes de julio de mil novecientos sesenta y nueve (1969). El Inspector, (Fdo.) **Ramón Alberto Ruiz.** El Secuestre (Fdo.), **Mario Sendoya Cabrera**, C. de C. Nº 2224526 de Ibagué. El Secretario (Fdo.), **José J. Rojas**" (Fl. 82).

7. Como reacción a lo inmediatamente anterior, el día 7 de esos mismos mes y año, el abogado Ernesto Navia Otero compareció directamente ante el Juzgado Segundo Penal Municipal, a cargo de la doctora Viana, "con el fin de formular denuncio en materia penal contra el señor Mario Sendoya Cabrera, por el delito de abuso de confianza", que hizo consistir en que habiendo quedado Sendoya como secuestre simbólico de los bienes, "El día viernes 4 de los cursantes, se apareció en los potreros de la hacienda el señor Sendoya con gente armada y vaqueros para sacar el ganado, lo que en efecto hizo y en estos momentos dicho ganado se encuentra transitando por la vía pública que conduce hacia Chicoral, en poder de unos vaqueros", lo cual viola los artículos 412 y 413 del Código Penal. Por ello pide "a la señorita Juez ordenar el pronto decomiso de los mismos para que regresen a su dehesa y la captura del sindicado, y de todos aquellos que se opongan en su orden". Dice que los ganados pertenecen a la sucesión y aunque se diga que son de la sociedad "Leonidas Cabrera C. Ltda.", ellos "están secuestrados por orden de autoridad competente, y mientras tal secuestre esté vigente conforme lo acredito con el acta que acompaño, ellos deben permanecer en su sitio". Agrega que Sendoya quiere desconocer los derechos de Nohora Navia, viuda de Leonidas Cabrera, y, vender el ganado (Fls. 25 sgt.).

8. El 5 de agosto de 1969 se celebró un "contrato para siembra de arroz" entre la sociedad "Leonidas Cabrera C. Ltda.", representada por su Gerente, Mario Sendoya Cabrera y Justo Guzmán Olaya, mediante el cual "**Guzmán Olaya** se obliga a sembrar, a todo costo, un lote de terreno de una extensión aproximada de cincuenta hectáreas, que hace parte de los terrenos de la hacienda La Paz, en la vereda Las Mercedes del Municipio del Guamo, que la sociedad **Leonidas Cabrera C. Ltda.**, tiene en arrendamiento en los términos del instrumento público Nº 1392 de 30 de septiembre de 1968, pasado en la Notaría 1ª de Ibagué. La siembra conllevará los trabajos de preparación de la tierra, regada de semilla, riego del cultivo, aplicación de abonos e insecticidas y recolección del fruto de la siembra" (Cláusula 1ª). "Es término de este contrato el que tenga la duración de la cosecha que debe ser sembrada durante el presente mes de agosto, o sea la cosecha que corresponde al segundo semestre de este mismo año" (id. 2ª); se fijaron los linderos (id. 3ª); "**Leonidas Cabrera C. Ltda.**", recibirá, de Guzmán Olaya, la cantidad de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) m/c. a la firma del presente contrato el cual, una vez firmado por Sendoya Cabrera, constituirá recibo de la suma referida y prueba, por lo tanto de ese pago. A esa suma limita la sociedad **Leonidas Cabrera C. Ltda.** los beneficios que le corresponden en razón de este contrato" (id. 4ª). Se estipularon otras cláusulas (Fls. 56 vto. sgt.). En la misma fecha fueron reconocidas las firmas del anterior documento ante el Notario Segundo de Ibagué (Fl. 57 vto.).

Al día siguiente y en desarrollo del contrato anterior, el contratante Justo Guzmán Olaya empezó las labores de arado del terreno por medio de maquinaria apropiada. Pa-

ra entrar esta maquinaria, fue necesario tumbar unos postes de cerca de alambre y desprender algunos alambres, en trayecto aproximado de 9 metros.

9. Lo anterior dio ocasión al abogado Ernesto Navia Otero para que presentara directamente al Juzgado Segundo Penal Municipal, a cargo de la doctora Viana, el día 8 de agosto de 1969, una ampliación de la denuncia penal que había formulado antes y que aparece reseñada en el punto 7 de esta parte segunda de la providencia, para denunciar ahora, dentro de la ampliación, el delito de "daño en cosa ajena", ya que "En las horas de la noche del 6 de los cursantes —(agosto 1969)—, 4 tractores, manejados por sus respectivos motoristas, rompiendo las cercas colindantes del predio La Paz, que ocupa materialmente mi poderdante, la señora Nohora Navia de Cabrera, conocida dentro de la sumaria, irrumpieron dentro de la finca, y procedieron a arar un lote de terreno, cuya tenencia material ejerce la Sra. Vda. de Cabrera, quien es su actual poseedora", lo cual fundamenta en un contrato de acuerdo celebrado entre algunos de los herederos de Leonidas Cabrera, que protocolizaron. Sindica a Justo Guzmán, Mario Sendoya, Miguel Cabrera y Darío Cabrera. También denuncia por el delito de "falsedad" a los firmantes del "acta del 10 de junio de 1969, de la Notaría 1ª de Ibagué y a quienes usaron tal acta ante algunas entidades, como ante la Federación de Algodoneros, Oficina del Espinal, y las oficinas de Incora en el Guamo. En uno de sus apartes finales pide a la Juez "ORDENE el cese de los actos de perturbación y ocupación de la hacienda La Paz, por parte del señor Justo Guzmán, previa inspección ocular que le ruego practicar a la mayor brevedad posible" (Fls. 45 ss.). En la misma fecha el Juzgado Segundo Penal Municipal del Guamo, a cargo de la doctora Viana, decretó y llevó a efecto la ratificación bajo juramento de la anterior ampliación de denuncia (Fl. 50).

10. Dentro de una "Diligencia de avalúo y depósito provisional" llevada a término el día 9 de julio de 1969 por el Juzgado Segundo Penal Municipal del Guamo, a cargo de la Juez Viana, como consecuencia de la primera denuncia penal presentada por el abogado Navia, éste formuló cargos por el delito de falsedad en documento público contra los funcionarios y quienes intervinieron en la diligencia de secuestro de bienes dentro del juicio de sucesión de Leonidas Cabrera Cabrera (Cfr. Fls. 45 ss.).

Llamado a ratificarse bajo juramento ante el mismo Juzgado Segundo Penal Municipal (titular doctora Ruth Viana), así lo hizo y a más de citar testigos, agregó: "pues afirmo que en ningún momento el Juez Civil Municipal de esta ciudad ni las personas que figuran en dicha acta, estuvieron presentes en la hacienda "La Paz" en dicho día" (Fl. 61 vto. sgt.).

Tercero. Actuaciones y omisiones de la Juez, Doctora Ruth Viana Vallejo, en relación con algunos de los puntos anteriores

Primero: Denuncias penales formuladas por Mario Sendoya por pérdida de 21 cabezas de ganado y por Ernesto Navia contra Mario Sendoya por abuso de confianza.

1. Denuncia de Ernesto Navia: El día 7 de julio de 1969 en que la Juez Viana recibió la denuncia de Navia contra Sendoya por abuso de confianza, de inmediato dictó el siguiente auto: "Antes de someter el anterior denuncio a reparto, se ordena lo siguiente: 1º Solicítese la captura del sindicado Mario Sendoya Cabrera, y 2º Solicítese el decomiso de los semovientes materia de denuncia. Cúmplase" (Fl. 29 Fte. y vto.). Debe tenerse en cuenta que Navia acompañó a su denuncia copia de la diligencia de secuestro preventivo llevada a término dentro del juicio de sucesión intestada de Leonidas Cabrera C., en la cual quedó como secuestre Sendoya.

En igual fecha la Juez Viana dirigió el siguiente oficio al Comandante del Puesto de Policía del Guamo:

"Atentamente me permito solicitar de Ud. se sirva ordenar a quien corresponda se proceda a la captura inmediata del sindicado de ABUSO DE CONFIANZA señor Mario Sendoya Cabrera. Igualmente le solicito se

proceda al decomiso de doscientos sesenta y dos cabezas de ganado, discriminado así: Ochenta y cinco (85) vacas criando, de ganado cuarto y criollo; Cuarenta (40) vacas horras. Sesenta (60) novillas de diente (sic). Noventa (90) novillas de levante. Ocho (8) toros. Veinte (20) terneros. El portador del presente, Dr. Navia Otero, en su calidad de interesado, les dará los datos que sirvan para el cumplimiento de este. (Fl. 30)". Figuran aquí las mismas cabezas de ganado que habían quedado bajo el cuidado de Sendoya como secuestre, menos las 4 cabalgares.

También el 8 de julio dictó auto cabeza de proceso, en cuyo punto tercero dispuso: "Solicítese el decomiso de los semovientes materia de investigación, avalúense y en calidad de depósito provisional entréguesele a la persona que acredite su mejor derecho" (Fl. 29 vto.).

Al día siguiente recibió indagatoria a Mario Sendoya Cabrera (Fls. 30 ss) y "Como hasta la fecha no se han reunido los requisitos que para detener preventivamente requieren los artículos 379 del C. de P. Penal y 49 del Decreto 1368 de 1964", dispuso dejarlo en libertad, con la obligación de presentarse cada quince días, so pena de multa de quinientos pesos" (Fls. 32 vto. sgt.), habiéndose sentado y firmado la respectiva diligencia de compromiso (Fl. 33).

Igualmente el 8 de julio, por medio de otro auto, señaló las 9 de la mañana del día siguiente para practicar la diligencia ordenada en el punto 3º transcrito (Fl. 33).

Fue así como en la fecha y hora indicadas se llevó a término por la Juez Viana una "Diligencia de avalúo y depósito provisional". Se avaluaron en total 205 animales. Entonces la Juez argumentando que como a Sendoya se le habían dejado en secuestre, según la respectiva diligencia dentro del sucesorio de Leonidas Cabrera, 150, este Despacho "deposita material y provisionalmente dicha cantidad de vacunos bajo la custodia y responsabilidad del señor Mario Sendoya, quien deberá responder por éstos hasta cuando el Juez Civil del conocimiento, lo estime conveniente, advirtiendo que uno de tales semovientes se encuentra en la hacienda "San Rafael". Y, por otra parte, como en la primitiva diligencia figura un número de cabezas mayor, dispuso que esas otras 122 "se depositen provisionalmente en poder de la señora Nohora Vda. de Cabrera, quien deberá custodiar y conservar dichos semovientes mientras el señor Juez del conocimiento en lo Civil, tome una decisión sobre el particular, teniendo en cuenta la cláusula duodécima del acta de arreglo amigable protocolizada ante el Notario Principal del Circuito de Chaparral, la cual se acompaña a la presente acta, esto es, prefiriendo para este depósito las vacas paridas, con sus respectivas crías, más diez y seis (16) vacas horras. Ya en su oportunidad el juez del conocimiento decidirá lo pertinente". Ante lo anterior y en el mismo curso de la diligencia, el abogado Nicolás González Torres, apoderado de Mario Sendoya, entre otras cosas observó: "Considero que el Juzgado al resolver en la forma en que acaba de expresar, está usurpando jurisdicción y quebrantando un depósito en condiciones que hacen ya cuestión de carácter penal la diligencia misma... No había querido formular ningún reclamo en relación con el hecho de que un funcionario, sea de carácter civil de carácter penal, quite a un secuestre momentáneamente o no los bienes que otro juez le entregó con el carácter de depósito. El Juzgado que preside la presente diligencia sabe muy bien que el único juez que está en condiciones de hacer es el juez depositante y que ni con carácter investigativo ni en ninguna otra forma puede suspenderse al depositario en sus funciones de secuestre. Si hay mal manejo de la cosa secuestrada o se considera que se están disipando los bienes de un depósito, la ley otorga a los interesados o a los perjudicados el derecho de solicitar cuentas y responsabilidades al depositario ante el mismo juez que le otorgó el depósito. La diligencia misma de depósito es una actuación judicial que no puede estar a merced de otro funcionario para exonerar del depósito bienes que no tiene facultad ninguna para sacar de éste". (Fl. 34). Luego repite los fundamentos de su oposición en la primera diligencia, cita la parte resolutiva de ella y finaliza esta primera intervención, así: "Respetuosamente solicitamos reposición de

la determinación de Ud. en esta diligencia, determinación que la ley equipara a un auto y lo hace susceptible de los recursos que interpongo. Subsidiariamente apelo, de ella, advirtiendo que la sociedad deja en claro que cualquier determinación que cause despojo, la obliga a buscar la restitución de su situación de dueña y poseedora de los ganados que ahora tratan de quitárselos". "A continuación el Dr. Ernesto Navia quien dentro de estas diligencias actúa como denunciante", lanza los cargos por delito de falsedad en documento público contra algunos funcionarios y otras personas. Nuevamente hizo uso de la palabra el abogado González Torres para insistir en sus anteriores puntos de vista y finaliza así: "Reitero nuevamente que la sociedad insiste en la oposición aceptada por el Sr. Civil Municipal (sic), y que lo hace diciéndose dueño de los ganados, y trayendo el título que demuestra el aporte que hizo de ellos el causante a la sociedad. En esas condiciones, la sociedad está en el caso del Art. 278 del C. J., concluyo esta intervención manifestando que considero que una cosa no puede secuestrarse dos veces, y que usurpa jurisdicción funcionaria de cualquier ramo, civil o penal, que enmiende oficiosamente la actuación de otro. Dejo en pie los recursos de reposición y de apelación que interpuse en ese orden". (Fls. 33 y ss.).

El recurso de reposición interpuesto por el apoderado de Mario Sendoya no fue resuelto en esa ocasión ni más tarde, como tampoco le fue concedido el de apelación que formulara subsidiariamente. Y allí, se dejó intervenir dentro de una diligencia que se practicaba en un proceso penal, al abogado Ernesto Navia quien no era parte, ya que se había limitado a formular la denuncia. Y de esta circunstancia, se dejó expresa constancia en el acta: "el Dr. Ernesto Navia quien dentro de estas diligencias actúa como denunciante" (Fl. 35). Y fue a este mismo denunciante a quien se entregó la nota dirigida por la Juez al Comandante del Puesto de Policía del Guamo, ya transcrita y en cuya parte final se lee: "El portador del presente, Dr. Navia Otero, en su calidad de interesado, les (sic) dará los datos que sirvan para el cumplimiento de este" (Fl. 30).

Lo anterior, en cuanto hace relación a la denuncia de Navia.

2. Denuncia de Mario Sendoya

Fue formulada y ratificada bajo juramento el 4 de julio de 1969 ante el Alcalde del Guamo quien luego de tomar algunas medidas preventivas propias de su esfera policiva, las envió al día siguiente al Juzgado Penal Municipal que estaba en reparto (el segundo), junto con la documentación que acompañó el denunciante (Fls. 24 vto. sgt.).

Pero como el 7 de julio reaccionando por la llevada del ganado a otras dehesas Ernesto Navia formuló denuncia ante la Juez contra Sendoya, se encuentra que después del auto con el cual de inmediato fue atendido, la Secretaría de ese Juzgado, el mismo 7, dice: "Las anteriores diligencias correspondieron a este Despacho, según reparto efectuado en el día de hoy y van al Despacho del señor Juez informándole que el señor Mario Sendoya Cabrera presentó denuncia criminal por los mismos hechos ante la Alcaldía del lugar y la misma correspondió a este Juzgado en reparto de la fecha. Provea" (Fl. 29 vto.).

A continuación se profirió auto cabeza de proceso, cuyo primer párrafo dice: "Por haber correspondido en reparto las anteriores denuncias, se avoca el conocimiento de la presente investigación" (id.).

Pero deben formularse las siguientes observaciones: Como lo anota la Procuraduría colaboradora, en realidad "la Juez no repartió la denuncia formulada por Navia (Cuaderno de la Corte, Fl. 5)", sino que, sin esperarse al reparto, resolvió entrar a conocer de ella, según lo dice expresamente en el auto antes transcrito; no es cierto, como lo consignó el Secretario, que las dos denuncias versaran sobre "los mismos hechos", sino sobre otros perfectamente distintos y Mario Sendoya aparecía en una como denunciante de un delito de hurto de ganado

y en la otra como denunciado por otro de abuso de confianza. En el Acta correspondiente a la diligencia de Inspección Ocular practicada sobre el respectivo Libro de repartos del Juzgado Segundo Penal Municipal del Guamo, se hizo constar "que las denuncias 6 y 7 del Grupo de denuncias sin preso del Acta antes transcrita, y que corresponden en su orden, a las formuladas por Mario Sendoya por hurto de ganado mayor, y por el doctor Ernesto Navia Otero, por Abuso de Confianza, fueron agrupadas para efectos del reparto, como si se tratara de una sola denuncia" (Cuaderno de la Parte Civil, Fl. 4 vto.). Si por error en el informe secretarial o en el reparto, se agruparon en la forma antes dicha, la Juez Viana, al revisarlas para dictar el respectivo auto cabeza de proceso, ha debido caer en la cuenta de la equivocación y, en consecuencia, ha debido separarlas. Finalmente, fuera de lo que hizo el Alcalde, nada, absolutamente nada se investigó por el Juzgado Segundo Penal Municipal del Guamo con relación a la denuncia formulada por Mario Sendoya y "no obstante haber sido encontrados (los semovientes) y conocerse la persona que aparecía vendiéndolos, no fue indagatoriada por la Juez", como lo dice el colaborador (Cuaderno de la Corte, Fl. 4), quien con toda razón precisa:

"De otra parte, entre el 7 y el 9 de julio la Juez desplegó gran actividad en cuanto a la denuncia formulada por el abogado Navia Otero, dictó auto cabeza de proceso, recibió indagatoria a Sendoya y practicó la diligencia de secuestro (Fls. 25, 30 y 33). Por contraste, nada hizo respecto de la denuncia presentada por Sendoya ni antes del 10 de julio ni después cuando regresó de vacaciones y entregó el informativo el 28 de agosto a un Fiscal Instructor (Fls. 62 vto. y 63). El auto cabeza de proceso en este asunto lo dispuso el Juzgado 2º Penal del Circuito del Guamo en la providencia de 12 de febrero de 1970 cuando ordenó la cesación de todo procedimiento contra Sendoya —por la denuncia de Navia Otero— y la cual confirmó el Tribunal Superior de Ibagué (Fls. 164, 228 y ss.)". (Cuaderno de a Corte, Fls. 11 sgt.).

3. Denuncia de Ernesto Navia (ampliación) por "daño en cosa ajena"

Como se anotó fue formulada contra Mario Sendoya, Justo Guzmán y Miguel y Darío Cabrera, porque el 6 de agosto de 1969 "4 tractores, manejados por sus respectivos maquinistas, rompiendo las cercas colindantes del predio La Paz, que ocupa materialmente mi poderdante, la señora Nohora Navia de Cabrera, conocida dentro del sumario, irrumpieron dentro de la finca y procedieron a arar un lote de terreno, cuya tenencia material ejerce la Sra. Vda. de Cabrera, quien es actual poseedora".

Esta denuncia se presentó y ratificó bajo juramento el 8 de agosto de 1969 ante el Juzgado Segundo Penal Municipal del Guamo (Fls. 45 ss. y 50) y también en esta misma fecha el Juzgado produjo el siguiente auto: "Con el fin de comprobar la evidencia de los hechos a que alude el Dr. Ernesto Navia Otero, en la ampliación de denuncia que antecede, practíquese sobre el lugar de los mismos una diligencia de Inspección Ocular con anuencia de Testigos actuarios, los que serán nombrados en dicha diligencia. En tal diligencia se establecerá lo siguiente: 1º Topografía y ubicación del terreno materia de diligencia. 2º Extensión de los cercos destruidos, lo mismo del terreno arado. 3º Avalúo de los daños ocasionados con la infracción. Cúmplase".

Nótese que no se señaló el día ni la hora para llevarla a término, ni tampoco se dispuso su notificación la cual, por otra parte, no se hizo en forma alguna, a ninguna de las personas posiblemente interesadas.

En la inspección ocular que el 8 de agosto se practicó en la hacienda de "La Paz", los peritos constataron que se estaban arando los terrenos, que para entrar los tractores había sido necesario derribar "dos postes vivos" y desgrapar cuatro hilos de alambre. Fijaron los daños en $ 50.00. Continúa: "El Juez advierte a los tractoristas presentes en el momento de llevar a cabo esta diligencia, que deben informar a su patrón de que la ejecución de tales trabajos debe suspenderse, mientras el Juzgado clarifica los hechos y decide lo pertinente" (Fl. 53).

Los tractoristas Emiliano Aranda Villarreal (Fls. 121 vto. sgt.) y Rodrigo Carretero García (Fl. 122) informan cómo suspendieron los trabajos por orden que la Juez les hizo llegar por intermedio de la Policía.

El agente José Alvaro Rojas dice que su Comandante le ordenó fuera a hacer escolta a la Juez en tal diligencia; que se trasladaron a la hacienda, que en ella sacaron máquina de escribir y se pusieron a escribir; que le dieron la orden de suspensión de trabajos, que él fue, la comunicó a los tractoristas y éstos la acataron. También da cuenta en su larga exposición de que el abogado Ernesto Navia Otero, aquella misma noche "sacó una pistola y la montó y se la apuntó con dirección a los agentes, diciendo que la maquinaria no podía seguir trabajando". Igualmente informa que el mismo Navia se presentó con dos hombres, de quienes dijo que eran del "Das", pero "Como a los dos o tres días de la ocurrencia de estos hechos, los agentes de la patrulla los capturaron y los llevaron al Espinal a la cárcel" (Fls. 102 ss.).

Justo Guzmán Olaya dice en su declaración que celebró el contrato con Sendoya, luego de convencerse de la existencia de la sociedad y del derecho que tenía para arrendar, sobre "cincuenta hectáreas de tierra en la hacienda de La Paz, fracción "Las Mercedes", de la jurisdicción de este municipio del Guamo"; que una noche llegó y encontró que estaban suspendidos los trabajos, que a él no le mostraron la orden que la Juez hubiera dado para suspenderlos, que a ella no la vio en esos momentos y que "acompañando a los secretarios del Juzgado se hallaba un agente de la Policía"; que ante la orden, él dispuso retirar la maquinaria; que esperó un mes y medio a ver si se le permitía continuar, lo que no ocurrió; que, a pesar de que se le devolvieron los $ 50.000.00 que había pagado, ha sufrido perjuicios porque no le han reconocido el valor del trabajo que realizó, por el tiempo que perdió, por el pago de empleados y materiales "y el no haber percibido las correspondientes utilidades que calculo en veinte mil pesos, aproximadamente, máxime cuando dejé de tomar en arrendamiento otras tierras en las cuales no se hubiera presentado el fracaso que sucedió". Agrega que cuando llegó "inmediatamente se me dirigieron los Secretarios del Juzgado y me explicaron que se trataba de que había un problema con los dueños de esa tierra y que por lo tanto el Juzgado se pronunciaba en el sentido de suspender el adelantamiento de esas labores de arada que yo estaba haciendo" (Cfr. Fls. 120 sgt.).

Posteriormente el Juzgado Segundo Penal del Circuito del Guamo practicó una inspección ocular sobre estos mismos terrenos que había sido decretada por el Tribunal en el auto cabeza de proceso y los peritos fijan los perjuicios sufridos por Guzmán Olaya, así:

"Es natural que debe reconocérsele al Sr. Guzmán Olaya el trabajo que dicen efectuó con maquinaria de su propiedad en el citado lote, consistente en el laboreo (arada) de aproximadamente 20 hectáreas, a razón de $ 150.00 cada una, toda vez que el arrendatario no pudo continuar labores por habérselo prohibido orden judicial.

"Asimismo, el Sr. Guzmán Olaya tiene derecho a reclamar se le reconozcan perjuicios por no haber podido explotar la cosa arrendada. o sea lo que dejó de percibir por lucro cesante o utilidades que hubiera podido obtener al efectuar trabajos normalmente. Estos perjuicios los calculamos en la suma de $ 25.000.00, al computar una utilidad de $ 500.00 por hectárea, con base en el rendimiento que se le estima al arroz Tapuripa que pensaba sembrar y para lo cual se le considera suficiente experto. (Cfr. Fls. 13, 197 sgt., 199)".

Segundo

Son conclusiones de lo expuesto en este tercer punto:

a) Que la Juez acusada, Ruth Viena Vallejo, ordenó el depósito de unos ganados que estaban secuestrados bajo el poder de Mario Sendoya, por disposición del Juzgado Civil Municipal del Guamo, a la orden de una persona perfectamente distinta, con

violación del artículo 280 del Código de Prodedimiento Civil; b) Que la misma Juez no resolvió el recurso de reposición que sobre tal medida le fuera interpuesto por el apoderado de Sendoya ni le concedió al subsidiario de apelación; c) Que la misma Juez no tramitó en forma alguna la denuncia penal que fuera formulada por Mario Sendoya por hurto de 21 cabezas de ganado mayor; d) Que la misma Juez, valiéndose del concurso de la fuerza pública, impidió que continuara desarrollándose el contrato que mediaba entre "Leonidas Cabrera C. Ltda." y Justo Guzmán Olaya, sobre explotación de un terreno que se preparaba para el cultivo del arroz.

Cuarto: Indagatoria de la Juez doctora Ruth Viana Vallejo

En ella explica su actividad de la siguiente manera: Con relación a la denuncia de Ernesto Navia contra Mario Sendoya: "Pues simplemente porque el denunciante, doctor Navia Otero, quien para mí hasta ese momento era persona totalmente desconocida, así como el denunciado señor Mario Sendoya, denunciaba la comisión de un ilícito, que precisamente en esos momentos se estaba realizando, y para evitar la cabal consumación del cual, se hacía menester la inmediata intervención del Juzgado. Así fue como la suscrita con el fin de evitar perjuicios mayores para quien resultara lesionado con el extravío de los semovientes pertenecientes a la sucesión de Leonidas Cabrera C., procedió en la forma en que dan cuenta los documentos a que se alude en la pregunta hecha. Y con el fin de evitar incurrir en una posible denegación de justicia. Es cuanto manifiesto" (Fls. 202 vto. sgt.).

Con relación a la denuncia por "Daño en cosa ajena" y a su orden de suspender los trabajos que venía adelantando Justo Guzmán, adelante se verá la exculpación que presenta (Fl. 204).

Y, en cuanto a que una vez aclarada la situación no hubiera levantado la orden de suspensión de los trabajos, manifestó que por la cantidad de negocios, el volumen alcanzado especialmente por este y las numerosas incidencias que en él se presentaron "después de transcurrido cierto tiempo se puede incurrir no en contradicciones pero sí en inexactitudes, por eso si la libertad concedida al sepor (sic) Justo Guzmán fue provisional y no incondicional como dije antes". Agrega que sus actuaciones en este negocio se llevaron a término "pocos días antes de haber entregado el expediente al Fiscal Instructor, nombrado por la Procuraduría General de la Nación, de manera que no fue solo ella quien mantuvo inmodificable tal determinación, pues cuando el Instructor devolvió el negocio, ella ya desempeñaba el cargo de Juez Primero del Circuito Penal del Guamo. Confirma que ella, a petición del doctor Navia, le entregó a éste la orden escrita de suspensión de los trabajos y que por haberse retirado del lugar, no se dio cuenta o no supo de los hechos que luego pudieron ocurrir.

Cuando se la interrogó sobre el por qué había anexado la denuncia de Mario Sendoya por hurto de ganado mayor con la formulada por Navia contra Sendoya y "con ello cesó la actuación del Juzgado Segundo Penal Municipal a su cargo", expuso: "Disfruté de vacaciones en el mes de julio hasta el uno o el dos de agosto de 1969, mientro (sic) esto ocurrió quedó encargado del Despacho el Secretario, señor Argemiro Guzmán, y para el veintiocho de agosto del mismo año, el proceso pasó a ser instruído por el Fiscal designado por la Procuraduría, e ignoro el motivo por el cual se hizo anexión de esa denuncia y diligencias al sumario contra Mario Sendoya" (Fl. 206 vto.).

Quinto. Para el Tribunal de primera inscia "La actividad de la procesada fue a todas luces ilegal por cuanto violó los preceptos contenidos en el Código Judicial (Art. 280), según los cuales, las cosas muebles secuestradas no pueden ser afectadas por otra diligencia de la misma especie, exceptuando el caso de que se presente un gravamen real sobre tales bienes (Art. 1198). Así, en el caso objeto de estudio, observamos cómo la Juez al quitar de las manos del señor Sendoya Cabrera aquel número de semovientes, pasó por alto elementales normas de derecho, desconocimiento que no se justifica en un juez de la República.

"La pretendida defensa que plantea la procesada, al alegar que el secuestro en el juicio civil se contraía solamente a 150 cabezas de ganado, no tiene asidero probatorio. Por el contrario, de la lectura de la diligencia civil se establece que al señor Sendoya Cabrera le fueron dejados, en calidad de secuestre, todos los bienes que se hallaban en poder de la sociedad comercial de responsabilidad limitada "Leonidas Cabrera C. Ltda.", entendiéndose, en forma obvia, que en ellos estaban incluídos además de los ciento cincuenta animales, los demás a que alude la diligencia efectuada por el Juzgado Civil del Guamo.

"Cree la Sala que la actividad altamente equivocada e ilegal desplegada por la procesada, tuvo origen, aparte de su ignorancia, en la indebida intromisión del denunciante, abogado y parlamentario Ernesto Navia Otero, a quien la Juez permitió intervenir en el sumario, sin tener derecho para ello, pues es suficientemente conocido que al denunciante únicamente le está permitido ampliar la denuncia (Art. 275 del C. de P. P.). No obstante, el doctor Navia Otero actuó allí como una verdadera parte civil, careciendo de dicha personería jurídica. En esto obró también ilegalmente la Juez Viana Vallejo.

"D. La incriminada obró igualmente en forma irregular, cuando involucró sin ningún ordenamiento jurídico la demanda instaurada por el mismo Navia Otero por Daño en Cosa Ajena, al proceso por Abuso de Confianza, y aún actuó con mayor irresponsabilidad y ligereza al ordenar la suspensión de los trabajos que se estaban haciendo en terrenos de la hacienda La Paz, sin que para ello le hubiera asistido razón jurídica de ninguna especie, pues no hay en nuestro ordenamiento penal disposición alguna que faculte a un funcionario de instrucción para tomar medidas de tal naturaleza y con las cuales se perjudica gravemente intereses patrimoniales que deben ser celosamente defendidos por las autoridades judiciales.

"E. También fue irregular la actuación de la sindicada Viana Vallejo, por haber agregado la denuncia formulada por Mario Sendoya Cabrera, en averiguación del posible delito de hurto, ya que era imposible pensar en una conexidad con los adelantados en contra del aquí denunciante. Y más inexplicable el que no hubiera actuado en este caso con la misma diligencia con que actuó en los negocios en que figura como denunciado el señor Mario Sendoya Cabrera" (Fls. 260 sgt.)".

No obstante lo anterior, profiere sobreseimiento definitivo por cuanto, en su criterio, "la Sala encuentra que no fue posible acreditar el propósito doloso" de la Juez.

Los dos Magistrados que salvaron el voto opinan, según ya se indicó, que por lo menos hay elementos para llamarla a responder por el delito de abuso de autoridad (Fls. 264 sgt. y 266 ss.).

El Ministerio Público ante esta Corporación conceptúa, según lo anotado antes, que debe revocarse el auto consultado, y en su lugar proferir uno de llamamiento a juicio (Cuaderno de la Corte, Fls. 14 ss.).

Sexto. Consideraciones de la Sala

Primera. Entrega, en depósito, a Nohora Navia viuda de Cabrera de parte del ganado que tenía bajo secuestro Mario Sendoya:

De la relación probatoria que se ha hecho en este providencia, con fundamento en documentos públicos debidamente autenticados, se concluye que Ruth Viana Vallejo, excediéndose en el ejercicio de sus funciones de Juez Segundo Penal Municipal del Guamo, cometió un acto injusto contra la sociedad "Leonidas Cabrera C. Ltda." y contra Mario Sendoya, al desposeerlo de parte de los bienes que se le habían entregado judicialmente bajo secuestro, en la forma en que se ha puntualizado, con lo cual violó el artículo 171 del Código Penal. En efecto:

A petición del denunciante Navia y con intervención directa de éste, cuando aún no se había constituído parte civil y antes de haberse sometido a reparto el negocio por el supuesto delito de "Daño en bienes ajenos", la Juez Viana decretó el "decomiso de

los semovientes materia de esta denuncia" (Fl. 29 vto.). El 8 de julio, según se indicó, la misma Juez practicó una diligencia de avalúo y depósito provisional y dentro de ella dispuso dejar 120 cabezas de ganado en depósito y bajo el cuidado de Nohora Navia viuda de Cabrera. Cuando la Juez Viana tomó esta determinación, procedió a sabiendas de que ese mismo ganado que ahora confiaba a la viuda de Cabrera, había sido materia de una diligencia de secuestro y había sido dejado en poder de Mario Sendoya por el Juzgado Civil Municipal de ese mismo lugar. La Juez conocía la escritura de constitución de la sociedad "Leonidas Cabrera C. Ltda.", conocía el certificado de la Cámara de Comercio con el cual se probaba su existencia, también los documentos que acreditaban a Mario Sendoya como Gerente de ella, sabía que los semovientes y la maquinaria objeto del primer secuestro eran de propiedad de esa sociedad y que a Sendoya todo eso se le había dejado en secuestro. Durante la respectiva diligencia el apoderado de Sendoya le puso de presente cómo el Juzgado con esa resolución "está usurpando jurisdicción y quebrantando un depósito en condiciones que hacen ya cuestión de carácter penal la diligencia misma".

En su indagatoria la Juez no da explicación valedera sobre su conducta en este caso, pues no puede aceptarse como justificación de su proceder el que tomó tal medida para evitar perjuicios mayores a la sucesión de Leonidas Cabrera, porque ella tanto por su condición de Juez como de profesional del Derecho, tenía que saber cuáles eran las obligaciones del secuestre y cómo dentro de ellas está la de "rendir cuentas comprobadas durante el desempeño de su cargo" (Códigos de Procedimiento Civil: antiguo, Art. 296; nuevo 689) y cómo "Si la cosa se hallare en poder de persona que la tiene con el carácter de secuestre, debidamente comprobado, no se lleva a cabo el secuestro preventivo" (C. P. C. antiguo, Art. 280). De manera que no obstante estar debidamente comprobado y así saberlo la Juez, en atención a los documentos a los cuales se ha hecho referencia, que Mario Sendoya era el secuestre de "los bienes que se hallan en poder de la Sociedad Comercial de responsabilidad Limitada denominada "Leonidas Cabrera C. Ltda." actualmente representada por el socio señor Mario Sendoya Cabrera y que consisten, en los bienes semovientes y maquinaria agrícola que se ha dejado anteriormente relacionada", como lo dice el punto 2º de la parte resolutiva del auto por medio del cual el Juzgado Civil Municipal del Guamo resolvió la oposición formulada por Sendoya por medio de apoderado en la diligencia de secuestro preventivo dentro del sucesorio de Leonidas Cabrera, procedió a desconocer esa providencia judicial, sin que tuviera competencia de ninguna índole para entrar a modificarla ni a suspenderla.

Con ese proceder la Juez Viana, excediéndose en el ejercicio de sus funciones, cometió un acto injusto, puesto que para estos casos, como lo ha sostenido la Corte, injusto "es lo que va directamente contra la ley y la razón", acto injusto en perjuicio de la sociedad "Leonidas Cabrera C. Ltda.", representada por su Gerente y al propio tiempo secuestre de tales bienes, Mario Sendoya y contra éste mismo. De ahí que sea preciso concluir que de acuerdo con lo probado hasta ahora, esa actuación de la Juez Viana se halla tipificada como delito de abuso de autoridad, definido y sancionado por el Código Penal en su artículo 171, en los siguientes términos: "El funcionario o empleado público que, fuera de los casos especialmente previstos como delitos, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa o haga cometer acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad, incurrirá en la privación del empleo, y en multa de diez a quinientos pesos". En consecuencia, por esta infracción, deberá responder en juicio.

Segunda. Suspensión de labores ordenada por la Juez:

Si bien es cierto que la Juez Viana ordenó suspender los trabajos que en unas 50 hectáreas de la hacienda "La Paz" venía adelantando Justo Guzmán, en desarrollo de un contrato celebrado con Mario Sendoya, como Gerente de "Leonidas Cabrera C., Ltda.", quien era secuestre de ese bien inmueble, no lo es menos que cuando la Juez

acusada profirió tal orden, no conocía la existencia de aquel contrato y, en el curso de la diligencia dentro de la cual se dio tal orden, nadie se opuso a ella sino que fue aceptada, aun por el mismo Guzmán, quien en aquellos momentos llegó al lugar en donde se desarrollaba (Fl. 120 vto.). En estas condiciones es atendible la explicación que de la Juez acusada, en cuanto manifiesta que tomó tal medida por cuanto ignoraba "los motivos o razones por las cuales se estaban llevando a cabo tales trabajos. No se veía claro el nexo existente entre los derechos que pudieren existir entre la Sociedad "Leonidas Cabrera C. Ltda." y los hechos nuevos denunciados por el doctor Navia Otero, imputados en esta ocasión al señor Justo Guzmán y otros" (Fl. 204).

No se ve, pues, que la Juez Viana, al dar tal orden de suspensión provisional de aquellos trabajos y encomendar su cumplimiento a la fuerza pública, hubiera procedido de manera arbitraria o ilegal, pues con relación a ese caso concreto, no disponía de los elementos de juicio necesarios para razonar sobre la legitimidad con la cual aquellos trabajos se estaban adelantando. En consecuencia, habrá de sobreseérsela definitivamente por este cargo, con fundamento en el número 1 del artículo 491 del Decreto 409 de 1971.

Tercera. No tramitación de unos recursos:

Con las copias de las piezas pertinentes se pone de manifiesto cómo la Juez acusada se abstuvo de tramitar los recursos de reposición y de apelación subsidiarias que interpusiera el apoderado de Mario Sendoya contra la providencia por medio de la cual ordenó dejar en depósito parte de los semovientes que estaban bajo secuestro de aquel, en poder de Nohora viuda de Cabrera.

Si se tiene en cuenta que según las constancias procesales (Fls. 223 y 224) la Juez Viana entró en vacaciones al día siguiente de haberse practicado tal diligencia y de haberse tomado esa medida, se llega a la conclusión de que la omisión o retardo en la ejecución de un acto legalmente obligatorio: resolver el recurso de reposición y conceder el de apelación, si llegaba el caso, no le es imputable y es su sucesor o son sus sucesores en tal Despacho quienes deben responder de él, para lo cual, por el Tribunal de origen se ordenará sacar las copias pertinentes, a fin de que se adelante la respectiva investigación penal por la autoridad competente. Por tanto, con fundamento en el ordinal 1º del artículo 491 del nuevo Código de Procedimiento Penal habrá de ser sobreseída en forma definitiva por razón de este cargo.

Cuarta. No tramitación de la denuncia formulada por Mario Sendoya por hurto de ganado mayor:

Ya se señaló cómo la acusada trata de explicar este cargo manifestando que disfrutó de vacaciones en el mes de julio hasta el 1º o 2 de agosto y que el 28 del mes últimamente citado "el proceso pasó a ser instruído por el Fiscal designado por la Procuraduría, e ignoro el motivo por el cual se hizo anexión de esa denuncia y diligencias al sumario contra Mario Sendoya" (Fl. 206 vto.).

El Ministerio Público, en esta segunda instancia, refiriéndose al punto propuesto trae las siguientes consideraciones que la Sala comparte: "La explicación no es cierta por las siguientes razones: las vacaciones le fueron concedidas por dieciocho días hábiles a partir del 10 de julio del año citado (Fls. 223 y 224) y, en efecto, la actuación del folio 159 aparece suscrita por quien la reemplazó; el reparto de asuntos a cargo de los juzgados penales municipales del Guamo del día 7 de julio se efectuó en el Despacho a cargo de la doctora Viana y no obstante referirse a asuntos distintos y a diferentes acusados, se unieron y adjudicaron al Juzgado 2º y el acta aparece suscrita por la Juez Viana y es evidente que no se guardó equidad en el reparto efectuado ese día (Fls. 4 a 5 vto. del cuad. de la parte civil)" (Cuaderno de la Corte, Fl. 11).

Tiene razón el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal: El reparto se hizo en el Juzgado a cargo de la Juez Viana y ésta

intervino en él y por ella aparece firmado. Que se trataba de asuntos perfectamente distintos no podía ignorarlo ya que ella, con celeridad desconcertante, había tramitado el que personalmente le formulara el abogado Navia y había tomado inmediatas medidas, antes de someterlo a reparto, como lo dice en auto ya transcrito. Y, el formulado por Sendoya, le llegó procedente de la Alcaldía del lugar, con el impulso propio que aquella autoridad le había dado. Así las cosas, no es aceptable la excusa presentada por la acusada.

Como consecuencia de esas actuaciones, a ella le es imputable el no haber cumplido con el deber de iniciar de manera efectiva la investigación de un delito cuyo conocimiento le correspondía de oficio. Tal hecho se encuentra tipificado en el artículo 175 del Código Penal.

Quinta. Los delitos por los cuales debe responder en juicio la sindicada doctora Ruth Viana Vallejo, están contemplados en el Capítulo VI: "De los abusos de autoridad y otras infracciones", del Título III: "Delitos contra la administración de justicia" del Libro Segundo del Código Penal y, más concretamente, en los artículos 171 y 175 de la misma obra. Siendo de tener en cuenta que, según las modalidades que rodearon su ejecución, su origen, el agente activo y el sujeto pasivo, así como también la concurrencia de algunas mismas pruebas para establecer uno y otro, se está frente a delitos conexos los cuales, de acuerdo con el artículo 168 del Código de Procedimiento Penal, habrán de investigarse y fallarse en un mismo proceso.

No puede aceptarse la tesis sostenida por el Tribunal de primera instancia para proferir sobreseimiento de carácter definitivo consistente en que "no fue posible acreditar el propósito doloso" en la sindicada, porque el dolo genérico que se hace necesario para establecer estas infracciones de la ley penal se pone de presente, en el primer caso, al considerar que la Juez procedió con pleno conocimiento de que los semovientes eran de propiedad de la sociedad "Leonidas Cabrera C. Ltda.", que estaban sometidos a un secuestro anterior vigente, cuya legalidad se le probó en el acto mismo en que tomó tal medida, advirtiéndosele, además, que con ese proceder estaba "usurpando jurisdicción y quebrantando un depósito en condiciones que hacen ya cuestión de carácter penal la diligencia misma", para lo cual se le argumentó largamente. Además, ella, como ya se dijo, por su condición de juez y de profesional del Derecho, estaba en la obligación de conocer las normas pertinentes las cuales, por otra parte, también le fueron puestas de presente antes de tomar la determinación por la cual se la incrimina. Y, en cuanto hace relación al segundo caso: la misma última consideración que viene de señalarse, unida a su conocimiento de la ley y a su larga práctica judicial, no le permitían desconocer que estaba en la obligación de adelantar oficiosamente la investigación que se derivaba de la denuncia formulada por Sendoya y que a ella le correspondía conocer.

Se reúnen, pues, a cabalidad los requisitos que para dictar auto de proceder exige el artículo 481 del Decreto 409 de 1971 que reprodujo el 429 del Código de Procedimiento Penal antiguo.

No se decreta la detención de la acusada, puesto que no teniendo ninguna de las infracciones por las cuales debe responder como pena una que sea privativa de la libertad, no se reúnen las condiciones que para tomar tal medida reclama el artículo 439 del nuevo estatuto procesal penal.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del Ministerio Público y en parte de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve

Primero. REVOCAR, como en efecto lo hace, la providencia consultada y apelada.

Segundo. LLAMAR A RESPONDER EN JUICIO, por el procedimiento señalado en el Título II del Libro Tercero del Decreto 409 de 1971, a la doctora Ruth Viana Vallejo, de las condiciones civiles ya dichas, por los dos delitos de "abuso de autoridad y otras infracciones", previstos en el Capítulo VI del Título III del Libro Segundo del Código Penal, cometidos en su carácter de Juez Segundo Penal Municipal del Guamo (Tolima), en las circunstancias de tiempo, lugar y modo precisadas en la parte motiva.

Tercero. SOBRESEER DEFINITIVAMENTE en favor de la misma acusada Ruth Viana Vallejo por los demás cargos que le fueron formulados y que se dejaron precisados en las letras b) y d) del punto "Segundo": conclusiones, del Capítulo "Tercero" de la parte motiva de este auto.

Cuarto. El Tribunal de origen hará sacar copia de lo pertinente para que se investigue la conducta de otros funcionarios por los delitos en que pudieron haber incurrido, según lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

A la procesada se le harán las prevenciones de ley.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen, cúmplase.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD

Cuando se atribuye una circunstancia de mayor peligrosidad al sentenciado, no es indispensable que el Juzgador determine de modo expreso la prueba concreta en que haya fundamentado dicha circunstancia, si del proceso se deduce claramente su existencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, trece de agosto de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez).

(Aprobado: Acta Nº 30).

Vistos

Agotada la tramitación correspondiente, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por los procesados **Timoleón** y **Libardo Franco Céspedes** contra la sentencia de nueve de octubre de mil novecientos setenta del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, mediante la cual fueron condenados los recurrentes, en segunda instancia, a la pena principal de nueve años de presidio y a las accesorias de rigor, por el delito de homicidio cometido en la persona de José Manuel Pizza Mosquera.

Antecedentes

Los hechos fueron narrados por los juzgadores de las instancias, y los reproduce ante la Corte el demandante, de la manera que pasa a transcribirse:

"En las primeras horas de la tarde del día jueves 26 de enero de 1969 se presentaron unos hechos de sangre en la casa-tienda de Rosalina Olarte de Pinzón ubicada en el barrio "Pomarrosal" del sector urbano en el Corregimiento de San José de Suaita, específicamente en el lugar denominado 'El Cedro' y hallábase en el mencionado establecimiento Timoleón Franco Céspedes ingiriendo algunas cervezas en compañía de su padre Timoleón Franco Aranda y de su hermano Libardo quienes se encontrabán fuera del inmueble, cuando hizo su aparición José Manuel Pizza Mosquera en compañía de Belisario Barrera Barragán y el primeramente nombrado les ofreció cervezas en tono altanero o desafiante para con Pizza Mosquera haciéndole saber que era una orden el tomarse la bebida y ofendiéndole soezmente. Hubo un breve intercambio de palabras y éste, Pizza Mosquera ante la inminente agresión retrocedió colocando una bolsa de mercado sobre el mostrador y saltó hacia afuera recibiendo el primer golpe de vara o bordón propinado por don Timoleón Franco Aranda y de inmediato desenfundaron armas de fuego disparándole repetidas veces a lo que el ofendido seguramente alcanzó a disparar la suya en un desesperado esfuerzo por defenderse tratando de emprender la retirada sin alcanzar su objetivo, como que fue rematado en la carretera o vía de penetración que de 'El Cedro' conduce al poblado.

"De la contienda descrita, José Manuel Pizza Mosquera quedó exánime en el mismo lugar del insuceso y Libardo Franco Céspedes resultó herido en el miembro inferior izquierdo".

Al occiso le fueron reconocidas en la diligencia de necropsia diez heridas localizadas en diversas partes del cuerpo causadas con

arma de fuego y dos lesiones en el cráneo ocasionadas con arma contundente (Fls. 49 y 50).

Clausurada la investigación el Juzgado Segundo Superior del Socorro, acogiendo el concepto del colaborador fiscal, dictó el 6 de noviembre de 1969 auto de proceder contra los imputados Timoleón Franco Aranda y Timoleón y Libardo Franco Céspedes, formulándoles el cargo de homicidio, determinado en la parte motiva como simplemente voluntario o común, ejecutado en coautoría (Fls. 125 a 146).

Ejecutoriado en la instancia el auto de vocación a juicio, por no haberse interpuesto contra él ningún recurso, se abrió la causa a prueba por el término legal, que discurrió sin que se hubiera solicitado por las partes el aporte de ningún elemento probatorio (Fl. 152).

El 20 de mayo de 1970 se celebró la audiencia pública y el jurado, después de oír al Agente del Ministrio Público, al vocero de los procesados y al defensor de los mismos, negó la responsabilidad de Timoleón Franco Aranda y afirmó la de Timoleón y Libardo Franco Céspedes como copartícipes en la comisión del homicidio de que fue víctima José Manuel Pizza Mosquera (Fls. 155 y ss.).

Con fundamento en los veredictos, dando aplicación al artículo 15 del Decreto 1358 de 1964, el juez del conocimiento profirió sentencia el 2 de junio del año citado, en la que absolvió al acusado Franco Aranda y condenó a cada uno de los hermanos Franco Céspedes a la sanción principal de ocho años de presidio y a las accesorias del caso (Fls. 166 a 175).

Los condenados apelaron del fallo y el Tribunal Superior de San Gil lo confirmó en el suyo de 9 de octubre último, pero modificándolo "en el sentido de señalar en nueve años de presidio la pena corporal que en definitiva deben purgar los hermanos Timoleón y Libardo Franco Céspedes, por el delito de que dan cuenta los autos", pues estimó probada con respecto a ambos inculpados la causal de mayor peligrosidad contemplada en el ordinal 6º del artículo 37 del Código Penal.

Contra la sentencia de segundo grado interpusieron en tiempo los sentenciados el recurso extraordinario de casación, que se declaró admisible por la Corte en auto de 11 de diciembre postrero y que ahora se decide.

Las demandas

En libelos separados el apoderado especialmente constituído por los procesados recurrentes para sustentar la casación ataca la sentencia ameritada, así:

En ambos escritos se aduce el motivo señalado en el ordinal 4º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, conforme al cual en materia penal el recurso de casación procede "cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad". Y en el correspondiente al interés del procesado Libardo Franco se invoca, además, la causal primera prevista en el referido artículo, sobre la base de que el Tribunal de última instancia violó disposiciones de la ley sustancial al tener por demostrada, sin estarlo, la circunstancia de mayor peligrosidad del ordinal 6º del artículo 37 del C. P.

El cargo común de las dos demandas lo presenta el actor alegando la existencia en el proceso de una nulidad de carácter constitucional, por inobservancia en el juicio del artículo 26 de la Carta, en razón de que los acusados Timoleón y Libardo Franco Céspedes carecieron de "adecuada defensa", por cuanto estuvieron asistidos por un mismo abogado defensor no obstante que sus intereses eran opuestos, con lo cual se violó el artículo 109 del C. de P. P. "y como consecuencia no se observaron las formalidades propias del juicio, al no tener cada sindicado su propio defensor, que pudiera sin limitaciones ejercitar la defensa técnico-jurídica de cada uno de ellos, sin cálculos e inhibiciones por la situación de uno u otro incriminado".

En desarrollo de la impugnación dice el apoderado:

a) Que el imputado Timoleón Franco Céspedes afirmó en su indagatoria (Fls. 22 y ss.) que él no tenía arma de fuego cuando ocurrieron los hechos aquí juzgados, pues solamente portaba una vara o bordón con el cual le propinó unos golpes al occiso Pizza cuando éste disparaba contra su hermano Libardo, quien fue el único que accionó su revólver contra Pizza, lo que hizo en defensa y después de que éste ofendió de palabra y atacó a tiros a Libardo.

b) Que el procesado Libardo Franco aceptó o corroboró en forma íntegra la versión que de los hechos dio su hermano Timoleón, y reconoció que en realidad únicamente él tenía arma de fuego y la disparó contra el occiso José Manuel Pizza en defensa propia y de su señor padre, pues solo la usó cuando se vio agredido por el citado Pizza, quien le causó una lesión que le produjo veinte días de incapacidad (Fls. 36 y ss.).

c) Que por descuido del apoderado, en el sumario, y del defensor, en el juicio, no se solicitó la práctica de careos de los testigos Belisario Barrera y Saúl Franco, quien "afirmaron que los Franco habían disparado contra el occiso, pero en la diligencia de reconstrucción de los hechos se estableció que Barrera y Franco no podían ver quién disparó contra Pizza".

d) Que tanto el defensor de Timoleón Franco como el vocero solicitaron en la audiencia, "contrariando las afirmaciones de inocencia hechas por el sindicado, que se le condenará en complicidad correlativa y en riña imprevista, afirmaciones encaminadas a plantear una situación más benéfica para Libardo Franco, pero en contra de Timoleón Franco".

e) Que habiéndose demostrado en la diligencia de reconstrucción que los testigos de cargo Belisario Barrera y Saúl Franco no estaban en condiciones de ver los acontecimientos que relatan, "no podía el defensor hacer el planteamiento que hizo, aceptando la autoría por parte de Timoleón Franco Céspedes, así fuera para alegar la legítima defensa de un tercero, y menos podía contrariando las afirmaciones del sindicado en su injurada, de no haber disparado el revólver contra Pizza, pedir un veredicto condenatorio, en riña imprevista en complicidad correlativa, esto para favorecer a Libardo que desde un comienzo había aceptado ser el autor de los disparos a José Manuel Pizza Mosquera". Y,

f) Que "si bien es cierto que en la audiencia pública con intervención de jurado, tanto el vocero como el defensor de los sindicados hicieron un esfuerzo por obtener la absolución del procesado Libardo Franco Céspedes, no es menos evidente que dada la circunstancia de estar incriminados Timoleón Franco Aranda y Timoleón Franco Céspedes, sus intervenciones se vieron disminuídas, al enfrentar el testimonio de los sindicados con el de Libardo y éste careció de adecuada defensa, porque la legítima defensa planteada en su indagatoria quedó sin fundamento al aceptar el vocero y el defensor de todos los sindicados que los Franco habían obrado en riña imprevista y complicidad correlativa, postura esta contraria a las afirmaciones de Timoleón Franco Céspedes, amén de que limitaba la libertad de la defensa, porque debía tratar de respetar la situación planteada por el hermano de Libardo, que sindicaba a éste como el directo responsable del homicidio de Pizza, no siendo por tanto completa la defensa de Libardo Franco por pretender el defensor en alarde de suficiencia ejercitar la defensa de ambos, cuando entre los hermanos Franco existían intereses encontrados, no pudiendo un mismo defensor ejercitar la defensa de los dos incriminados".

Concluye el demandante el desarrollo del cargo postulado en ambas demandas contra el fallo de segundo grado, al amparo de la causal 4ª de casación, en los siguientes términos:

"Si el defensor de los sindicados, hermanos Franco Céspedes, no podía defenderlos a ambos, por existir intereses opuestos entre los mismos, se violó el derecho de defensa de los dos procesados, porque la defensa de Libardo fue incompleta, por no perjudicar a Timoleón Franco Céspedes, y la de éste fue nula porque el defensor agravó la situa-

ción planteada por él en su indagatoria, para edificar la defensa de Libardo Franco Céspedes, lo cual implica que ninguno de los dos sindicados tuvo la defensa adecuada; se les menoscabó este sagrado derecho, tan celosamente defendido en la Constitución y en el artículo 109 del C. de P. P., que prohibe a un mismo abogado ejercitar la defensa de varios incriminados, cuando entre éstos existen intereses opuestos, y como en el caso presente concurren esos intereses encontrados, se violó el derecho de defensa, y no se observaron las normas propias de cada juicio, al no tener cada procesado su propio defensor, y así, se atentó contra las garantías individuales de la persona humana y los intereses del hombre, en razón de lo cual solicito a la H. Corte invalidar la sentencia, a partir de la notificación del auto de proceder, conforme a las previsiones del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, en ordinal 3º".

El segundo motivo de casación formulado en la esfera del ordinal 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, en la demanda presentada por el apoderado en representación del recurrente Libardo Franco Céspedes, se hace consistir, como antes se enunció, en que el Tribunal sentenciador violó indirectamente la ley penal sustancial, pues dio por demostrada la circunstancia de mayor peligrosidad del ordinal 6º del artículo 37 del C. P., sin hacer referencia a los elementos de juicio que la estructuraban y sin estar probada, lo que en sentir del demandante constituye notorio error de hecho determinante de la infracción de dicha norma, por aplicación indebida de la misma, como también la inobservancia de los artículos 159 del C. de P. P., que obliga al fallador a consignar en la sentencia los fundamentos de las circunstancias de mayor peligrosidad, y 204 del mismo estatuto, que manda estimar las pruebas por su valor legal.

El motivo de peligrosidad indicado en el ordinal 6º del artículo 37 de la ley represora, dice el actor, se da "por haber imposibilitado la defensa del ofendido o perjudicado por las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se realizó el reato, o por demostrar las mismas una mayor insensibilidad moral en el delincuente, y corresponde al fallador determinar en la sentencia los hechos en que fundamente esa circunstancia, para concluír si se dificultó la defensa del ofendido o si se está en frente de hecho o hechos demostrativos de una mayor insensibilidad moral en el delincuente". Y agrega que el Tribunal de San Gil se limitó a reproducir el concepto del colaborador fiscal según el cual "si en verdad favorece a los procesados Franco Céspedes la circunstancia de menor peligrosidad consistente en su buena conducta anterior, también es cierto que concurre con ella la de mayor sexta del artículo 37 del C. P. que nos parece evidente...", sin señalar las pruebas de esa afirmación y sin tener en cuenta que el occiso Pizza lesionó de un disparo de revólver al sindicado Libardo Franco, lo que indica que aquel no estuvo imposibilitado para defenderse, ni consideró el juzgador que el procesado se hallaba en estado de embriaguez cuando ocurrieron los hechos y que el número de abundantes lesiones causadas a la víctima pudo explicarse por tal estado, como también por el "fragor de la reyerta" y el temor razonable de que Pizza siguiera disparándole.

En síntesis, alega el apoderado del recurrente que el Tribunal Superior de San Gil, dio por demostrada una circunstancia de mayor peligrosidad en forma arbitraria, sin aludir a la prueba de la misma, "sin ningún respaldo probatorio en los autos", por lo cual aplicó indebidamente el ordinal 6º del artículo 37 del C. P., norma que resultó violada de modo indirecto por error de hecho, lo que determinó la imposición de una mayor sanción al inculpado Libardo Franco Céspedes, por lo cual debe casarse parcialmente la sentencia, de no prosperar el cargo principal de nulidad, a fin de que se aplique a aquel el mínimo de la pena señalada en el artículo 362 del referido Código, de conformidad con lo ordenado por el artículo 56 del Decreto 528 de 1964.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, con oportunidad del traslado que se le dio de las demandas, pide que se desechen

los cargos dirigidos contra el fallo recurrido con base en la causal 4ª de casación, aduciendo diversas razones que pueden resumirse en la siguiente forma:

En juicios en que interviene el jurado, como el presente, es improcedente replantear debate probatorio en casación, y el motivo de nulidad supralegal propuesto por el actor se apoya en situaciones de hecho que conducen al examen de pruebas, pues se sostiene que los acusados no fueron sometidos a careo con unos testigos y se despreció la diligencia de reconstrucción de los sucesos, que en opinión del demandante favorecía los intereses de los procesados.

No puede sostenerse que la actuación de los abogados que intervinieron en la audiencia pública, como vocero y defensor, fue deficiente, pues conocidas la realidad procesal y la intervención del representante del Ministerio Público propusieron al jurado varias fórmulas de veredicto, entre ellas la de reconocimiento de legítima defensa de los acusados, que fue la tesis principal, y la de declaración de responsabilidad atenuada por complicidad correlativa y riña imprevista, como petición subsidiaria, ninguna de las cuales fue aceptada por los jueces de conciencia, que emitieron un veredicto simplemente condenatorio.

No existió oposición de intereses de los incriminados, como lo afirma el demandante, ni es exacto que los abogados que representaron a los Franco en el juicio hubieran menospreciado las versiones de éstos en los planteamientos defensivos, y si presentaron al jurado peticiones subsidiarias con miras a obtener una declaración de responsabilidad atenuada de aquellos lo hicieron tomando en cuenta las demás pruebas del informativo.

El fallo de la Corte de 15 de junio de 1970, en causa seguida contra Fressay Polo y Hermes Delgado, citado por el actor, contempló una situación distinta a la del presente juicio, pues "en aquel, el profesional del Derecho que representó en el plenario a Polo y a Delgado francamente señaló al último como el autor del ilícito para favorecer al primero y por tanto Delgado no solamente careció de defensa sino que su apoderado abogó por su condena en beneficio de Polo para quien solicitó absolución plena".

En cuanto al motivo de casación esgrimido como cargo subsidiario en el libelo elaborado a nombre del inculpado Libardo Franco, expresa el Agente del Ministerio Público que el juzgador de segundo grado, al elevar la pena impuesta al acusado con base en el numeral 6º del artículo 37 del C. P., incurrió en manifiesto error de hecho, como lo sostiene el apoderado demandante, puesto que al acoger el concepto fiscal sobre ese particular no mencionó la prueba demostrativa de la circunstancia de mayor peligrosidad considerada en el fallo ni el motivo de la misma, infringiendo de esa manera, por aplicación indebida, aquella disposición legal.

Concluye su vista el Procurador Delegado solicitando de la Corte "casar parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de San Gil que condenó a Libardo Franco Céspedes y como consecuencia rebajarle un año de la pena principal impuesta y no casar el mismo fallo en cuanto se refiere a Timoleón Franco Céspedes.

Se considera

I. La premisa sobre la cual edifica el demandante la conclusión de que los intereses de los acusados Timoleón y Libardo Franco Céspedes eran opuestos, circunstancia que en su sentir impedía al mismo abogado servir al cargo de defensor de ambos, como aconteció en el proceso, carece de fundamento, pues las declaraciones que aquellos hicieron en sus indagatorias, lejos de ser contradictorias, son sustancialmente coincidentes, ya que Timoleón afirmó que solo Libardo había disparado sobre el occiso José Manuel Pizza y que lo hizo en situación de legítima defensa suya y de su padre, esto es, para repeler una agresión a mano armada de Pizza, y en igual sentido depuso Libardo, quien confesó haber sido el autor exclu-

sivo de la muerte del nombrado Pizza, cualificando en el sentido de que había obrado en defensa propia y de su progenitor, frente a una agresión actual e injusta del occiso (ver Fls. 22 y ss. y 35 y ss.).

II. Con apoyo en las versiones de los procesados el defensor de éstos sostuvo en la audiencia pública, ante el jurado, como tesis principal, "que Libardo Franco había disparado para salvarse y salvar a su padre, porque Pizza había disparado contra todos los Franco"; "que la participación de Timoleoncito había quedado descartada con la confesión de Libardo"; y que Timoleón Franco Aranda, el padre de los anteriores, debía también ser absuelto, por no haber tomado parte en los hechos. Subsidiariamente pidió el defensor a los jueces de conciencia que reconocieran a favor del imputado Libardo Franco la causal atenuante de la "riña imprevista", y "para Timoleón el hijo una legítima defensa de un tercero o un sí en riña imprevista en complicidad correlativa" (ver acta de la audiencia, Fl. 164).

III. Las solicitudes subsidiarias de la defensa en la forma que se deja expuesta se explican, no porque los intereses de los acusados fueran opuestos, como lo supone el apoderado de los recurrentes, sino por la existencia en el proceso de pruebas distintas a las confesiones de los incriminados, especialmente declaraciones de testigos presenciales de los hechos que presentan de éstos una versión diferente a la de aquellos, pues aseguran que fueron los sindicados Franco quienes provocaron a Pizza y lo acometieron conjuntamente a tiros de revólver.

IV. Los testigos Belisario Barrera Barragán (Fls. 6 y 7) y Saúl Franco Garcés (Fls. 8 vto. y 9), aseveran que los procesados Franco ofendieron de palabra al occiso José Manuel Pizza Mosquera y luego dispararon contra él hasta causarle la muerte. Sus declaraciones fueron ampliamente analizadas en el auto de proceder y controvertidas largamente en la audiencia. El jurado las apreció conforme a su íntimo convencimiento, y sobre su mérito probatorio no puede reabrirse debate en casación, como lo pretende el demandante, dada la índole del juicio.

V. El defensor de los inculpados criticó suficientemente en la vista pública la prueba de cargos, como puede verificarse en las actas (Fls. 157 y ss.), y tras el examen de los distintos elementos probatorios abogó en primer término, con base directa en las indagatorias de los imputados, por la absolución de estos y presentó luego fórmulas de veredictos declaratorios de responsabilidad atenuada de sus representados, para el caso de que el jurado no hallara completamente atendibles las confesiones de aquellos. Siendo ello así, como incuestionablemente lo es, no puede sostenerse, como lo ha hecho el apoderado de los sentenciados ante la Corte, que los procesados, o alguno de ellos, carecieron de defensa técnica o formal adecuada, ni que el defensor que los asistió en el juicio vulneró deberes éticos y legales de su profesión.

VI. Consecuencia obligada de las apreciaciones anteriores es la de que la pretendida nulidad constitucional invocada en las demandas de casación no existe, y que el cargo contra la sentencia impugnada, en el marco de la causal 4ª del artículo 56 del Decreto 528 de 1964 (hoy causal 4ª del artículo 580 del C. de P. P.), no ha sido demostrada y por tanto no prospera.

VII. En lo que respecta al segundo cargo aducido como subsidiario en la demanda correspondiente al procesado Libardo Franco, y que se hace consistir, como se recordará, en que la sentencia acusada es violatoria del artículo 37, numeral 6º del C. P., por aplicación indebida del mismo derivada de error de hecho, por no haber citado el Tribunal de instancia las pruebas demostrativas de la circunstancia a que la disposición se refiere y que motivó el aumento en un año de la pena principal impuesta por el fallador de primer grado, observa la Sala que no constituye por sí error de ninguna naturaleza el que el juzgador en los considerandos del fallo no señale en particular la prueba en que funda cada una de las apreciaciones que constituyen las premisas del pronunciamiento, pues las conclusiones son la consecuencia lógica de los resultandos o hechos que se hayan estimado probados, como se desprende del artículo 171 del C.

de P. P. (antes Art. 159), que sienta las reglas a que debe sujetarse la redacción de las sentencias.

VIII. El Tribunal Superior de San Gil, en el fallo que es materia del recurso que se estudia, relató los hechos que estimó probados en los autos; indicó las pruebas que acreditan la materialidad del delito de homicidio cometido en la persona de José Manuel Pizza Mosquera, objeto del proceso; señaló las pruebas con fundamento en las cuales se declaró la responsabilidad de los hermanos Libardo y Timoleón Franco Céspedes, entre ellas los testimonios de Belisario Barragán y Saúl Franco Garcés, de los cuales transcribe los apartes fundamentales; precisó los veredictos emitidos por el jurado y dio las razones por las cuales debían ser acogidos para dictar con base en ellos la sentencia, como lo ordena la ley; citó como disposición infringida por los acusados el artículo 362 del C. P.; apreció, al dosificar la pena imponible a los procesados dentro de los límites establecidos en dicha norma, atendible el concepto del colaborador fiscal, según el cual "Si en verdad favorece a los procesados **Franco Céspedes** la circunstancia de menor peligrosidad consistente en su buena conducta anterior. también es cierto que concurre con ella la de mayor 6ª del artículo 37 del C. P. que nos parece evidente: en estas condiciones, y de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 36 y 39 ibídem, debe a nuestro juicio incrementarse la pena principal de los sentenciados en un año por lo menos, para un total de nueve"; y, finalmente, terminó la sentencia haciendo declaraciones acordes con la motivación.

IX. **Ciertamente el Tribunal sentenciador no dijo de un modo expreso en qué prueba concreta apoyó la aludida circunstancia de mayor peligrosidad. Pero para la Corte es evidente que a esa conclusión llegó con vista en las declaraciones de los testigos Belisario Barrera y Saúl Franco, de cuyos dichos pudo razonablemente el juzgador formar ese convencimiento, sin que se haya demostrado que se equivocó de modo manifiesto porque apreció mal una prueba o por no haberla tenido en cuenta, pues los nombrados deponentes coinciden en afirmar que los inculpados Timoleón y Libardo Franco, en asocio de su padre, después de que el primero de ellos ofendió de palabra a José María Pizza Mosquera, atacaron a éste a mano armada y simultáneamente, en forma que dificultó la defensa del agredido e hicieron luego de causarle la muerte mediante numerosos disparos manifestaciones reveladoras de satisfacción por el delito cometido y de singular agresividad para con los circunstantes. Conviene transcribir lo que al respecto dijeron los deponentes:**

"...el muchacho Pizza pegó el brinco afuera de la cantina y llegó don Timoleón el viejo y le tiró un varazo y le rompió la cerveza que tenía Pizza en la mano y luego le descargó unos varazos sobre el cuerpo, mientras tanto Timoleón mozo pegó el brinco afuera y ya el hermano, **Libardo**, tenía encañonado a Pizza con un revólver y le disparó, Pizza salió corriendo para abajo por el ramal y yo ví que todos tres o sea **Timoleón Franco el viejo, Timoleón el mozo y Libardo** le hicieron disparos, el otro o sea José Manuel estando ya en el suelo disparó su revólver, pero cuando don **Timoleón el viejo** le tiró los varazos, Pizza apenas le puso mano al revólver y lo sacó solamente cuando iba cayendo al suelo porque salió corriendo hacia abajo pero los disparos que le hicieron los Franco lo tumbaron, que eso hubo alrededor de unos veinte disparos y ví a los dos muchachos Franco o sea a Libardo y Timoleón que calzaron después de los tiros cada uno su revólver y se le acercaron a José Manuel y dijeron: Gran hijueputa: ¿no tiene con esos? y en esas oí como unos tres disparos más que no me dí cuenta quién los hizo porque yo me quedé arriba, luego dijo Libardo; gran hijueputa, cuál otro gran hijueputa está adolorido, yo me retrocedí hasta el jeep que tenía **Saúl Franco** y que ahí estaba también Erasmo Santamaría y nos metimos con Erasmo adentro de la casa para evitar, la casa de Rosalina y hasta ahí es lo que presencié yo de esos hechos y nada más" (testimonio de Belisario Barrera, Fl. 7).

"... yo pegué la carrera para donde estaban haciendo los tiros, al llegar más arribita ví a los señores Franco disparándole a un

muchacho... ellos brincaban para un lado y otro y decían párese gran hijueputa para pegarle otros tiros, entonces yo me acerqué y les dije apacígüense ustedes, que ya lo que pasó pasó, ellos decían también gran hijueputa cuál otro está adolorido, esto lo decía era Timoleón el muchacho, después entonces ya se fueron ahí para un ladito cerca a la casa de Manuel Hernández, tal vez a esconder los revólveres" (testimonio de Saúl Franco Garcés, Fls. 8 y 9).

X. No es, pues, exacta la aseveración del actor, compartida por la Procuraduría Delegada, de que en la sentencia recurrida "se incurrió en manifiesto error de hecho", al tener por demostrada la circunstancia de mayor peligrosidad del ordinal 6º del artículo 37 del C. P. "sin ningún respaldo probatorio en los autos", como que la prueba inculpatoria, en particular los testimonios parcialmente transcritos, de los cuales se hizo expresa mención en los resultandos del fallo, dan fundamento a la consideración a que llegó el Tribunal sentenciador sobre la presencia en autos de aquel motivo de agravación de la responsabilidad.

XI. En consecuencia, tampoco el segundo cargo invocado contra la sentencia impugnada en la demanda presentada a nombre del procesado Libardo Franco Céspedes puede prosperar.

Resolución

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del Agente del Ministerio Público y de acuerdo en parte con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto por los procesados Timoleón y Libardo Franco Céspedes contra la sentencia de 9 de octubre de 1970 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, mediante la cual fueron condenados aquellos a la pena de nueve años de presidio y a las accesorias correspondientes, por el delito de homicidio en la persona de José Manuel Pizza Mosquera.

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

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada, Secretario.

DERECHO DE DEFENSA

El Art. 26 de la C. N. consagra el derecho de defensa en todo tiempo, pero en ninguna forma determina las normas reguladoras para cada juzgamiento. En estado de sitio el Gobierno está facultado por el artículo 121 de la C. N. para abreviar el trámite de los juicios, sin que ello implique menoscabo al derecho de defensa. En los Consejos de Guerra Verbales, los cuestionarios por no existir auto enjuiciatorio, constituyen la síntesis del resultado probatorio, lo cual no permite que la Corte valore los elementos de juicio, que sirvieron de fundamento al funcionario para formular los cargos contra el sindicado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veinticinco de agosto de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

(Aprobado: Acta Nº 31 de 18 de agosto de 1971).

Vistos

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por Vitelio García Reyes contra la sentencia de once (11) de octubre de mil novecientos sesenta y nueve, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, confirmando la de primer grado con algunas "adiciones y modificaciones", lo condenó, entre otros, a la pena principal de **doce años de presidio**, como responsable de los delitos de asociación para delinquir, robo, lesiones personales y secuestro; y a la de **cuatro años de relegación a una colonia agrícola penal**, por hallarse también incurso en la conducta antisocial de porte ilegal de armas y municiones. El referido fallo lo condenó además, en abstracto, a la indemnización de los perjuicios causados por las infracciones.

Antecedentes

a) Vitelio García Reyes, Fernando Reinoso o Tito Alba, Hernando García Montilla, Gerardo Rey Alba (a. Chicharro), Darío Cuéllar Reyes, Heriberto Moreno Baca, Gustavo García Hernández y Héctor María Londoño Carmona se trasladaron a la Intendencia del Caquetá, mediado el año de 1967, con el propósito permanente de cometer delitos. En desarrollo del plan delictivo, realizaron una serie de hechos cuyas circunstancias de tiempo, modo y lugar pueden compendiarse así:

En torno a las siete de la noche del 6 de junio de 1967, en el sitio denominado Betania, Corregimiento del Paujil, Intendencia Nacional del Caquetá, tres individuos, que posteriormente fueron identificados como Vitelio García Reyes, Fernando Reinoso o Tito Alba y Hernando García Montilla, detuvieron el paso de varios vehículos automotores apoderándose de dineros, joyas y ropas de varios pasajeros.

El 10 de julio del mismo año, aproximadamente a las siete de la noche, un grupo de sujetos asaltó la finca del hacendado Jorge Carvajal Cerón situada en la vereda de "La Niña", Corregimiento del Paujil, intentando secuestrar al mencionado propietario, a quien hirieron. Con posterioridad se esta-

bleció que los integrantes de la referida banda o grupo fueron Vitelio García Reyes, Hernando García Montilla, Heriberto Moreno Baca, Héctor Mario Londoño, Gerardo Rey Alba, Fernando Reinoso o Tito Alba, Darío Cuéllar y Gustavo García Hernández.

El día 18 del mes y año citados, cerca de las dos de la tarde, tres individuos identificados luego como Gerardo Rey Alba, Vitelio Reyes y Fernando Reinoso o Tito Alba, en el paso de la quebrada de "Montecristo", entre Puerto Rico y Florencia (Caquetá), intentaron detener la marcha de un bus de la empresa de transportes "Trans-Caquetá", distinguido con las placas TI-49-07 y manejado por Román Morales. Al no conseguirlo, dispararon sobre el vehículo, causando a la señora Lilia Córdoba de Peña lesiones que le produjeron una incapacidad de 20 días.

b) Adelantada la investigación, el Juzgado 2º de Instrucción Penal Militar, con sede en Neiva, dispuso pasar el sumario al Comando de la Novena Brigada del Ejército, por conducto de la Auditoría Principal de Guerra, Despacho que mediante concepto calendado el 18 de septiembre de 1967 estimó que Vitelio García Reyes y demás compañeros debían ser juzgados con intervención de Consejo de Guerra Verbal.

c) La Novena Brigada, por medio de Resolución Nº 028 de 1967 (septiembre 19), resolvió convocar un Consejo de Guerra Verbal para que, siguiendo el procedimiento previsto en el Capítulo 2º, Título 2º, Libro 4º del Código de Justicia Penal Militar, juzgara a Vitelio García Reyes y a los otros sindicados por los delitos de asociación para delinquir, secuestro, homicidio, robo, como también por la conducta antisocial de porte de armas, municiones o explosivos de uso privativo de las Fuerzas Armadas. (Fls. 65 a 66, Cd. Nº 3).

d) Concluyó el referido Consejo de Guerra con veredicto condenatorio respecto de todos los procesados, excepto en cuanto se refería a Gerardo Rey Alba, a quien el Tribunal de conciencia no encontró responsable del "Homicidio Frustrado" en Lilia Córdoba de Peña.

e) En providencia del 30 de septiembre de 1967 el Presidente del Consejo de Guerra resolvió "Declarar contrario a la evidencia procesal, "el veredicto absolutorio ya mencionado, dejando" en suspenso hasta que se defina lo relativo a la contraevidencia, los veredictos afirmativos que los jueces de conciencia pronunciaron contra los demás procesados, por los hechos ocurridos en las veredas de Betania, La Niña y Quebrada de Montecristo en los días 6 de junio, 10 y 18 de julio del presente año". (Fls. 80 a 91, Cd. 3º).

f) Consultada esa medida con el Tribunal Superior Militar, éste, en proveído del 30 de agosto de 1968, decidió decretar la nulidad de lo actuado en el proceso, a partir de la Resolución que convocara al Consejo de Guerra Verbal, y dispuso que el asunto regresara al juez de primera instancia, para que integrase un nuevo Consejo castrense que juzgara a los procesados, "teniendo en cuenta las observaciones expuestas en la parte motiva del presente auto". (Fls. 109 a 119, Cd. 3º).

Fundaba el Tribunal el decreto de nulidad en el criterio de que en los cuestionarios no debió preguntarse por "homicidio frustrado", sino por "lesiones personales" en Lilia Córdoba de Peña, delito cuyo único autor, según lo establecido en el proceso, era Vitelio García Reyes, razón por la cual el cuestionario relativo a tal delito solo debía formularse respecto de dicho procesado. Y agregaba, como motivo igualmente valedero para apoyar la nulidad, la consideración de que no habiéndose acreditado en el informativo quién fuera el autor de las heridas sufridas por el señor Jorge Carvajal Cerón, debía preguntarse por lesiones personales "para todos los atacantes que dispararon armas de fuego, pues en este caso las lesiones se produjeron dentro de la modalidad descrita y sancionada en el Art. 385 del C. P., vale decir, complicidad correlativa".

g) Mediante Resolución Nº 101 de 15 de noviembre de 1968 el Comando de la Novena Brigada convocó nuevo Consejo de Guerra Verbal para que juzgase a Vitelio García Reyes y a los otros procesados de anterior

mención, por los delitos de asociación para delinquir, secuestro, robo y lesiones personales, e igualmente por la conducta antisocial de porte ilegal de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas. (Fls. 121 y 122, Cd. Nº 3).

h) Con tal oportunidad se le formularon a los vocales los cuestionarios que conforman el cuaderno número 4 del expediente. La audiencia de juzgamiento culminó con veredicto afirmativo de responsabilidad para todos los procesados. Y en desarrollo de éstos, produjéronse las sentencias condenatorias de primero y segundo grados citadas en la parte inicial y motiva del presente fallo, aclarándose que de la segunda instancia del proceso correspondió conocer a la justicia ordinaria porque para la época de su trámite el país había retornado a la normalidad institucional.

La demanda de casación

Tras resumir los hechos debatidos en el juicio y ofrecer una serie de apuntamientos sobre la actuación procesal, el apoderado de Vitelio García Reyes acusa el fallo recurrido invocando la 4ª de las causales previstas por el artículo 56 del Decreto 528 de 1964, equivalente a la que en idéntico ordinal consagra el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal en vigor: Haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad. Y a su amparo formula dos cargos, a saber:

"**Cargo primero.** La sentencia de segundo grado proferida por el H. Tribunal Superior de Neiva, contra Vitelio García Reyes, es violatoria del Art. 26 de la Constitución Nacional, por cuanto el mencionado Vitelio García, fue juzgado y condenado por el juez de la competencia, y luego por el Tribunal Superior de Neiva, sin que hubiese gozado de la defensa a que la Constitución y las leyes le deban derecho.

"**Cargo segundo.** La sentencia de segundo grado proferida por el H. Tribunal Superior de Neiva, contra Vitelio García, es igualmente violatoria del Art. 26 de la Constitución Nacional porque el proceso que nos ocupa, conforme a lo ordenado por el inciso 6º del Art. 441 del C. de J. P. M., por no haberse elaborado los cuestionarios propuestos a los vocales en el Consejo Verbal de Guerra, en la forma establecida por este Código".

La primera de las tachas formuladas se sustenta con algunas consideraciones en torno al significado y alcance de las garantías establecidas en el artículo 26 de la Carta, tema estudiado con amplitud en diversos fallos de esta Sala. Sin embargo en los siguientes párrafos se condensa todo el contenido de la acusación sobre el particular:

"En el caso que nos ocupa Vitelio García Reyes, no ha contado ni durante la instrucción del proceso, ni durante el desarrollo del Consejo de Guerra que se le siguió, ni durante la tramitación de la apelación ante el H. Tribunal Superior de Neiva, con la asesoría de un abogado titulado; puesto que desde el momento mismo en que fue detenido y entregado a órdenes de los funcionarios de la justicia penal militar, su defensa se dejó en manos de militares al servicio activo, como puede observarse en las indagatorias rendidas en Florencia ante el señor Juez 30 de Instrucción Militar (Fls. 57 a 63 vto. Cdo. 1) en las cuales sirvió de apoderado el Cabo Primero José Antonio González Gómez".

"..... .....

"Comentario especial merece la intervención del señor Capitán Alberto Posada Ruiz en el Consejo de Guerra, donde al igual que los otros defensores militares, ninguno de los cuales conocía el proceso que se estudiaba, por cuanto habían sido designados en esa misma diligencia como defensores, renunció el traslado de tres horas previsto por la ley penal militar, lo redujo a media hora y luego en una intervención que pudo ser resumida en 21 renglones del Acta del Consejo de Guerra solicitó simplemente que al condenarse a Vitelio García, se le aplicara la pena mínima".

En el desarrollo demostrativo del segundo cargo expresa el actor que para llenar los requisitos exigidos por el artículo 559 del C. de J. P. M., de especificar los elementos constitutivos de la infracción, el cuestionario atañedero a Vitelio García, respecto de las lesiones causadas a Jorge Carvajal Cerón, debía contener los elementos factivos de la infracción y las circunstancias en que se cometió —en el caso, las que configuraran la complicidad correlativa— lo que no se cumplió, incurriéndose, por tanto, en la causal de nulidad prevista en el ordinal 6º del artículo 441 ibídem. Argumento que desenvuelve así:

"El cuestionario aludido, que es el número 3º de los formulados para mi mandante Vitelio García Reyes, dice:

"... El acusado presente, Vitelio García Reyes, es responsable, SI o NO, de haber tomado parte junto con otros, en las lesiones causadas sin intención de matar, pero, con intención de herir al señor Jorge Carvajal Cerón, las cuales le produjeron daños en el cuerpo y en la salud, heridas producidas con armas de fuego, las que le ocasionaron una incapacidad definitiva de doce días sin consecuencia, localizadas en el cuerpo del ofendido 'sobre el lado izquierdo y por delante del pubis y otra en la parte antero-interna del muslo izquierdo a tres centímetros por debajo de la ingle', hechos ocurridos en la Vereda de La Niña, jurisdicción del Municipio de Paujil (Caquetá) el 10 de julio de 1967? ..."

"Es decir que el cuestionario no solo es oscuro al determinar las lesiones sufridas por Carvajal Cerón, sino que al interrogar sobre la responsabilidad de Vitelio García, lo coloca como coautor de tales lesiones, haciendo de lado el elemento esencial de la Complicidad Correlativa, de 'la imposibilidad de determinar el autor'.

"Para que el cuestionario hubiere estado perfectamente elaborado ha debido decir en la parte pertinente:

"El acusado presente Vitelio García Reyes, es responsable, SI o NO, de haber tomado parte junto con otras personas, y sin que haya sido posible determinar el autor, de las heridas causadas, sin intención de matar al señor Jorge Carvajal Cerón... etc. ..."

"Al no ocurrir así, se incumplió lo ordenado por el artículo 559 del Código de Justicia Penal Militar, de hacer constar en el cuestionario los elementos constitutivos de la infracción, y las circunstancias en que se cometio, incurriendo entonces en la nulidad prevista y definida por el ordinal 6º del artículo 441 de la misma obra.

"Estando establecido entonces, que el proceso dentro del cual se dictó la sentencia recurrida, está viciado de nulidad, prospera igualmente la causal alegada, debiendo INVALIDARSE la sentencia y ordenando reponer la actuación.

"Pero no solamente las normas arriba citadas fundamentan la NULIDAD presentada y alegada, sino que también el artículo 26 de la Constitución Nacional ha sido violado, por cuanto no se observaron "la plenitud de las formas propias de cada juicio" ya que en los juicios en que interviene jurado (y el Consejo Verbal de Guerra, es uno de ellos), el cuestionario es FORMA ESENCIAL, porque sobre él va a pronunciarse un veredicto, y el veredicto es la base de la sentencia".

Concluye el libelo solicitando a la Corte que invalide el fallo acusado y ordene al juez competente rehacer el procedimiento, permitiendo así que "Vitelio García Reyes y sus demás compañeros tengan un juzgamiento legal donde se les garanticen sus derechos".

Concepto del Ministerio Público

No comparte el Procurador Primero Delegado la acusación en cuanto se refiere al primero de los cargos sustentados. Pero se muestra acorde con el criterio del actor respecto del segundo. En la parte final de su extenso alegato, que compendia su opinión sobre ese punto concreto de la censura, dice:

"Razón asiste al señor demandante en las críticas que formula al cuestionario por el cual se indagó sobre la responsabilidad de

García Reyes en las lesiones personales causadas al señor Jorge Carvajal, pues la forma como se elaboró el dicho cuestionario, según el señor demandante, y ello es cierto 'no solo ès oscuro al determinar las lesiones sufridas por Carvajal Cerón, sino que al interrogar sobre la responsabilidad de Vitelio García, lo coloca como su autor de tales lesiones, haciendo de lado el elemento esencial de la complicidad correlativa, de 'la imposibilidad de determinar al autor".

"El H. Tribunal Superior Militar al absolver la consulta que se le hizo sobre la contraevidencia con que fue castigado uno de los veredictos dados en el primer consejo de Guerra Verbal celebrado, declaró la nulidad de otros cuestionarios por cuanto ellos no eran trasunto jurídico de la realidad procesal, ordenando nueva convocatoria de otro consejo de Guerra Verbal a fin de que se juzgara al recurrente y a sus compañeros de incriminación nuevamente, previa elaboración de diferentes cuestionarios, los que se redactarían en concordancia con la calificación jurídica que se daba a algunos de los hechos incriminatorios. Al respecto, el H. Tribunal Superior Militar afirmó que en el caso de las lesiones personales inferidas al señor Carvajal Cerón cuando se le intentó secuestrar, se tenía que tener en cuenta la situación establecida en el Art. 385 del C. P. y no otra diferente pues que no estaban individualizadas e identificadas la autoría y responsabilidad de los sujetos que participaron en su realización. Esto significa que no podía elaborarse el cuestionario sobre el cual el Consejo de Guerra Verbal haría la declaración de responsabilidad o inocencia del recurrente, colocándolo en calidad de coautor de los hechos, ya que no es otra la que pregona el cuestionario así elaborado. Y se debe observar que, no solo se hizo tal cuestionario en forma diferente a la que el H. Tribunal Superior Militar ordenó, sino que además es confusa por cuanto no específica de qué naturaleza y en qué grado es la coautoría del incriminado. Esto, desde luego, es factor que obstaculiza una verdadera y jurídica defensa del incriminado pues a los juzgadores de hecho se les interroga por una responsabilidad diferente a la que se desprende, no solo de la situación fáctica, sino también del cuerpo probatorio. Siendo cierto tan anómala situación, la plenitud de las formas propias del juicio no fue de observancia total, dado caso que los cargos que el Estado formulaba no se presentaron o confeccionaron con toda la claridad indispensable, amén de habérsele juzgado por actuación diferente a la realizada por él, con lo cual se quebrantan derechos y garantías suyas de pleno respaldo en el complejo institucional del artículo 26 del Estatuto Político, originándose innegable nulidad supralegal que vicia al fallo recurrido, por lo cual se debe decretar sin valor lo actuado a partir de la convocatoria del segundo Consejo de Guerra Verbal".

La Corte considera

1. Cuando el artículo 26 de la Constitución prescribe que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio", consagra y reconoce en todo tiempo el derecho individual de defensa, pero en manera alguna traza o señala las normas reguladoras de cada juzgamiento, que generalmente se dejan al resorte de la ley, salvo los casos de extrema excepción en que, dada la importancia de tales juicios, la misma Carta se ocupa de fijar las reglas que deben presidirlos, como ocurre con el artículo 97 ibidem respecto de los que se sigan ante el Senado de la República.

2. Durante el estado de sitio la celeridad procesal en el juzgamiento de determinados delitos constituye sin duda un factor coadyuvante al restablecimiento del orden público. Por tanto, dentro del régimen de legalidad marcial el Gobierno está facultado por el artículo 121 de la Constitución para abreviar el trámite de los juicios, suspendiendo, en consecuencia, las disposiciones en virtud de las cuales se produzca contrario efecto. Ello restringe, como es obvio, la amplitud de los recursos procedimentales ordinarios, pero no conculca los soportes fundamentales del derecho de defensa.

3. Por medio del Decreto Legislativo 1288 de 21 de mayo de 1965, el Presidente de la

República declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional. En desarrollo de aquel y con la misma fecha, el Gobierno dictó el Decreto 1290, cuyo artículo 1º dispuso que a partir de la vigencia de dicho estatuto y mientras subsistiera tal estado, la Justicia Penal Militar, además de los delitos establecidos en el código de la materia, conocería de determinadas infracciones allí señaladas, entre las cuales se hallaban la asociación para delinquir el secuestro y la extorsión; de "cualquier otro delito cometido en conexidad con los anteriores, y de las conductas antisociales a que se refieren los artículos 29, 30, 31 y 33 del Decreto-ley número 1699 de 1964". Y el artículo 3º prescribía que durante el tiempo de anormalidad institucional, "todos los delitos y las conductas antisociales de competencia de la Justicia Penal Militar, se investigarán y fallarán por el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales".

4. Con apoyo en los preceptos constitucionales y legales que acaban de recordarse, el Comando de la Novena Brigada convocó, en su calidad de juzgado de primera instancia, mediante resoluciones motivadas, los Consejos de Guerra Verbales que debían juzgar a Vitelio García Reyes y demás compañeros en este proceso, procedimiento cuyas incidencias quedaron clara y precisamente consignadas en el lugar adecuado del presente fallo.

Consta en el Acta que recoge el desarrollo de la audiencia de juzgamiento, que despues de instalarse el Consejo de Guerra y de leerse la resolución de convocatoria, el Presidente de aquel informó a los procesados presentes acerca del derecho que les asistía de nombrar defensor, advirtiéndoles que si no tenían a quién designar, la Presidencia les nombraría uno de oficio, "y para tales fines, se les dio a conocer la lista de oficiales disponibles en la guarnición, haciéndoles además saber, que podían hacerlo en cabeza de abogados civiles titulados e inscritos (Ley 16 de 1968)"; consta asímismo que Vitelio García Reyes nombró como apoderado al señor Capitán Alberto Posada Ruiz, y que cada uno de los demás procesados designó su propio defensor. Se dio lectura al proceso, según lo ordena el artículo 574 del C. de J. P. M. Como las partes manifestaran que no tenían pruebas que pedir, el Presidente "declaró cerrado el período probatorio". A las 22:00 horas del 19 de noviembre de 1968 se decretó un receso con el objeto de elaborar los cuestionarios que serían sometidos a la consideración de los Vocales del Consejo, citándose a todos los que en éste intervenían, para las siete y media de la mañana del día siguiente para continuar la sesión, fecha y hora en que efectivamente hubo de reanudarse. Leídos que fueron los cuestionarios, sobrevinieron los traslados del expediente al Fiscal y a los defensores, en su orden. Cumplidos los traslados, realizaron sus intervenciones orales el representante del Ministerio Público y los personeros de cada uno de los procesados. El Acta contiene un resumen de tales intervenciones. Allí consta, por tanto, una síntesis de las razones que el defensor de Vitelio García estimó pertinente aducir en favor de su defendido, sin que esté autorizada la Corte, cuando actúa como tribunal de casación, para evaluar el criterio que adoptara, en desarrollo de tal función, un determinado defensor, la exactitud de sus planteamientos o la corrección jurídica de la tesis por él sostenidas.

5. Importa recordar aquí lo que sobre algunos aspectos del derecho de defensa expresaba esta Sala en sentencia del 9 de marzo de 1970:

"Lo deseable sería que, tratándose de persecución por infracciones, los defensores fueran especializados, ya que así se llegaría a la extrema previsión exigible por la libertad, la seguridad y la dignidad de la persona. Sin embargo, este desideratum es difícil, al menos por ahora, por causas que se comprenden llanamente. También sería deseable que la defensa técnica pasara a ser ininterrumpida, y que todo acto procesal, aun los de investigación previa, estuvieran bajo el control del especialista en ciencias jurídicas. Pero realidades superiores lo impiden, y es así como no es posible exigir gestión de abogado para toda suerte de comunicaciones entre el presunto responsable y el juez. De allí el que se le llame solo en ciertos momentos culminantes del proceso,

como la indagatoria, la formulación del auto de proceder y el que antecede a la decisión definitiva. Este último momento puede ser el de la audiencia y el del alegato de conclusión. La asistencia a la vista de la causa que ventila el juez de derecho no es obligatoria para el apoderado (artículo 466 del C. de P. P.) como sí lo es tratándose del debate oral ante jurados, en que hay una auténtica controversia para que éstos resuelvan, y la falta de defensor reduce nocivamente la garantía constitucional para el juzgamiento".

En suma, no puede argüirse razonablemente que Vitelio García y sus compañeros de delincuencia hubiesen estado destituídos de defensa a través del juzgamiento que se les adelantara en este proceso, el cual se cumplió conforme a ley preexistente a los actos imputados, ante tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias del juicio, vale decir, de las que el Código de Justicia Penal Militar prescribe en el Capítulo II, Título VI de su Libro Cuarto, que señala (artículos 566 a 589) el "Procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales".

No prospera, en consecuencia, el cargo estudiado.

6. **En cuanto a la segunda de las tachas propuestas, habrá de recordarse que no contemplando el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales la existencia del auto de proceder, los cuestionarios, medie o no investigación previa, constituyen una síntesis del resultado probatorio del proceso. En consecuencia, adentrarse la Corte en la confrontación de tales cuestionarios con la realidad procesal implicaría necesariamente un examen de los elementos de juicio que le sirvieron de fundamento al Presidente del Consejo de Guerra, con la asistencia del Asesor Jurídico, para compendiar en aquellas el pliego de cargos contra los procesados, y un replanteamiento valorativo de la prueba referente a los elementos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad, le está vedado en juicios que, como el presente, se han ventilado con la intervención de Vocales, cuyas funciones son equiparables a las que desempeñan los jueces de conciencia, por mandato de la ley, en las causas ordinarias.**

Tampoco se justifica, por lo visto, el segundo motivo de impugnación. Consecuentemente, habrá de aplicarse el artículo 582 del C. de P. P., desestimando el recurso y ordenando devolver el expediente al Tribunal de su origen.

Decisión

En virtud de las razones que preceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DESECHA el recurso extraordinario de casación a que expresamente se refiere la parte motiva del presente fallo.

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

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CONCURSO DE TIPOS PENALES

CONCURSO EFECTIVO DE TIPOS. — Material y formal, requisitos estructurales de estas figuras jurídicas. La unidad o pluralidad de intenciones constituye el elemento diferencial de los concursos efectivos. — Concursos aparentes de leyes, normas o tipos penales, diferencias básicas con el concurso efectivo. — Concurso material heterogéneo y sucesivo del delito de instigación o proposición y cualesquier otro delito. — Cuando se ha instigado o se ha hecho la proposición para un delito y éste se realiza o ha tenido principio de ejecución, la instigación que había sido delito autónomo se convierte en acto preparatorio de la infracción que se ha consumado, dando origen a un concurso aparente de tipos. — INSTIGACION PUBLICA E INSTIGACION PRIVADA. — No es de recibo en casación el ataque a la sentencia, por haber aplicado dentro del mismo género delictivo, la especie más favorable a los intereses del procesado. — ACTA DE AUDIENCIA. — La ausencia de la firma de una de las partes no genera nulidad de ninguna naturaleza. — COAUTOR. — Si en el auto enjuiciatorio se habla de coautor y en la sentencia de autor, la condenación no se altera en sustancia, pues la pena aplicable en ambos casos es la misma.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, 2 de septiembre de 1971.

(Magistrado Ponente: Doctor José María Velasco Guerrero).

(Aprobado: Acta número 32 de 1971).

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado Gildardo Acosta Serna contra la providencia del Tribunal Superior de Buga que lo condenó a la pena principal de 18 años de presidio y a las accesorias de rigor, como responsable del delito de homicidio.

Hechos

Los que dieron lugar a las presentes diligencias los narra el Juez 3º Superior de Roldanillo en la siguiente forma:

"Nos dicen los autos que el día domingo quince de enero de mil novecientos sesenta y nueve (sic) llegaron a la población de El Dovio Gildardo Acosta Serna y su trabajador Eduardo Antonio Mejía Obando, procedentes de la región de 'Tolda Fría', lugar en donde el primero de los nombrados tenía un inmueble de su propiedad y con el fin de hacer algunas compras para su congrua subsistencia. Una vez hechas esas compras Serna y Mejía Obando se dedicaron a ingerir bebidas embriagantes, recorriendo varios establecimientos de cantina para finalmente sentar sus reales en el establecimiento denominado 'Café Aguila' en donde permanecieron hasta las primeras horas de la noche y continuando en sus libaciones alcohólicas, y dedicarse al parecer, a proferir amenazas contra personas pertenecientes a un determinado grupo político, principalmente contra el señor Ricardo Muñoz Escobar y posteriormente resultar

muerto un hermano de este de nombre Efraín Muñoz Escobar, como luego se verá, hecho que dio base a la presente investigación.

"Los señores médicos legistas de Roldanillo, en diligencia de necropsia practictda el día diez y siete de enero de mil novecientos sesenta y siete, en el cadáver del que en vida llevó el nombre de Efraín Muñoz Escobar determinaron lo siguiente: "Heridas con arma corto-punzante, así: a) un rayón de 2 centímetros de longitud, en sentido sagital, en región submentoniana derecha. b) Herida punzante de 0,5 ctms. de diámetro en región periumbilical derecha interesando piel y tejido celular subcutáneo. c) Rayón de 0,4 ctms. de longitud en región periumbilical izquierda. d) Herida cortante de 3.5 centímetros de longitud en forma de media luna con su concavidad dirigida hacia abajo, en borde externo, tercio inferior del antebrazo izquierdo. e) Herida corto-punzante transfixionando el borde externo del brazo izquierdo en su tercio inferior, con orificio de entrada por cara anterior de 7.5 centímetros y salida por cara posterio lateral de 6.5 centímetros de longitud, respectivamente, interesando piel, tejido celular subcutáneo y músculos de la región. f) Dos heridas corto-punzantes, superpuestas, en región supra esternal a 4 y 3 centímetros por encima de la horquilla esternal, oblicuas, de fuera a dentro y de arriba a abajo, con las siguientes características: 1º Penetrante de 3 centímetros de longitud, abriendo la tráquea en una extensión de 3 centímetros. 2º Penetrante, de 4.5 centímetros de extensión, seccionando en pico de faluta la carótida primitiva y en transfixión al lóbulo superior del pulmón izquierdo. g) Herida contusa de 4 centímetros de longitud, en región central y superior del occipital, interesando el cuero cabelludo. Causa de la muerte: Anemia aguda por hemorragia...'.

"La partida de defunción de Efraín Antonio Muñoz Escobar fue expedida por el señor Notario de la población de El Dovio, el día siete de febrero de mil novecientos sesenta y siete.

La responsabilidad de los procesados se comprobó plenamente por medio de las pruebas que fueron aportadas al proceso, principalmente con las declaraciones de aquellas personas que en una u otra forma se dieron cuenta de la ocurrencia de los hechos, estableciéndose por lo demás con esas declaraciones hechos idóneos y suficientes que nos llevan necesariamente a concluir a la luz de la lógica la total responsabilidad de los procesados Gildardo Acosta Serna y Eduardo Antonio Mejía Obando". (Fs. 385 a 386 C. Nº 1º).

Actuación procesal

Las primeras diligencias instructivas las llevó a cabo el alcalde de El Dovio. En enero 16 de 1967 el Juzgado Penal Municipal de El Dovio avocó el conocimiento de la investigación. Se recepcionaron numerosas declaraciones, entre otras, la de Alba Inés López Zapata, Héctor Urdinola Quintero, José Grisales Ruiz, Mario Restrepo Arias, Ramiro Jaramillo, Andrés Arturo Rojas, etc. El 7 de febrero de 1967 la fiscalía 28 instructora de la Procuraduría General de la Nación avocó el conocimiente de estas diligencias. Ordenó la práctica de varias actuaciones tendientes al esclarecimiento de los hechos. Perfeccionada en lo posible la investigación, la fiscalía 28 instructora devolvió el negocio al Juzgado Penal Municipal de El Dovio. Por competencia, lo remitió al Juzgado 3º Superior de Roldanillo, quien avocó su conocimiento y comisionó, nuevamente, al Juzgado Penal Municipal de El Dovio con el fin de que practicara otras pruebas, tales como declaraciones, inspección ocular, reconstrucción de los hechos, etc. El 4 de abril de 1967 el sindicado Gildardo Acosta Serna se presentó voluntariamente al Juzgado 3º Superior de Roldanillo. En la misma fecha se le recibió declaración indagatoria.

El procesado Eduardo Antonio Mejía Obando el 16 de enero de 1967 rindió declaración indagatoria ante el Juez Penal Municipal de El Dovio (Fls. 18 a 20 vto. C. Nº 1º), en la cual expuso: "Señor Juez a mí nadie me ha hecho ofertas de dinero ni de ninguna clase, yo maté a ese señor porque como dije antes, me dio miedo y pensé que

me podía matar él a mí". Más adelante agrega: "El único autor del delito que se investiga soy yo, lo hice porque como ya lo he dicho en varias ocasiones me dio miedo..." (Fs. 20 ib.). En enero 23 del mismo año, a petición del procesado Eduardo Antonio Mejía Obando, se le recibió ampliación de la indagatoria, expuso: "El domingo quince de los corrientes, como lo dije en un principio, me vine desde la finca donde Gildardo Acosta, en compañía de éste, cuando llegamos al pueblo y al encontrarnos tomando trago, en el café de don José Grisales, me dijo que ese día había que matar a Ricardo Muñoz, y que me pagaba la suma de cuatro mil pesos, para que yo lo matara, que aquí había muchos de esos Muñoces, para matar, que el señor Ricardo, estaba pagando para que lo mataran a él, me dio una pistola, para que fuera a buscar a Ricardo y lo matara, yo salí dos veces en busca del señor Ricardo armado de la pistola, para matarlo, en la primera vez que salí a buscarlo y lo vi en la farmacia pero no quise dispararle, ya que ese señor no me había hecho nada a mí, pues a pesar de haberme ofrecido la plata Gildardo, yo no quise hacer eso con dicho señor, cuando regresé al café, me preguntó Gildardo, que si no lo había encontrado yo le dije que no lo había visto, por ninguna parte, la última vez cuando regresé que le dije que no lo había encontrado, se enojó y me dijo que yo no servía para nada y me quitó la pistola y la dio a guardar en el café y llegó la policía y la decomisó, después dijo Gildardo 'Hijueputas ahora sí me la van a pagar', como temprano él (Acosta), me había mandado a comprar un cuchillo, el que compré donde don Pablo Sierra, por la suma de quince pesos, yo se lo había entregado a él, pero no me di cuenta donde lo había guardado, entonces, él sacó dicho cuchillo, donde él lo tenía guardado y salimos del café, a eso de las diez o diez y media de la noche; cuando íbamos saliendo de dicho establecimiento, Gildardo se encontró con el finado, lo cogió de la ruana y le pegó en la cara, le dijo 'Hijueputa, vos dizque andas pagando para que me maten...?' cuando esto se lo decía, él (Acosta), ya me había pasado el cuchillo y me dijo 'mata a ese hijueputa', cuando le pegó y lo cogió de la ruana, me lo tiró encima, como para que yo lo matara y fue cuando yo le tiré las puñaladas, lo que hice yo por el estado de embriaguez en que me encontraba y tal vez sugestionado por Gildardo, ya que éste era mi patrón,..." (Fs. 67 vto. ib.).

El 10 de abril de 1967 Eduardo Antonio Mejía Obando fue llamado por el Juzgado 3º Superior de Roldanillo a fin de que ampliara la indagatoria, y manifestó: "...del hecho o hechos me encontraba yo con Gildardo Acosta en el café 'Aguila' del Dovio, allí me encontraba desde muy tempranas horas tomándome con él unas copas de licor, a eso de las nueve o diez de la noche, y estando allí con Gildardo, cada ratico llegaba la policía a practicar requisa, y allí ya cuando estábamos allí le dije a Gildardo que nos fuéramos a buscar la dormida, y entonces él a mí me dijo que le habían quitado la pistola, pero que no se la habían quitado personalmente a él, sino que la habían quitado de donde él la tenía guardada, es decir de donde la había dado a guardar, ya que él se la había dado a guardar al dueño del café, entonces fue ahí cuando yo le dije que nos fuéramos, y entonces cuando fuimos a salir yo había dado a guardar en el café un cuchillo que había comprado desde tempranas horas que lo había comprado con plata mía, ya que cuando salimos del café, cuando nos saltamos del andén a la calle voltié a ver yo para atrás y entonces miré a un señor que se hallaba recostado a un automóvil, dicho señor me hacía señas a mí con la mano para que acudiera donde él, entonces me preguntó o me dijo estas palabras: 'Que si a Gildardo le habían quitado la pistola', entonces yo le respondí, que no me había dado cuenta de eso, pues dicho señor yo no lo conocía, y entonces cuando ya volvía a irme otra vez, en esas llegó Gildardo, que había quedado parado más adelante donde yo estaba, y entonces llegó —Gildardo— y le dijo a dicho señor que él era el que le había hecho quitar la pistola, entonces él, o sea Gildardo le había dado mucha rabia por el hecho de haberle quitado la pistola, entonces le pegó a dicho señor en la cara, y entonces en ese momento cuando Gildardo le pegó a ese señor en la cara yo veí (sic) a dicho señor que

en ese momento estaba enruanado, que mandó la mano debajo la ruana como amagando sacar un arma, yo en ese momento que dicho señor mandó la mano debajo la ruana, pensé que en ese momento que dicho señor le iba a tirar a Gildardo o que podía sacar un arma o un revólver o cualquier otra arma y poder matarnos a los dos, y que como yo cuando salimos del café Gildardo había pedido en dicho establecimiento el cuchillo que yo había comprado horas más tarde, y entonces yo le reclamé el cuchillo a Gildardo cuando íbamos saliendo del café y Gildardo me lo entregó, total que cuando dicho señor me llamó y que Gildardo le había pegado la palmada en la cara, yo iba armado, y entonces como yo sabía, porque Gildardo me había dicho antes, que a él le habían quitado la pistola, entonces cuando dicho señor hizo el amago de sacar arma yo le tiré con el cuchillo, pues me imaginé que dicho señor podía tener un revólver o cualquier arma y podrá matar a Gildardo, y como él estaba desarmado entonces yo le tiré a dicho señor". (Fs. 138 vto. a 139 ib.).

El Juez Penal Municipal de El Dovio allegó al informativo numerosas declaraciones, careos, etc.

El 3 de julio de 1967 el Juez 3º Superior de Roldanillo declaró cerrada la investigación y ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos. En septiembre 18 del mismo año abrió causa criminal, de oficio, por los trámites especiales ordenados por el Decreto 1358 de 1964, en que interviene el jurado popular, contra Eduardo Antonio Mejía Obando y Gildardo Acosta Serna, por el delito de que trata el Libro 2º, Título 15, Capítulo 1º del Código Penal. De dicha decisión apelaron los defensores de los procesados. El fiscal 2º del Tribunal Superior de Cartago conceptuó que el auto de proceder debía sostenerse en su integridad. El ad-quem confirmó la providencia recurrida (Fs. 260 vto. ib.). La reformó en cuanto a Gildardo Acosta Serna quien respondería también en juicio público con jurado, por el delito de "instigación para delinquir" de que trata el Título V del Libro 2º del Código Penal, en las condiciones de modo, tiempo y lugar a que se refiere el auto del Juzgado 3º Superior de Roldanillo.

De dicha resolución salvó su voto el magistrado Néstor Díaz Muñoz.

Se fijó el 28 del mes de octubre de 1967 para la celebración de la audiencia pública. Como no fue posible notificar a uno de los jurados el auto que señaló fecha para la audiencia, esta se llevó a término el día 18 de marzo, previo nuevo señalamiento. El Juzgado 3º Superior elaboró tres cuestionarios. Se transcriben a continuación:

Cuestionario Nº 1º: "El Juzgado Tercero Superior de Roldanillo, somete a la consideración de los señores Jurados de Conciencia, en la causa por el delito de homicidio adelantada contra Eduardo Antonio Mejía Obando y Gildardo Acosta Serna, en la cual es occiso Efraín Muñoz Escobar, el siguiente cuestionario:

" 'El acusado Eduardo Antonio Mejía Obando, hijo de Eduardo Antonio y María Eudenia, natural de Quimbaya (Quindío), vecino del municipio de Dovio (V.), de 28 años de edad por la época de su indagatoria, soltero, portador de la cédula de ciudadanía Nº 14735018, expedida en Higueroncito, jurisdicción del municipio de Roldanillo y de profesión agricultor, es penalmente responsable conforme al auto de proceder, de haber causado la muerte con arma cortopunzante (cuchillo) a Efraín Muñoz Escobar, con el propósito de matar y aprovechando la indefensión e inferioridad de la víctima, según hechos ocurridos a la diez de la noche, más o menos, del 15 de enero de 1967, frente al café 'Aguila', en el perímetro urbano de la expresada población de Dovio?'

"El Jurado contestó:

"Sí es responsable".

Cuestionario Nº 2: ".....
.....

" 'El acusado Gildardo Acosta Serna, hijo de Francisco y Elena, natural y vecino

de Dovio (V.), de 32 años de edad para la época de su indagatoria, casado, agricultor de profesión, portador de la cédula de ciudadanía Nº 2642853 expedida en este Municipio, es penalmente responsable, conforme al auto de proceder, de haber tomado parte prestando su auxilio o cooperación en los hechos que ocasionaron la muerte de Efraín Muñoz Escobar, con intención de matar y aprovechando la indefensión e inferioridad de la víctima, en hechos ocurridos a las diez de la noche más o menos, del 15 de enero de 1967, frente al café 'Aguila' en el perímetro urbano de la expresada población de Dovio?'

"El Jurado contestó:

"Sí es responsable".

Cuestionario Nº 3: "..... .....

" 'El acusado Gildardo Acosta Serna, hijo de Francisco y Elena, natural y vecino de Dovio (V.), de 32 años de edad para la época de su indagatoria, casado, agricultor de profesión, portador de la cédula de ciudadanía Nº 2642853, expedida en este municipio, es penalmente responsable conforme al auto de proceder, de haber incitado públicamente a Eduardo Antonio Mejía Obando a cometer los hechos de los cuales resultó la muerte de Efraín Muñoz Escobar, según hechos ocurridos a las diez de la noche, más o menos, del 15 de enero de 1967, frente al café 'Aguila' en el perímetro urbano de la expresada población de Dovio?'

"El Jurado contestó:

"Sí es responsable." (Fs. 312, 313 y 314 ib.).

El juez del conocimiento estudió prolijamente el acervo probatorio que obra en autos y condenó a Eduardo Antonio Mejía Obando y a Gildardo Acosta Serna "como autores y responsables del delito de 'homicidio' agravado y agotado en la persona de Efraín Muñoz Escobar,... con lo cual violaron el Código Penal en su Libro II, Título XV, Capítulo I, Art. 363, numeral 5º", a la pena principal de 15 años de presidio y a las accesorias de rigor.

La decisión fue apelada por los procesados y también por el defensor de Gildardo Acosta Serna.

La Fiscalía 5ª del Tribunal Superior de Buga —corporación competente según el Decreto 900 de 1969—, manifestó su acuerdo con el fallo proferido por el a-quo y solicitó su confirmación.

El magistrado Néstor Díaz Muñoz a quien como ponente correspondió conocer de la apelación se declaró impedido por cuanto había salvado su voto en el auto de proceder.

En providencia del 16 de diciembre de 1970, el Tribunal Superior de Buga después de meritorio estudio del proceso, resolvió:

"1º CONFIRMAR la providencia apelada en cuanto hace referencia a la pena principal impuesta a Eduardo Antonio Mejía Obando.

"2º REFORMAR la misma en lo que hace relación a Gildardo Acosta Serna, a quien se le condena a la pena principal de dieciocho años (18) de presidio.

"3º REVOCAR la pena accesoria de 'pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial'.

"4º REFORMAR el numeral c) de las penas accesorias y, en consecuencia, se le condena a la pérdida de la patria potestad.

"En lo demás, SE CONFIRMA." (Fs. 432 ib.).

Contra dicha sentencia interpuso el recurso extraordinario de casación el procesado Gildardo Acosta Serna.

La demanda

En capítulos separados y al amparo de las causales cuarta, segunda y primera de casación, se formulan diversos cargos a la sentencia de segundo grado.

Con invocación de la causal cuarta se ataca la sentencia recurrida por ocho motivos diferentes así:

Primero

Violación del Art. 26 de la Carta Política por haber pretermitido dar cabal aplicación al Art. 431 del C. de P. P., en sus numerales 2º, 3º y 4º.

Demostración

Se violó el numeral 2º de la disposición anotada porque se le dio una valoración equivocada al acervo probatorio y se dio así por demostrado el delito de instigación para delinquir, atribuído a Gildardo Acosta Serna en el auto de proceder. Este requiere ser independiente de cualquier otro delito. Cuando el delito objeto de la instigación se consuma, desaparece el de instigación. En el caso de autos el Tribunal de Buga imputó al procesado los delitos contemplados en los artículos 363 y 209 del C. P., calificación completamente equivocada, pues, en primer lugar, el delito instigado era la muerte en la persona de Ricardo Muñoz y se ejecutó, por los motivos anotados en la narración de los hechos, en su hermano Efraín. Surge por este aspecto el fenómeno de la aberratio ictus que no fue tenida en cuenta por el tribunal sentenciador. Se hace consistir el error, en síntesis, en que en el auto calificatorio se llamó a responder en juicio, por la vía del jurado, al procesado recurrente, como responsable de homicidio calificado e instigación para delinquir, en concurso. Todo lo cual, se dice, ocasionó tremendas dificultades a la defensa que se vio entrabada por la inexacta calificación, y se violó de paso el Art. 19 del C. P. que trata de la coautoría delictiva. El demandante cita en su apoyo abundante jurisprudencia de la Corte. Concluye con la afirmación de que la inexacta calificación de los hechos imposibilitó el normal ejercicio de la defensa de Gildardo Acosta Serna, ya que su abogado tuvo que enderezar todos sus esfuerzos a combatir un ilícito definido por el sentenciador en forma anfibológica e imprecisa. Por último, el demandante asegura que la proposición que su poderdante hizo a Mejía Obando para que matara a Ricardo Muñoz cae bajo las previsiones del Art. 211 del C. P. y no del 209, y para comprobarlo transcribe lo que sobre el particular apunta Pacheco Osorio en el Tomo Primero de su Derecho Penal.

Concepto del Procurador

Critica la forma defectuosa como el recurrente formula el cargo, sin embargo estudia el planteo de fondo relativo a la errada calificación jurídica del delito de instigación a delinquir "dado el caso que tal delito desaparecería al quedar subsumido en el otro de mayor entidad, es decir el de homicidio agravado".

Al trasluz del Art. 209, cuyo texto transcribe, argumenta que sus presupuestos se ajustan en forma plena y adecuadamente a la conducta de Gildardo Acosta Serna, frente a la persona del instigado y compañero de enjuiciamiento Eduardo Antonio Mejía Obando, pues la instigación se proyectó sobre él públicamente, en un lugar de esparcimiento, en condiciones que pudo ser fácilmente captada por varias de las personas que se encontraban en el establecimiento. Que, por otra parte, Acosta agotó la tarea de convencimiento en la persona de Mejía Obando, provocándolo a dar muerte a Ricardo Muñoz —delito determinado— hecho aceptado por aquel, no obstante lo cual el delito se agotó en la persona de Efraín Muñoz, hermano de Ricardo, a sabiendas de que se trataba de persona distinta, en cuyo homicidio se dio la plena coparticipación de los dos procesados. Como a la instigación para eliminar a Ricardo Muñoz se acompañó la promesa remuneratoria en cuantía de cuatro mil pesos, esta, la promesa, es factor relievante en la calificación del hecho como homicidio agravado, como atinadamente lo hizo el sentenciador. Se extiende en otras consideraciones encaminadas a demostrar que la instigación, cuando el delito no se consuma, es figura autónoma, y que el interés jurídico que con ella se protege no es otra que el sentimiento colectivo de seguridad social y de confianza en el imperio y respeto de la ley penal.

Concluye que siendo cierto, como lo es, que el interés protegido por la norma sobre el delito de instigación es distinto al que genera la responsabilidad por el delito instigado, no resta, en el caso de autos sino dilucidar si el concurso imputado a Gildardo Acosta Serna —homicidio agravado e instigación— es de carácter formal o material. Deja constancia de que la Procuraduría adhiere a la tesis según la cual siempre es posible el concurso entre el delito consumado y su instigación, concurso que en su concepto es de carácter formal, por lo cual el cargo "es de pleno rechazo".

Se contesta

Se colige de lo anterior que la Procuraduría comparte con el Tribunal sentenciador la tesis de que el artículo aplicable al caso de autos es el 209 del C. P. que se refiere concretamente a la instigación pública, no solo porque las personas del instigador y el instigado se encontraban en el café "Aguila" de la población de El Dovio, a cuyo lugar tienen acceso, sin discriminación, toda clase de gentes, sino porque la proposición de Acosta Serna a Mejía Obando fue la de consumar un delito determinado, en persona singularizada y bajo promesa remuneratoria, hecho aceptado por Mejía Obando, y que por sí mismo es constitutivo de delito. Así, pues, si el delito se agotó en la persona de Efraín Muñoz, y no en la de Ricardo, hacia quien iba dirigida la instigación, ello carece de relievancia jurídica, pues, de todos modos, se da el concurso entre el delito instigado y la instigación, sin que importe al caso que el hecho delictuoso se hubiese agotado en la persona de Efraín Muñoz.

Piensa la Sala que en el caso de autos, el delito imputado a Gildardo Acosta Serna y Mejía Obando, homicidio agravado, lo es efectivamente, por las condiciones de inferioridad en que fue colocado Efraín Muñoz y por la forma artera como se le dio muerte, apuñalándolo el sicario repetidamente, mientras Acosta Serna lo sujetaba por la ruana. Y que se dio el concurso material imputado por el Tribunal sentenciador a Gildardo Acosta Serna —homicidio agravado e instigación a delinquir—, porque esta figura autónoma no quedó embebida en el homicidio agotado en persona distinta a la de Ricardo, —hacia quien se dirigía la proposición—, a sabiendas de que la víctima era su hermano Efraín.

No discute la Sala a contrario de las afirmaciones del recurrente, pero de acuerdo con él, en un todo, acerca de que la instigación privada a que se refiere el Art. 211 —proposición— es la calificación que mejor se ajusta a los hechos averiguados, afirma que se dio el concurso material entre el homicidio agravado y la instigación, deducida por el fallador de instancia, porque la instigación se agotó, como figura autónoma, cuando Mejía Obando aceptó la comisión del homicidio en la persona de Ricardo Muñoz, y el homicidio se realizó, con plena coparticipación del provocador, en persona distinta y en las condiciones que se dijo líneas arriba. Dos fueron las personas que intervinieron en el homicidio de Efraín Muñoz. Y fueron dos acciones distintas con resultados diversos las realizadas por Gildardo Acosta, correctamente deducidas por el Tribunal de Buga. Instigó a Mejía Obando, privadamente o no, a eliminar a Ricardo Muñoz. Y fracasado su intento, cooperó, en la forma especificada en el auto de vocación a juicio, es decir, en forma aleve y necesaria, en coautoría con el sicario, en la muerte de Efraín Muñoz. A cada una de sus acciones corresponde una lesión jurídica diferente. Cada una de ellas, de otra parte, contiene una intención distinta de su autor. El concurso es, en estas condiciones, material. Pluralidad de acciones, pluralidad de intenciones, y pluralidad de resultados jurídicamente relevantes, justamente porque la instigación para dar muerte a uno de los hermanos Muñoz, a Ricardo, se agotó en el otro, en Efraín, con pleno conocimiento de la pareja delincuente de que éste era su hermano. No es discutible que cuando la instigación, en una cualquiera de las dos formas contempladas por el C. P. en los Arts. 209 y 211, se consuma plenamente, y se agota el delito que el provocador se proponía, la instigación desaparece y forma parte del inter criminis del delito consumado. Pero como figura autónoma que es, para su com-

figuración como delito, basta la proposición al instigado, con independencia de que el delito perseguido llegue a su culminación, quede en la condición de imperfecto, o en el plano de la simple provocación. En el último caso, el agente responde por el delito de instigación, y, en los primeros, como copartícipes en el grado de responsabilidad deducible al provocador por los hechos que hubiera ejecutado. Pero, si, como en el caso de autos, se consumó la instigación aceptada por el inducido y, además, el homicidio, con plena coparticipación del instigador, no por error o accidente, en persona distinta de aquella a quien el delito instigado iba dirigido, se consuman dos delitos distintos, en concurso material, pues no es lo mismo matar a Ricardo que a Efraín, a menos que la instigación hubiese tenido por cometido a uno cualquiera de los dos. Cosa no demostrada en el cargo. El concurso formal no es posible en el caso que se analiza, por las siguientes razones: a) El concurso ideal o formal se cumple cuando con un hecho se realizan dos o más violaciones de la ley penal. b) Requiere para su integración de dos elementos: unidad de acción y pluralidad de lesiones jurídicamente relevantes. La acción debe ser singular tanto desde el punto de vista subjetivo como objetivo y debe comprenderse, en sentido jurídico, como unidad, pues bien puede descomponerse en varios actos secundarios que no logran desvirtuar su carácter unitario. c) Este carácter unitario, jurídicamente, no basta por sí solo para lograr el primer requisito del concurso formal. La acción debe, además, contener la totalidad de la intención perseguida por el delincuente. Cuando el agente se propone, valga el ejemplo, matar a dos personas, la acción es única, ciertamente, pero son dos las intenciones y dos los resultados materiales, y debe aplicarse, en este caso y en puridad de doctrina, las normas que regulan el concurso material. Lo que, en síntesis, vale tanto como decir que la unidad de la acción no es independiente de su unidad jurídica valorada con sujeción estricta a la intención del agente.

La sola unidad de la acción con prescindencia del fin y de la intención del agente, no es pues suficiente a sustentar la teoría del concurso formal.

El segundo elemento es la pluralidad de lesiones jurídicas. La acción jurídicamente una y valorada en la forma antes anotada, es decir con relación al fin y a la intención del culpable, configura el concurso ideal cuando de ella se deriva una pluralidad de lesiones jurídicas. Debe destacarse eso sí que en el concurso formal o ideal (acción jurídicamente unitaria y lesión de varias leyes penales), éstas, las leyes penales, deben ser compatibles entre sí, sin excluírse recíprocamente, lo que no ocurre en el concurso aparente de leyes, en el cual las normas penales se muestran en situación excluyente, de forma que una sola tipifica realmente la acción delictiva y desplaza necesariamente a la otra.

Si Mejía Obando hubiese realizado el homicidio instigado, por Acosta Serna en la persona de Ricardo Muñoz, la instigación hubiera formado parte del inter criminis del homicidio. El concurso en este caso, sería el clásico de la apariencia (concurso aparente de leyes), y no el formal o ideal. Pero como la intención del instigador se dirigía hacia Ricardo y así fue aceptado por el provocado, la instigación, fue consumada como figura autónoma independiente, en la forma prevista en el Art. 211, como lo afirma el recurrente. Como el homicidio se cumplió en la persona de Efraín Muñoz, hermano de Ricardo, a sabiendas de que se trataba de persona distinta, y se agotó con la participación plena de la pareja delincuente, surgió respecto de los dos, no cabe duda, la forma del concurso material sucesivo y heterogéneo, como consecuencia de acciones diversas, intenciones distintas y violaciones de bienes jurídicos diferentes, individuales y protegidos, cada uno, específicamente (Arts. 363 y 211 del C. P.).

No se dio consecuencialmente la errada calificación del hecho delictuoso, como lo pretende el recurrente, pues el auto de pro-

ceder calificó genéricamente, cada infracción, en su parte resolutiva, denominándolas, según las normas procedimentales pertinentes, de conformidad con sus respectivos títulos y capítulos. Si la equivocación del sentenciador ocurrió porque en la parte motiva del vocatorio se especificaron las circunstancias de la instigación pública para cometer un delito determinado (Art. 209 del C. P.) y no las de la instigación privada o proposición para cometer el mismo hecho, cuyo es el caso debatido, el recurrente debió invocar la causal primera, por aplicacion indebida en la sentencia del Art. 209 y falta de aplicación del 211 del mismo estatuto. Por lo cual, en el caso de autos, no se da la nulidad invocada por el recurrente. El cargo no prospera.

Segundo

Quebranto del último parágrafo del Art. 431 que prohibe determinar en el auto calificatorio "el género del delito a que pertenezca".

Demostración

Afirma que cuando el Tribunal Superior resolvió la apelación del auto de proceder proferido por el Juez Superior de Roldanillo, lo modificó en el sentido de llamar a Gildardo Acosta Serna a responder en juicio público, por la vía del jurado, como autor, al tiempo, de homicidio agravado e instigación para delinquir, y repite los argumentos aportados para sustentar el cargo anterior.

Concepto del Procurador

Comenta que la falta de consonancia entre las afirmaciones del censor y la verdad procesal obliga a rechazar el cargo, por falta de seriedad, pues "el demandante transcribe la parte resolutiva del vocatorio a juicio proferido por el ad-quem, cercenándola, mutilándola caprichosamente". Afirma que la parte resolutiva del auto en cuestión fue dictado con pleno acatamiento a lo ordenado en el Art. 431 del C. de P. P., con especialidad en su último inciso que manda especificar el delito con la denominación que le dé el Código Penal en el respectivo capítulo, o en el correspondiente título, cuando éste no se divide en capítulos. Que esto último fue obedecido por el sentenciador "cuando ordenó la comparecencia en juicio de Gildardo Acosta como autor del delito de instigación para delinquir de que trata el Título V del Libro II del Código Penal".

Se considera

La Sala comparte en un todo el concepto de su colaborador fiscal y ante la claridad meridiana que sobre el particular ofrece el auto de proceder dictado por el Tribunal Superior de Buga, huelga todo comentario. El cargo no prospera.

Tercer cargo. Concepto del Procurador

"La motivación de la sentencia para este cargo es la misma que se empleó para el primer cargo, fuera de ser idénticos los dos cargos pues que ambos cabalgan sobre la tesis de errada calificación jurídica del delito, lo que exonera a esta Procuraduría Delegada a hacer otros planteamientos ya que los atrás delineados, de igual manera se señalan o destinan para negar este cargo, como en realidad se niega".

Se contesta

Evidentemente la censura se endereza a demostrar que el sentenciador incurrió, en el auto de proceder, en errónea denominación de la infracción, por lo cual se dictó sentencia en juicio viciado de nulidad.

Al examinar el cargo primero se hizo énfasis en que, si bien es cierto que la instigación a delinquir imputada al procesado, se ajusta más a la descripción contenida en el Art. 211 del C. P. —proposición a delinquir—, no obstante, genéricamente, fue determinando correctamente en el auto de proceder. Trátese de la instigación contemplada por el Art. 209 —instigación pública— o de la que prescribe el 211 —instigación privada—, las dos son formas distintas de un mismo género delictivo, con circunstancias específicas diferentes. Como ya se observó en el comentario al cargo primero formulado por el recurrente, en dicho evento,

lo aconsejable hubiera sido proponer el cargo por violación omisiva del Art. 211. Pero no es de recibo en casación el ataque a la sentencia por haber aplicado dentro del mismo género delictivo la especie más favorable a los intereses del procesado. Recuérdese que el Art. 211 estatuye penas más severas que el 209. La aplicación indebida de este artículo al caso controvertido, si mengua la sentencia, lo hace en disfavor de la justicia. En esta forma hubiera sido la censura más ajustada a la técnica de casación, pero igualmente inoficioso a los fines buscados por el recurrente. El cargo no prospera.

Cuarto

Violación del Art. 251 del C. de P. P. y 1758 del C. C., aplicable en materia penal, por disposición del 7º del C. P. entonces vigente, porque no todas las partes que intervinieron en la audiencia pública firmaron el acta correspondiente. Pues ni el apoderado de la parte civil ni el defensor de Mejía Obando firmaron aquella. Que por este modo surge la nulidad prevista en el Art. 39 del Decreto 1358 de 1964, pues no se observaron las formalidades exigidas por el Art. 475 del C. de P. P. y se configuró así nueva nulidad con arraigo en el Art. 26 de la C. N. en cuanto se omitió cumplir con las formalidades propias del juicio.

Concepto del Procurador

Señala que el Art. 475 del C. de P. P. ordena que el secretario elabore el acta informando sobre lo acontecido en la audiencia pública, para que sea firmada por el juez, el secretario y las personas que hubieren intervenido en ella. Admite como cierto que el acta carece de las firmas del apoderado de Mejía Obando y del representante de la parte civil, irregularidad que no tiene los alcances indicados por el demandante, menos aun como nulidad de carácter constitucional, que son de recibo en casación, según lo tiene dicho reiteradamente la jurisprudencia, cuando atacan las bases mismas del juicio con demérito de los derechos fundamentales y de las garantías debidas a las partes que en él intervienen.

Se considera

Como lo anota el Procurador, el acta de audiencia debe ser firmada por todas las personas que en ella hubieren intervenido. Se omitieron las firmas del representante de la parte civil y del apoderado de Mejía Obando. La suscribieron el juez, su secretario, los jueces del pueblo, el agente del Ministerio Público y el defensor de Acosta Serna. Pero la omisión ostensible en el acta de audiencia, de las firmas de dos personas de las varias que actuaron en ella, carece de la relevancia jurídica pretendida por el demandante. Consta en el acta la intervención del representante de la parte civil y, en igual forma, la de quien hizo la defensa del procesado Mejía Obando. El acta recogió en detalle cuanto fue materia de la vista pública. Su contenido aparece abonado por el juez de la causa y por su secretario. Y el veredicto de los jueces del pueblo fue protestado con sus firmas, al pie de la respuesta unánime que dieron a cada uno de los cuestionarios. El recurrente no acusa la falsedad del acta, no controvierte siquiera su exactitud. Apunta solamente la omisión de dos firmas, ninguna de las cuales era necesaria para dar fe sobre su contenido. Las partes que intervinieron en la diligencia, sindicados, Ministerio Público, parte civil, rubricaron el acta, y con ellas, el juez y el secretario, quienes dan fe de lo ocurrido en la audiencia de juzgamiento. Si la omisión de la firma de los defensores fuera de carácter insubsanable, resanable solamente por la vía de la nulidad, fácil sería para los defensores prevenir los resultados adversos de sus actuaciones, evadiendo la firma de la crónica secretarial o acta de audiencia, y por este sendero de fácil acceso a las nulidades, la validez de la audiencia pública quedaría diferida a la buena fe, ratificada numerosamente, de los abogados de la defensa. La omisión anotada no constituye inobservancia de las formalidades propias del juicio, no menoscaba los derechos de la defensa, ni pretermite las garantías debidas a los acusados. Y ninguno de quienes omitieron estampar sus firmas en el acta ha reclamado ahora ni con anterioridad sobre la omisión misma y menos aun sobre la autenticidad de lo que en ella consta. El cargo no prospera.

Quinto

Omisión del traslado al agente del Ministerio Público del auto que ordenó cerrar la investigación (folio 181 del cuaderno principal), con lo cual se violó el Art. 3º del Decreto 1358 de 1964, Art. 3º, que no derogó el 425 del C. de P. P. que dispone que el agente del Ministerio Público "estudiará el expediente para que, de acuerdo con los hechos demostrados en el mismo, emita por escrito su concepto, en que pida el enjuiciamiento o el sobreseimiento del procesado".

Se concluye que esta grave omisión es constitutiva de la nulidad prevista en el Art. 39 del Decreto 1358 de 1964, reformatorio del 202 del C. de P. P.

Concepto del Procurador

Critica la tesis del recurrente en cuanto pretende que el traslado común a las partes, en la mesa de la secretaría, para que aleguen de conclusión, tiene cabida únicamente en los juicios sin intervención del jurado, pues el artículo 3º del Decreto 1358 de 1964 no contiene sobre el particular la discriminación invocada por el demandante. Y afirma que es igualmente desatinada la aseveración de que la sentencia fue dictada en juicio viciado de nulidad porque el fiscal omitió dictaminar previamente a la calificación del sumario, pues ello no se compadece en justicia con la nulidad prevista en el artículo 39 del Decreto 1358 de 1964, invocado por el recurrente, ni con los ordenamientos del artículo 4º del mismo Decreto, que obliga al juez de derecho a calificar el mérito del sumario, sobreseyendo en favor del sindicado o llamándolo a juicio, según fuere el mérito probatorio, al término del traslado común a que se refiere el Art. 3º, que no condiciona dicha calificación al previo concepto del Ministerio Público, sino al vencimiento del término dentro del cual las partes deben alegar de conclusión.

Esta obligación de alegar corre a cargo de las partes en el proceso. Si el fiscal deja de hacerlo, incurre en falta disciplinaria. Agrega que, como lo tiene dicho esta Sala de la Corte, en un todo de acuerdo con la Procuraduría, es indudable que el Art. 3º del Decreto 1358 de 1964 modificó fundamentalmente el Art. 421 del C. de P. P., por cuanto dispuso un término común de traslado a las partes y así eliminó la reglamentación anterior, en orden a imprimir una mayor agilidad al procedimiento. Pide que se rechace el cargo.

Se considera

En reiteradas ocasiones, esta Sala de la Corte, acorde con el Ministerio Público, ha sostenido la tesis que se resume en el cargo anterior. Esto excusa a la Sala abundar en mayores consideraciones. Cabe sí anotar que en el sumario son alegables como nulidades solamente la incompetencia de jurisdicción y la falta de personería en el querellante. Ni se diga que la nulidad invocada por el recurrente tiene arraigo en el Art. 26 de la Carta, pues la omisión del Ministerio Público, no es una formalidad propia del juicio. Dictaminar en cada una de las fases del proceso, en las oportunidades precisas indicadas por la ley, es obligación del Ministerio Público cuyo incumplimiento conlleva responsabilidades. Lo propio ocurre con los apoderados y defensores, porque así está previsto normativamente en orden a proteger los intereses de la justicia, que no se cumplen a cabalidad si se menosprecian los deberes que a unos y otros competen. Mas, con la sola reserva anotada por el recurrente, el Ministerio Público, los apoderados y defensores actuaron con diligente apremio, cada uno en su esfera correspondiente, de lo cual existe numerosa constancia en el proceso. Basta lo dicho, para que el cargo se desestime.

Sexto

No haberse practicado la diligencia de inspección ocular, de vital importancia para los intereses de la defensa. Lo anterior se abandonó al capricho del defensor del procesado, quien renunció a ella, por desconocerle atinencia con los fines específicos del proceso. Transcribe los artículos pertinentes del C. de P. P., especialmente el 212 y el 356, que considera violados, por tener íntima relación con los derechos de la defensa. Así, por

este modo, se transgredió igualmente el Art. 26 de la Carta, pues no se dio cumplimiento, nuevamente, a la plenitud de las formas propias del juicio.

Concepto del Procurador

Pone de resalto que la diligencia de inspección ocular, no se practicó, por solicitud de la defensa, y porque no se consideró indispensable a los intereses del procesado. La prueba fue requerida por el defensor. No por el juez. Se desistió en orden a la seguridad personal del sindicado y a que había perdido significación jurídica en ese estado del proceso. Arguye el Procurador que concierne al defensor, dentro del amplio margen de sus facultades, escoger los elementos de certeza que mejor se acuerden con los intereses de su poderdante, prerrogativa que fue respetada por el juzgador. Por lo cual el recurrente no las tiene todas consigo cuando alega que tal omisión constituye violación del Art. 26 de la Carta Política, y el cargo no debe prosperar.

Se considera

Se dijo al examinar el cargo anterior que la defensa y el Ministerio Público se distinguieron en este proceso por su diligente actividad. Si la prueba fue decretada por el juzgador en atención a las peticiones de la defensa, y renunciada por el defensor en orden a proteger los intereses de su patrocinado, con razones que el primero consideró atendibles, argumentar que por este modo fueron violados los derechos de la defensa y desconocidos o postergados los mandamientos del Art. 356 del C. de P. P., resulta raciocinio inconsecuente. No dice el recurrente que a su patrocinado se le hubiera negado caprichosamente por el juzgador la oportunidad de aportar alguna prueba específica, pretendida al favor de la inspección judicial, sino que dicha prueba es atinente al orden público, y el juzgador que admitió su desistimiento, sin capacidad legal para hacerlo, violó por este modo el Art. 26 de la Carta, que tutela el interés especial del Estado en que el juzgamiento se cumpla con la totalidad de sus formalidades propias, sin omitir ninguna. A preservar ese interés del Estado se orienta la sanción de nulidad o invalidez jurídica de los actos procesales cuando se cumplen en forma viciada con violación de las normas sustanciales o de las formalidades imperativas cuya omisión ilegitima la actuación. Como sería, para el caso de autos si se hubiera llevado a efecto la inspección judicial no haberse decretado previamente por medio de auto que precise con claridad su cometido, el lugar, la fecha y la hora de su realización, los peritos y testigos que debían asistir a ella. Dichas omisiones, sin más, obligan al juzgador, de oficio o a petición de parte, a considerar el acto como no efectuado (Art. 211 del C. de P. P. vigente al tiempo de la comisión de los hechos).

Dicho lo anterior, débese precisar que para los fines del proceso, la prueba de la inspección ocular procede y es atinente para el esclarecimiento de la verdad respecto de numerosos delitos y que tiene especial importancia en los de homicidio, y debe ser decretada por el juez, de oficio o a petición de parte. Cuando este último es el caso, el desistimiento del procesado no justifica su aceptación por el juez, si la diligencia, a su juicio, resulta pertinente a los fines concretos anunciados por la defensa, o si de ella pudiera reportarse beneficio cierto a los intereses de la justicia, así no resulten compatibles con los primeros o aparezcan en contradicción con ellos. Los fueros de la justicia incluyen ciertamente la protección que debe a los derechos de las partes en el proceso, y estos son de carácter irrenunciable. No depende, entonces, del capricho del juez, ni de la renuncia del sindicado, el que una prueba válidamente decretada y pertinente deje de verificarse. Por el contrario, en tal evento la prueba debe practicarse obligatoriamente. Pero su omisión conlleva nulidad excepcionalmente, cuando se demuestra que con ella se limitó al procesado el derecho de hacer constar algo fundamental a su defensa o de muy difícil o imposible demostración por otros medios. Esto aclarado, conviene insistir en que no basta al recurrente en casación el enunciado de que por la omisión de una determinada diligencia ha sufrido mengua la defensa en sus derechos y garantías fundamentales, sino que ha de probarlo ine-

quívocamente, señalando, en idéntica forma, los hechos que se proponía demostrar y cómo ellos ciertamente incidían en su no imputabilidad o responsabilidad, o en la atenuación o modificación de esta última. Todo lo cual, si fue alegado en las instancias del proceso, puede, en un caso concreto, conducir objetivamente a la conclusión de que en él, visto en su integridad, se violaron una o más de las garantías comprendidas en el Art. 26 de la Constitución Política. El planteamiento del recurrente, en este sexto cargo, no se compadece con el exigente rigorismo indispensable a la magnitud de la violación denunciada. El cargo no prospera.

Séptimo

Sorteo ilegal de jurados que debían intervenir en la vista pública. Se sortearon seis jurados de conciencia de la lista de cien nombres aprobados por el Tribunal Superior de Buga. Las tres primeras fichas correspondían a los principales, y las segundas a los suplentes.

Una vez que fueron declarados electos se les pasó copia del auto de proceder. Fueron notificados el día 20 de octubre de 1968 (folios 287 del cuaderno principal).

Vino luego la notificación personal a cada uno de los jurados para que concurrieran al acto de audiencia, señalado previamente, de conformidad con las normas legales sobre la materia. Pero no fue posible encontrar al jurado principal Alfonso Aguilar Espinosa. Se ordenó un nuevo sorteo parcial de jurados el día 4 de noviembre de 1968, "habiendo salido elegido Emigdio Cañizares".

Se arguye que este sorteo parcial está viciado en nulidad, pues la ausencia del jurado principal, al que no fue posible notificarlo para que concurriera al acto de audiencia, se podía suplir con uno de los suplentes de la lista, comenzando por el primero que era Bernardo Dávila Valencia. Se irrogó así ofensa al procesado y se lo perjudicó notoriamente en sus intereses, con violación expresa del Art. 26 del Decreto 1358 de 1964. Y como la audiencia, por los motivos anotados, no tuvo lugar en la fecha y hora señalados, la sentencia fue dictada en juicio viciado de nulidad (Art. 37 del Decreto 1358 de 1964).

Concepto del Procurador

Señala que si el juez de la causa estimó necesario aplazar la audiencia porque a uno de los jurados, a quien el sorteo correspondiente dio el carácter de principal, no se le pudo notificar el auto que señalaba fecha y hora para la celebración de la vista pública, hizo bien, pues el juri es juez plural y la competencia radica en todos y cada uno de los jurados sorteados —en su conjunto— como tribunal del pueblo, y por tanto la notificación debía cumplirse respecto de cada uno de ellos.

Se contesta

Es correcta la observación del Ministerio Público. En el caso cuestionado hay que distinguir dos situaciones. El sorteo y su notificación a los principales y suplentes. Y la notificación de la fecha y hora para la celebración de la diligencia de audiencia. La primera es un acto previo, que debe cumplirse a satisfacción. Si debidamente notificados faltare uno de los sorteados en condición de principales, entonces, el artículo 27 del Decreto 1358 de 1964 indica la forma de cubrir el vacío y el juez debe proceder a reemplazarlo por uno de los suplentes siguiendo el orden de la extracción de las fichas. Si el juez hubiese procedido en forma contraria a como lo hizo, se hubiera podido alegar, quizás, que se procedió irregularmente a reemplazar a un jurado principal que ni siquiera había sido notificado para la audiencia. El juez procedió con rigorismo y se ajustó en un todo a las prescripciones de ley, para no vedarle garantía ninguna al procesado. Subsanada aquella irregularidad, señaló nuevo día y hora para que tuviese ocasión la vista pública, y ésta se cumplió en la fecha señalada. Previamente notificados principales y suplentes, dejó de concurrir al acto la señora Lyda Mondragón Pérez, jurado principal, y se procedió a reemplazarla en la forma de ley establecida por el Art. 27 del Decreto 1358 de 1964. La defensa del procesado no sufrió mengua en

sus derechos y, por el contrario, el juez de la causa cuidó celosamente que se cumplieran cabalmente los requisitos formales, exigiendo que fueran notificados, previamente al acto de audiencia, personalmente, la totalidad de los jueces del pueblo, principales y suplentes. Queda claro que no se pretermitieron las formalidades del juicio ni se incurrió por el sentenciador en las violaciones denunciadas por el demandante. El cargo no prospera.

Octavo

Violación del Art. 26 de la Constitución Política. El auto de proceder reconoce paladinamente que en la muerte de Efraín Muñoz no puede hablarse de premeditación, pues el delito convenido por los homicidas era la muerte de su hermano Ricardo. Cuando salían del café a buscar a Ricardo se encontraron intempestivamente con Efraín y le dieron muerte, en la forma súbita de que dan cuenta los hechos. De aquí se desprende —lo dice el recurrente— que los actos preparatorios de los sindicados no alcanzaron los consumativos en orden a la muerte de Ricardo Muñoz, y se configuró jurídicamente la aberratio delicti, prevista en el Art. 14 del C. P., figura que solo cobija a Mejía Obando, sin embargo de lo cual la sentencia acusada dedujo responsabilidad a los dos acusados bajo la imputación de haber preparado el delito con agotamiento de los actos ejecutivos y consumativos. Por lo demás el procesado Mejía Obando dio muerte a Efraín Muñoz en forma súbita, excluyente de la premeditación y de la frialdad del ánimo, y así no pudo, como lo dice contradictoriamente el sentenciador, aprovecharse del estado de indefensión de la víctima. Como no se preguntó al jurado sobre esta precisa circunstancia de la aberratio ictus, analizada en el auto de proceder, los jurados de conciencia profirieron veredicto en abierta pugna con la realidad procesal, habiéndose menoscabado una de las bases fundamentales del juicio y los derechos de las partes que intervienen en el proceso. Una anomalía de tal magnitud, en los juicios por la vía del jurado, no es posible proponerla sino como nulidad supralegal, lo cual implica que "en tales eventos y tratándose del recurso extraordinario de casación, la causal pertinente para subsanar tamaño error es la cuarta, por ser ella la que expresamente contempla esa situación y permite reponer el procedimiento. (Gaceta Judicial, Tomo LXXIX, páginas 579. Año 1965).

Concepto del Procurador

Se exonera de argumentar personalmente y transcribe una reciente doctrina de esta Sala, cuya atinencia al caso es incuestionable.

" 'El artículo 26 de la Constitución Nacional consagra un complejo doctrinario integrado por distintas previsiones que no siempre tuvieron igual desenvolvimiento histórico, si bien se presentan ahora en estrecha unión para instituir las llamadas garantías procesales, que, completadas con las garantías penales del artículo 26, preservan situaciones absolutamente necesarias para la seguridad de la persona humana. Pero el hecho de que se les incorpore en una misma norma no significa su función en un principio único, de manera que sea suficiente invocar el artículo para que el complejo se movilice hacia la protección jurídica adecuada.

" 'Es preciso distinguir los derechos amparados en la norma a fin de saber exactamente las limitaciones del poder político y la forma como los ciudadanos deben defenderse de los excesos o de las omisiones en la Rama Judicial, plantear en bloque esas garantías, es error que induce a confusiones para apreciar la actividad de los funcionarios, que debe especificarse para saber si aplicaron una ley inexistente, o carecieron de competencia, o siguieron un procedimiento arbitrario, o negaron la favorabilidad en el concurso de leyes para el caso sub-judice.

" 'El artículo 26 de la Carta determina cuatro garantías, cada una de las cuales tiene naturaleza, objeto y consecuencias propias, y cuyo desconocimiento acarrea sanciones de distintas clases, salvo en los casos excepcionales que describe el Art. 27, así:

" 'a) Preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento;

" 'b) Legalidad de la jurisdicción;

" 'c) Observancia plena de las formas del juicio, y

" 'd) Aplicación de la ley favorable, aunque sea posterior al acto imputado.

" 'De todas estas maneras se ejerce el derecho de defensa, bajo la tutela constitucional. Trátase, como puede verse al tomarlas aisladamente para su análisis y comprensión, de situaciones distintas, pues no es lo mismo decidir basándose en una disposición derogada, o en una posterior al acto, que hacerlo sin facultad legal, o salirse del procedimiento prescrito, o no acoger lo permisivo cuando corresponde. Si en el ámbito de las declaraciones pueden permanecer unidas estas garantías, no sucede igual en el momento de impugnar un fallo en casación, recurso que obliga a precisar las violaciones que tienen como consecuencia la negación del dedecho. Decir que en un proceso, o en cualquiera de los actos que lo componen, se 'contraviene expresamente el artículo 26 de la Constitución Nacional', sin demostrar de qué clase es la contravención, es adoptar una peligrosa generalidad, dejando de lado las precisiones obligatorias en esta etapa culminatoria del proceso.

" 'La Corte carece de elementos demostrativos que le permitan conocer el vicio observado y hasta donde va su profundidad y extensión. La demanda debe indicar cuál o cuáles de las cuatro garantías procesales fueron vulneradas por el juzgador y exponer el concepto de la violación, a fin de que en la casación se hagan los conocimientos pertinentes. Lo que no puede es, supliendo los vacíos del libelo, efectuar diversidad de apreciaciones excluyentes, buscando con ello desentrañar no solo el fundamento del cargo, sino el cargo mismo.

" 'Una sanción de nulidad supralegal por violación del derecho de defensa no puede decretarse sin concretar la índole de esa violación, y sin demostrarla. Una subversión normativa de tal gravedad deja al procesado como víctima a quien es ineludible reintegrar su capacidad para la libertad y la vida honrada. Por lo mismo su aceptación solo procede cuando se han puesto en peligro atributos básicos de la persona y partes fundamentales del ordenamiento jurídico'." (Fs. 185, 186 y 187, cuaderno de la Corte).

Se contesta

La Sala reitera la doctrina citada por el Procurador y se excusa de hacer cualquier otro comentario. El cargo no prospera.

Causal segunda

Como subsidiaria de la causal cuarta de casación, se invoca la causal segunda: No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder. Los fundamentos de la impugnación los resume la Sala en la forma que sigue:

Primero

Los hechos materia del juzgamiento no sufrieron modificación alguna en el plenario de la causa ni en la audiencia pública.

El juez del conocimiento, en el auto de proceder confirmado por el Tribunal, formuló al procesado el siguiente cargo: "Como claramente puede observarse, se trata aquí de un concurso fortuito, porque como nítidamente se observa lo ocurrido dentro del café Aguila se relaciona en todo con la persona del señor Ricardo Muñoz Escobar, claro está que Gildardo Acosta Serna al ver al hermano de éste, se enfureció recordando quizás el odio hacia aquel, circunstancia esta que lo determinó a obrar en la forma indicada. En consecuencia los sindicados Gildardo Acosta Serna y Eduardo Antonio Mejía Obando son coautores de la muerte de Efraín Muñoz Escobar..."

De lo anterior se deduce que los actos preparatorios del delito no alcanzaron el proceso ejecutivo del mismo, habiéndose interrumpido por la imposibilidad física de conseguir la muerte de Ricardo, contra quien se dirigía la acción. Si pues en el auto de

proceder se les da la calificación de coautores a los homicidas de Efraín Muñoz Escobar y en la sentencia se habla de autor, refiriéndose a Gildardo Acosta Serna, este cambio de calificación, fundamentalmente diferente, demuestra que el fallo no está en consonancia con el auto de proceder. La coautoría se regla por el Art. 19 del C. P. —en el presente caso— en armonía con el 363 del mismo estatuto. Lo anterior significa que el fallo acusado no reune los requisitos del Art. 159 del C. de P. P. que manda hacer las citas de las disposiciones legales aplicables.

Concepto del Procurador

Para dar contestación a este primer cargo, sustentado al amparo de la causal segunda de casación, transcribe el Procurador, la siguiente doctrina de esta Sala:

" 'Las denominaciones de autor coautor, cómplice primero y cómplice secundario, que la doctrina jurídica ha elaborado largamente y que la jurisprudencia ha admitido en Colombia, deben ser mantenidas, pues expresan las distintas formas de intervención en el concurso de delincuentes a que se refieren los artículos 19 y 20 del estatuto represor. El mantenimiento de esta clasificación conviene para individualizar la responsabilidad y para que cada uno de los comprometidos ejerza mejor su derecho de defensa al saber concretamente de qué se le acusa y cuáles son los actos que la justicia ha reconocido como propios de cada uno. Pero el hecho de señalar a alguien como autor, es decir productor del acto propio, o como coautor, esto es como un realizador con otro u otros del acto, o como copartícipes necesario por prestar un auxilio sin el cual el delito ajeno no se hubiera cometido, no entraña diferencia en la penalidad, de modo que ésta se aplica uniformemente a unos y a otros. La determinación de un autor único, suficientemente explicada, y su equivocada denominación como coautor, es también indiferente desde el punto de vista jurídico. Si esa denominación aparece en pugna con el contexto del fallo y con el análisis que precisa la existencia de un único sujeto responsable. No se ve que una mención de esta naturaleza pueda modificar la idea central de que se trata de condenar a una sola persona porque sobre ella recae la prueba, absolviendo a las demás, o sea aquellas a quienes no alcanza la acriminación en las condiciones probatorias del artículo 203 del Código de Procedimiento Penal. Por este aspecto tampoco puede prosperar el cargo que se formula con base en la causal primera'." (Fs. 189 y 190 ib.).

Se contesta

Es indiscutible que si en el auto de proceder se llamó a responder en juicio a los procesados con la denominación de coautores, y cuando se dictó la sentencia de segunda instancia, confirmatoria de la de primer grado, después de que el juri afirmó su responsabilidad, se les identificó como autores, la condenación no se altera en sustancia, pues la pena aplicable, en ambos casos es la misma, a pesar de la cambiante denominación, así se hubiese omitido citar el Art. 19 del C. P. La condena reconoció como fundamento las voces del Art. 363 y 209 del C. P., en un todo de acuerdo con el auto de proceder, la formulación de los cuestionarios y la veredicción de los jueces del pueblo. La sentencia es armónica y excluye consecuencialmente la contradicción con el auto de proceder alegada por el recurrente. El cargo no prospera.

Segundo

La sentencia recurrida también está en desacuerdo con el veredicto del jurado. En el cuestionario 2º se le imputó al procesado "haber tomado parte en el homicidio prestando su auxilio o cooperación en los hechos que ultimaron la vida de Efraín Muñoz Escobar". El cuestionario fue contestado por el juri afirmativamente. En esta forma colocó la conducta del procesado dentro de las prescripciones del Art. 20 del C. P. La cooperación en los delitos como el de homicidio se divide en necesaria y no necesaria. Pero el jurado no determinó la especie en la cooperación. Como las prescripciones del Art. 20 son las más favorables al reo, dentro de la calificación genérica de cooperación en el delito sobre que se preguntó al jurado,

han debido aplicársele sin restricciones. Pero el sentenciador, desconociendo el veredicto y en abierta contradicción con él condenó a los sindicados como responsables de homicidio agravado. Pero en el caso de Gildardo Acosta lo condenó además por el delito de instigación para delinquir. Todo lo cual hace que la sentencia aparezca en contraevidencia con el veredicto.

Concepto del Procurador

Observa cómo el demandante se quejaba en el cargo anterior por la desarmonía entre la sentencia y el auto de proceder que colocó a su patrocinado bajo los ordenamientos del Art. 19 del C. P., argumentando que en el fallo, con omisión de sus voces, se le dedujo la responsabilidad del Art. 363 del mismo estatuto. Y cómo ahora, en este nuevo cargo, deplora que se le hubiera excluído de los mandamientos del Art. 20 del Código de las penas que, en su concepto, era el aplicable al caso en examen, lo cual implica inexcusable contradicción.

Se contesta

El auto de proceder llamó a los procesados a responder en juicio en el grado de coautores del delito de homicidio agravado, haciendo cita del Art. 19 del C. P. El cuestionario sometido al jurado de conciencia recogió fielmente lo fundamental del pliego de cargos. Mal podía, entonces, el sentenciador deducir a los procesados una responsabilidad diferente emanada de los ordenamientos de un precepto legal ajeno al auto de proceder y al veredicto del jurado. El cuestionario sometido al jurado de conciencia, en lo que se refiere a este punto cuestionado por el demandante, decía exactamente: " 'El acusado Gildardo Acosta Serna, hijo de Francisco y Elena, natural y vecino de Dovio (V.), de 32 años de edad por la época de su indagatoria, casado, agricultor de profesión, portador de la cédula de ciudadanía número 2642853 expedida en este municipio, es penalmente responsable, conforme al auto de proceder, de haber tomado parte prestando su auxilio o cooperación en los hechos que ocasionaron la muerte de Efraín Muñoz Escobar, con intención de matar y aprovechando la indefensión e inferioridad de la víctima, en hechos ocurridos a las diez de la noche más o menos, del 15 de enero de 1967, frente al café 'Aguila' en el perímetro urbano de la expresada población de Dovio?'." No se circunscribía así a la responsabilidad que pudiera caberle como un simple cooperador de carácter secundario. Se preguntó al juri, si Acosta Serna era responsable de haber prestado su concurso en el homicidio de Efraín Muñoz, tomando parte y prestando su concurso, en la forma especificada en el auto de proceder. Y en esta pieza del proceso se detallan las circunstancias de tiempo, modo y lugar que dan a los hechos protagonizados por los procesados, las características indiscutibles tipificantes del homicidio agravado, porque la víctima fue colocada en situación de evidente inferioridad. El cargo no prospera.

Tercero

El cuestionario tercero fue contestado igualmente en forma afirmativa por el juri. En él se le preguntó si Gildardo Acosta era responsable de haber instigado públicamente a Mejía Obando a cometer los hechos cuya consecuencia fue la muerte de Efraín Muñoz. La respuesta afirmativa del jurado configura la conducta delictuosa prevista en el Art. 208, y no la del 209 señalado por el sentenciador. Pues una cosa es incitar públicamente y otra, muy diversa, instigar para delinquir. Surge así nítidamente la contradicción de la sentencia con el veredicto.

Concepto del Procurador

Llama la atención de la Sala hacia el hecho de que el recurrente altera en este cargo la verdad procesal. "En el fallo recurrido, por ninguna parte, se hace mención del Art. 208 del C. P., modificado por el 3º del Decreto 2525 de 1963, ya que expresamente se refirió al 209 de la misma obra, por haber sido fundamento, en la misma forma, del auto de llamamiento a juicio". Para confirmar sus aseveraciones, transcribe a continuación el siguiente aparte de la sentencia:

" 'Así, pues, debe esta Superioridad reformar la condena impuesta a Gildardo Acosta Serna, pues la pena a que se ha hecho merecedor debe ser graduada conforme al Art. 33 del Código Penal, por ser responsable de dos delitos cometidos separadamente: 'homicidio agravado' e 'instigación para delinquir' y, en sentir de la Sala, habrá de imponérsele la pena de dieciocho (18) años de presidio'. (Fl. 431)." (Fs. 195 ib.).

Se contesta

La Sala hace suyos, en todas sus partes, las argumentaciones esgrimidas por el Procurador como respuesta a este nuevo cargo. Por su claridad hacen innecesario abundar en más comentarios. El cargo no prospera.

Tercera causal. La primera. En este capítulo de la demanda, el recurrente formula dos cargos.

Primero

Ser la sentencia violatoria de la ley sustancial porque el Tribunal condenó a Gildardo Acosta Serna como directo responsable del homicidio de Efraín Muñoz Escobar, no obstante que el veredicto del jurado de conciencia lo declaró responsabale del mismo hecho en el grado de cooperador, por lo cual el procesado tenía derecho a que se le reconociera la rebaja de pena prevista en el Art. 20 del C. P.

La obligación del sentenciador no era otra que reconocer la responsabilidad en el grado que le fue declarado por el juri de acuerdo con el cuestionario segundo propuesto a su consideración, y que, en lo concerniente reza como sigue: "...es penalmente responsable, conforme al auto de proceder, de haber tomado parte prestando su auxilio o cooperación en los hechos que ocasionaron la muerte de Efraín Muñoz Escobar, con intención de matar y aprovechando la indefensión e inferioridad de la víctima...?" Así lo dispone el Art. 15 del Decreto 1358 de 1964, modificatorio del Art. 480 del C. P. Siendo el cuestionario la base de la sentencia, el Tribunal tenía la ineludible obligación de acoplar el veredicto emitido por los jueces de hecho con la sentencia proferida. Se violó así en forma directa, por omisión, el Art. 20 del C. P. que traduce fielmente la contestación del jurado que definió la responsabilidad del procesado en el grado de cooperador y que debió ser aplicado en armonía con el 363 del mismo estatuto.

Concepto del Procurador

Insiste en la observación de inexactitud de que hace gala el recurrente, en esta nueva tacha de la sentencia, pues a los jueces de conciencia no se les planteó, en ningún momento, "la cuestión jurídica del Art. 20 del C. P., sino la del 19 ibídem, y exótico sería aceptarse que hubieran dado respuesta afirmativa a lo que no se les preguntó".

Se considera

Al contestar uno de los cargos formulados al amparo de la causal segunda de casación, la Sala comentó como el cuestionario se redactó, en este punto preciso cuestionado por el demandante, para deducir al procesado responsabilidad en el grado no de un simple cooperador secundario, sino con las características especificadas en el auto de proceder, que ponen de resalto las condiciones de tiempo, modo y lugar, tipificantes del homicidio agravado, por haberse colocado a la víctima en condiciones de inferioridad indiscutible y legalmente inexcusables. Dijo en lo pertinente el sentenciador: "La Sala coincide con el inferior en cuanto a la ubicación de la responsabilidad personal del sindicado Acosta Serna con respecto a la muerte violenta de Efraín Muñoz Escobar pues ciertamente sus actos lo sitúan dentro de lo preceptuado por el Art. 19 del C. P., en concurso meramente fortuito con Mejía Obando, pues bien sea que hubiera 'cogido', 'empujado' o 'pegado' a la víctima, circunstancia esta que en ninguna forma demerita los testimonios de quienes afirman haber observado una u otra actividad", cuya actuación no obedeció al propósito incidental de castigar al desprevenido parroquiano, a quien le imputaba la orientación que llevó al personero municipal al decomiso de una pistola de su propiedad en el café "Aguila" de El Dovio, unos momentos

atrás, sino que fue definitivo a determinar en Mejía Obando la resolución de sacrificar a cuchilladas, inmisericordemente, a la víctima. La inexactitud del cargo salta a la vista, lo propio que su inanidad. En consecuencia, el cargo no prospera.

Segundo

Aplicación indebida de los artículos 209 y 33 del C. P. al condenar al procesado por el delito de instigación para delinquir, sin caer en la cuenta de que tal delito desaparecía por virtud de la consumación del delito instigado y se subsumía en la figura delictiva contemplada en el Art. 363 del C. P.

Habiendo deducido el Tribunal de Buga la responsabilidad de Gildardo Acosta Serna en el grado de coautor de la muerte de Efraín Muñoz Escobar, no cabía someter al jurado un nuevo cuestionario, por un delito diferente, en concurso con el de homicidio, puesto que su responsabilidad penal quedaba ubicada consecuencialmente dentro de las prescripciones del Art. 19 del C. P., como lo anotó acertadamente el Juez Superior de Roldanillo, en el auto de proceder, modificado luego desatinadamente, por el Tribunal Superior. El error jurídico del fallador lo condujo a la aplicación indebida de los artículos citados en el encabezamiento del cargo.

Solicita la invalidación del fallo recurrido y que en su lugar se dicte el que deba reemplazarlo.

Concepto del Procurador

Dice el Procurador que la causal invocada no es pertinente en los juicios con intervención del jurado, sino excepcionalmente. Y que si se diera razón al recurrente, sin embargo del vicio ostensible en su planteamiento, ello equivaldría a que la Corte se arrogara la atribución privativa del sentenciador de segundo grado que le permita declarar la contraevidencia de los veredictos del juri, pues norma legal alguna le asegura dicha competencia. Esta, dice, es potestativa del Juez Superior o del Tribunal, en su caso. (Arts. 537 y 554 del C. de P. P., vigente al tiempo de la formulación de la demanda).

Se responde

Al estudiar el cargo primero, invocado por el recurrente al amparo de la causal cuarta de casación, la Sala fue suficientemente explícita sobre los particulares relativos a este último cargo. Se dijo entonces que la conducta realizada por Acosta Serna, el día de los trágicos acontecimientos, cuando instigó primero a Mejía Obando para que ultimara a Ricardo Muñoz y posteriormente a sabiendas de que se trataba de persona distinta, lo indujo a matar a Efraín, configura su responsabilidad por delitos diferentes, que obedecieron a intenciones y acciones distintas, con dolos específicos, cuyos resultados lesionaron bienes jurídicos protegidos en forma concreta por dos normas legales diversas, en concurso material, sucesivo y heterogéneo. Como el demandante repite para sustentar este cargo las mismas razones que le sirvieron para censurar el anteriormente anotado, comentado suficientemente en párrafos precedentes, no es el caso de volver sobre los mismos argumentos. Como ninguno de los cargos prospera, de lo dicho hasta aquí se concluye que la demanda debe desestimarse.

Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida por el procesado Gildardo Acosta Serna y proferida por el Tribunal Superior de Buga el dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos setenta (1970).

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

REVISION

Cuando se trate de demostrar la falsedad de un testimonio por medio de otro testimonio, además de los requisitos de credibilidad que debe reunir el testigo de impugnación, debe comprobarse de manera adecuada que este no se pudo recibir dentro del proceso objeto de la revisión, por algún hecho imprevisible o irresistible que origine fuerza mayor, o a causa de una conducta dolosa de parte interesada con la sentencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, 3 de septiembre de 1971.

(Magistrado Ponente: Doctor José María Velasco Guerrero).

(Aprobado: Acta número 33 de 1971).

Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el procesado Basilio Angélico Coají, por medio de apoderado especialmente constituído, con relación a la causa adelantada contra él y otros en el Juzgado Segundo Superior de Popayán, por el delito de homicidio agravado en la persona de Manuel Santos Hernández, y que culminó con la sentencia ejecutoriada del Tribunal Superior de Popayán que lo condenó a la pena de quince años de presidio.

Hechos y actuación procesal

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal los resume en la forma que se transcribe a continuación:

"El 11 de mayo de 1963 la señora Ana Julia Paz Hernández dio cuenta al Alcalde de Rosas que su esposo Manuel Santos Hernández acababa de ser muerto en forma violenta y señalaba como autores del delito a Efraín Meneses y Juan Evangelista Cruz o Coají, versión ésta que sostuvo a todo lo largo del proceso en ampliaciones de su declaración y en diligencias de careo.

"Con base en la declaración testimonial de la señora Ana Julia Paz de Hernández, los antecedentes de enemistad entre la víctima y Efraín Meneses y otras piezas procesales, se dictó auto de detención contra quienes desde un principio fueron señalados como autores del delito.

"El 21 de junio del año citado se presentó espontáneamente al funcionario de instrucción el ciudadano Luis Antonio Solano N. quien manifestó que en su deseo de aclarar los hechos que culminaron con la muerte violenta del señor Manuel Santos Hernández y aprovechando la estimación de que gozaba en la región '...supe que algunas personas cuyos nombres no me fueron suministrados, vecinas del corregimiento de Gualoto...' habían visto a Juan Evangelista Cruz por los alrededores del lugar en que habían ocurrido los hechos en la mañana del 11 de mayo de 1963 y decidió visitar al acusado en la cárcel de Popayán y enterarlo de estos comentarios. Agregó el declarante, que Juan Evangelista Cruz aceptó haber intervenido en los hechos pero le informó

que también había participado en ellos Basilio Angélico Coají y que su suegro Efraín Meneses se encontraba preso injustamente (Fl. 104).

"El acusado Juan Evangelista Cruz se apresuró a ampliar su indagatoria y a confirmar en todas sus partes la versión expuesta por Solano (Fls. 105 y ss.). Se explica entonces que el auto de detención dictado contra Basilio Angélico Coají se apoya en la diligencia acabada de citar y que ocupa apenas el folio 141 del informativo, porque no existe en el proceso otro elemento probatorio en contra de este acusado.

"Es preciso aclarar que Basilio Angélico Coají rindió declaración jurada ante el funcionario de instrucción y dio cuenta de sus actividades durante los días diez y once de mayo de mil novecientos sesenta y tres (Fl. 51) y como no fue hallado para recibirle indagatoria, se le declaró reo ausente y se le nombró apoderado de oficio por auto del 10 de febrero de 1964 (Fls. 184 y 197).

"A pesar de que reiteradamente la denunciante señaló como únicos autores del delito a Efraín Meneses y a Juan Evangelista Cruz, el Juzgado Segundo Superior de Popayán, dos años y medio después de los hechos, comprometió en juicio criminal con la intervención del jurado de conciencia a Meneses, Cruz y Coají (Fl. 289 y ss.).

"El defensor de oficio de Basilio Angélico Coají apeló del auto de enjuiciamiento y se concedió el recurso por auto del 25 de noviembre de 1965 y el Tribunal Superior de Popayán lo confirmó en proveído del 11 de abril de 1966 (Fl. 321 y siguientes del cuaderno Nº 3). Observa este Despacho que en esta oportunidad la Corporación se limitó a transcribir su auto del 24 de julio de 1964 y reproducir en parte declaraciones recibidas con posterioridad a esta última fecha. Las consideraciones jurídicas respecto de la responsabilidad penal de los tres acusados se redujeron a este párrafo:

" 'Así las cosas, uno y otro deben responder como coautores, dado el número de lesiones mortales de necesidad, causadas con arma de fuego, que hicieron al cuerpo de Santos Hernández, reconocidas en la diligencia de autopsia y en la peritación de la Oficina Médico-Legal. Con igual grado de eficacia intervinieron en los actos de perfección del delito. Idéntico grado de participación corresponde a Basilio Coají, sujeto a quien también encontraron las autoridades, en su casa, municiones de escopeta y quien, además, dio de varillazos al cuerpo de Santos Hernández, una vez cayó éste al suelo, en momentos en que la viuda huía aterrorizada, ante la irrupción, desde el bosque, de Meneses y Cruz. Su presencia en el lugar del crimen la declara terminantemente Juan Evangelista Cruz en su injurada de folios 105 y ss. del cuaderno número 1 como se dejó antes dicho'.

"Igualmente, observa este Despacho que el Juzgado Superior en el auto calificatorio también reprodujo la providencia del Tribunal del 24 de julio de 1964 y sus comentarios en relación con la responsabilidad de los tres acusados son tan pobres como los consignados en el proveído de la Corporación mencionada.

"El jurado de conciencia encontró responsables del homicidio agravado en la persona de Manuel Santos Hernández a Juan Evangelista Cruz y a Basilio Angélico Coají. A Efraín Meneses lo absolvió. Si el acta de la audiencia pública es fiel reflejo de lo acaecido en ella, la defensa del reo ausente Coají fue en extremo deficiente como puede establecerse de la lectura del folio 380 del informativo.

"En la sentencia de primera instancia el Juzgado Segundo Superior reprodujo íntegramente el auto del Tribunal Superior de Popayán del 11 de abril de 1966 (Fls. 386 a 393 vto.), comentó extensamente, en verdad, las intervenciones de las partes en la audiencia pública y concluyó aceptando los veredictos y procedió a condenar a Juan Evangelista Cruz y a Basilio Angélico Coají y absolvió a Efraín Meneses.

"El Tribunal Superior de Popayán al revisar la providencia de primer grado reprodujo: el auto por el cual confirmó la deten-

ción preventiva de Efraín Meneses (Fls. 414 a 424), el de proceder de abril de 1966 (Fls. 424 a 431) y la intervención del defensor de Efraín Meneses en la vista pública, (Fls. 433 a 436), por manera que las consideraciones jurídicas de la Corporación para confirmar la sentencia de primera instancia se reducen a página y media (Fls. 436 a 437)". (Fs. 90 a 93 del cuaderno de la Corte).

La demanda

Fue presentada oportunamente por el abogado Hermenegildo Bonilla Gómez el dos de noviembre de 1970. Se declaró formalmente ajustada a las prescripciones del Art. 572 del C. de P. P., entonces vigente, y se ordenó el trámite del recurso en la forma prevista en los Arts. 573 y siguientes del mismo estatuto.

Luego de reseñar los hechos y la actuación procesal, cuyos aspectos fundamentales acaban de transcribirse, expone los supuestos de hecho y de derecho, en apoyo de sus pretensiones, en la forma que sigue:

"1º Que la denunciante vio a los autores del asesinato de su esposo Manuel Santos Hernández, y no vio allí a Basilio Angélico Coají;

"2º Que por tal razón no denunció a Basilio Angélico Coají;

"3º Que en esa madrugada de los hechos que dieron por resultado el asesinato del esposo de la denunciante, Basilio Angélico Coají, conforme a las pruebas que acompaño, se encontraba en su casa ubicada en la sección de La Paz, en el Municipio de Sotará, que se encuentra a una gran distancia del punto llamado 'El Coco', Municipio de Rosas (C.);

"4º Que muchos meses después, por insinuación de unos amigos del incriminado principal, fue que este incluyó a Basilio Angélico Coají, dizque para sacar de ese complot al suegro de Juan Evangelista Cruz que se encontraba también detenido, de nombre Efraín Meneses, y que en realidad fue sobreseído definitivamente, para condenar sin prueba alguna a Basilio Angélico Coají.

"Derecho: Artículos 571 ordinales 1º, 3º, 5º del C. de P. P.; 203 y ss. de la misma obra.

"Teniendo en cuenta lo que he dejado expuesto, y la prueba que existe en los autos, ésta carece de fuerza legal bastante para que se hubiera recaído contra Basilio Angélico Coají sentencia condenatoria; pues, para que este fenómeno tenga cumplido efecto es necesario que la prueba existente en el proceso sea plena y se haya producido legalmente, ya que conforme a lo establecido por el artículo 208 del citado código procesal, no deben admitirse pruebas que no conduzcan, directa o indirectamente, a establecer los hechos que son materia del proceso. El citado Coají fue incluído en el mencionado proceso debido a la malquerencia que le profesaba el autor directo del crimen, o sea Juan Evangelista Cruz. Ahora bien, el funcionario fallador debió tener en cuenta la prueba que obraba en los autos contra Basilio Angélico Coají para haber declarado contraevidente el veredicto afirmativo que contra éste se pronunció por el Jurado de Conciencia, y de ninguna manera pronunciar la sentencia condenatoria. Por otra parte, los dos señores que dice Cruz le dijeron que incluyera en el caso a Coají, en sus exposiciones extrajuicio que se acompañan, no dan razón de este hecho. Hay algo más todavía: Basilio Angélico Coají durante la secuela del referido proceso fue asistido por apoderado y defensor de oficio, que nada hicieron por sacar avante las tesis de inocencia; por el contrario, después de haber apelado del auto de procesamiento, días después desistió de esa apelación, ocasionándole a Coají graves perjuicios respecto a la situación jurídica existente en su favor.

"Documentos. Acompaño el poder que me ha sido otorgado; varias piezas tomadas del proceso que se adelantó para descubrir al autor del asesinato de Manuel Santos Hernández; tres declaraciones de testigos idóneos que dan razón, bajo la gravedad del juramento, que Basilio Angélico Coají el día de los hechos, se encontraba en su casa de habitación ubicada en La Paz, Municipio de Sotará (Cauca); y, las dos declaraciones de los ciudadanos que dijo Cruz le habían dicho en la Cárcel que dijera que Basilio An-

gélico Coají había estado con él en esa madrugada, para que salvara a su suegro Efraín Meneses". (Fs. 61 y 62 del cuaderno de la Corte).

Concepto del Procurador

Comienza por destacar la declaración extrajudicial de Luis A. Solano M., posteriormente ratificada ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Popayán, en el mes de marzo de este año, a cuyo tenor el declarante no aconsejó al procesado Juan Evangelista Cruz que comprometiera al recurrente como coautor en el delito de homicidio agotado en la persona de Manuel Santos Hernández, con el fin de evitar que, con su silencio, continuara perjudicando a su suegro Efraín Meneses (Fs. 56), incriminado personalmente por la viuda del occiso. El procurador señala que este testimonio se encuentra en abierta contradicción con el que rindiera el mismo declarante, y que figura a folios 104 del expediente, en el cual narra que sí estuvo en la cárcel de Popayán, por consejo del abogado de Meneses y de Juan Evangelista Cruz, quien le dijo que en guarda de su prestigio profesional le agradecería entrevistarse con el último de los nombrados y contarle "los rumores que ya corrían, casi confirmados, acerca de su participación directa en el delito investigado". Que fue así como obtuvo la confesión de Juan Evangelista de que, evidentemente él, en asocio de Basilio Coají, ultimó la vida de Manuel Santos Hernández, confesión que estaría pronto a ratificar judicialmente. En esta primera consideración comenta el procúrador la inexcusable conducta del Tribunal Superior de Popayán, que, obrando con inexplicable ligereza, "en todas sus decisiones en el proceso, se limitó a transcribir las exposiciones del Juzgado Superior y del colaborador fiscal, con ocasión de las peticiones de Meneses", sin realizar el menor esfuerzo propio para establecer en forma clara la particular responsabilidad de cada uno de los acusados en los hechos investigados, cuya gravedad exigía de los funcionarios competentes una mayor atención. Atribuye a la incuria y desidia del Tribunal Superior de Popayán la condena de Angélico Coají, con base en la sola declaración del principal acusado, quien, por obvias razones, pretendía con ella favorecer a su suegro Efraín Meneses, de lo cual hay abundante prueba en el expediente, "so pretexto de que Luis A. Solano M. había escuchado de diferentes personas, que no identificó", que el día de los trágicos acontecimientos vieron a Basilio Coají merodeando en el lugar en que fue muerto Manuel Santos Hernández, coyuntura aprovechada por Juan Evangelista Cruz para acusar a Coají (Fls. 51, 104, 105 y 11).

Mas como en el recurso extraordinario de revisión no se enjuicia la actuación del proceso original, se excusa de avanzar en la crítica "de cuestiones de derecho y decisiones que hoy parecen definitivas", no obstante que no oculta su disgusto y consigna su protesta enérgica por la manera deficiente como actuaron en el proceso funcionarios de tan alta investidura como son los magistrados del Tribunal Superior de Popayán, de quienes era dable esperar un "proceder responsable", tratándose de delito tan grave y con prueba abundante y contradictoria.

Refiriéndose concretamente a la demanda de revisión, repara que ella no cumple los requisitos señalados por el Art. 572 del C. de P. P., pues se omitieron los fundamentos de hecho y de derecho en que pretende apoyarse la solicitud. Pues, en cuanto a los primeros, el demandante se remite a la versión de la denunciante, que una y otra vez, en forma tenaz y reiterada incriminó como responsables de la muerte de su esposo a Juan Evangelista Cruz y Efraín Meneses, y a la declaración única con base en la cual fue condenado como copartícipe Basilio Angélico Coají.

En cuanto a los segundos, dice que el actor se limitó a citar los ordinales 1º, 3º y 5º del Art. 571 del C. de P. P. y el 203 y siguientes del mismo estatuto, y advierte que como las causales de revisión a que se contraen los ordinales citados por el demandante contemplan motivos diferentes, ante la ausencia de razonamientos jurídicos atinentes a su demostración, resulta materialmente imposible precisar a cuál o cuáles de ellos se refiere el recurrente que, posiblemente, reservó ese capítulo de la demostración para

la oportunidad que le ofrece el Art. 574 del C. de P. P. de presentar alegato de conclusión. Por lo cual encuentra que no puede opinar en el fondo.

En su tercera y última consideración, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal precisa cómo es inútil referirse a la prueba allegada con la demanda de revisión y a su posterior ratificación, por lo ya dicho por él con anterioridad, y porque, además, según doctrina constante de esta Sala de la Corte, ha sido establecido que la ratificación de las declaraciones de nudo hecho ha de verificarse con la intervención del Ministerio Público quien debe someter a los declarantes a un completo interrogatorio conforme a las normas pertinentes del estatuto procedimental. Pide finalmente que la Sala niegue la solicitud de revisión formulada por el apoderado de Basilio Angélico Coají.

Se considera

A las muy atinadas reflexiones del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, que se ajustan en un todo a la realidad procesal, y se conforman a la doctrina de la Corte sobre los requisitos que ha de reunir la demanda de revisión en este recurso extraordinario, cuyos motivos específicos han de probarse inequívocamente, sin que pueda ventilarse en él cuestiones que fueron debatidas contradictoriamente en el proceso, cabe agregar que las solas declaraciones de nudo hecho, ratificadas posteriormente, en la forma deficiente anotada por el Procurador, no bastan a demostrar que el procesado recurrente se encontró ausente del lugar en que fue muerto Manuel Santos Hernández, ya que la presencia allí, en el sitio de los acontecimientos, de Basilio Angélico Coají, fue uno de los hechos discutidos en el proceso y que sometido a la consideración del jurado del pueblo, éste absolvió desfavorablemente a las pretensiones de aquel. Sobre el particular ha dicho la Corte que "cuando se intenta demostrar la falsedad de un testimonio o testimonios, por medio de otros testimonios, además de los requisitos de credibilidad que deben reunir los testigos de impugnación, se debe comprobar de manera adecuada que estos no se pudieron recibir dentro del proceso objeto de la revisión por algún hecho imprevisible o irresistible que origine fuerza mayor, o causa de una conducta dolosa de parte interesada o favorecida con la sentencia." (revisión 20 de agosto de 1960, XCIII, 321). Ni este es el caso alegado por el recurrente, ni lo que pretende demostrar con las declaraciones acompañadas a la demanda —la ausencia del procesado en el lugar de los acontecimientos constituye hecho nuevo, pues fue materia debatida con amplitud en el proceso.

Por último, como el demandante no alegó de conclusión, parece conveniente reiterar la doctrina que sobre el particular ha dictado la Sala, en caso semejante y en reciente oportunidad:

"V. La revisión 'es un recurso el más exigente', que no puede tener éxito sin el lleno de ciertos presupuestos subjetivos, objetivos y formales. Entre ellos está el alegato de fondo, que sucede al período probatorio y en el que el actor debe analizar razonadamente la prueba, en orden a demostrar o poner de resalto la existencia real del motivo presentado en el escrito de demanda, con técnica similar a la que preside la casación. No basta de ordinario, al menos en el derecho positivo colombiano, formular la petición de revisión y solicitar luego la práctica de pruebas; es menester, para el planteamiento completo, sustentar la causal o causales presentadas en la demanda que origina el proceso sui-generis de la revisión mediante el alegato de conclusión, pues la Corte no tiene actuación oficiosa para darle forma a la acusación contra el fallo que se ataca.

"VI. Solamente por vía de excepción, en casos muy especiales, podría el recurrente en revisión ser eximido del alegato de conclusión, en la hipótesis de que en el libelo de demanda fundamentara con claridad y precisión el motivo aducido y demostrara en él la existencia de la causal invocada con pruebas acompañadas a la misma demanda y que no requirieran de ratificación o nueva producción en la etapa probatoria del recurso, es decir, que pudieran ser apreciadas

en la decisión sin más condiciones, por tratarse, verbigracia, de documentos oficiales auténticos". (Providencia de 11 de septiembre de 1970).

El apoderado de Basilio Angélico Coají adujo como motivos de revisión los previstos en los ordinales 1º, 3º y 5º del Art. 571 del C. de P. P. Limitó su actuación a los aspectos atrás analizados y al aporte de unas declaraciones de nudo hecho, ratificadas en forma deficiente. Todo ello hacía más exigente aún la intervención posterior del apoderado para sustentar el recurso en la oportunidad que le ofrece el Art. 574 del mismo estatuto. Como no alegó de conclusión, el recurso, huérfano de sustentación, impide a la Sala un pronunciamiento en el fondo y no puede, sino, como lo solicita el Procurador, negar la revisión peticionada por el recurrente.

Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NIEGA la revisión en el proceso seguido contra Basilio Angélico Coají y otros, por el delito de homicidio en la persona de Manuel Santos Hernández, en el que se lo condenó a la pena principal de 15 años de presidio, mediante sentencia de diez (10) de febrero de mil novecientos sesenta y ocho (1968), dictada por el Tribunal Superior de Popayán.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

JURADOS DE CONCIENCIA. NOTIFICACION

Objetivo que persiguió el legislador al elevar a seis la cifra de los jurados que deben sortearse; la ley no ordena, realizar sorteo parcial, cuando se ha dejado de notificar a alguno o algunos de los jurados el auto por medio del cual el juez de la causa señala fecha y hora para la celebración de la audiencia pública.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, 3 de septiembre de 1971.

(Magistrado Ponente: Dr. José María Velasco Guerrero).

(Aprobado: Acta número 33 de 1971).

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado Rafael Urbano Baquero Baquero, contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual el 30 de septiembre de 1970 confirmó la providencia del Juzgado Superior de Cáqueza, del 19 de junio de 1969, que lo condenó a la pena principal de ocho años de presidio y a las accesorias de rigor, como responsable del delito de homicidio simplemente intencional en la persona de Jaime Hernández Parrado.

Hechos y actuación procesal

El Juez Superior de Cáqueza los resume en la forma que aparece a continuación:

"Se aprecia en autos que Jaime Hernández Parrado, transportador, el 14 de enero de 1958, después de diligenciar en diferentes municipios de Fosca, de este Distrito Judicial al lugar denominado 'Placitas' y en la tienda de Santos Edilberto Garay Reyes, se reunió entre otros con Gustavo Barbosa, su hermano Omar Alirio, Medardo, Edilberto, y Arquimedes Carrillo Quevedo, Ramiro Almenjo Rey Baquero, el dueño del establecimiento y su esposa, y en dicho lugar se encontraba además Rafael Urbano Baquero Baquero. Todos los contertulios ingerían bebidas embriagantes; Jaime Hernández había llegado en compañía de su hermano y sobrino en un camión de su propiedad, luego de las libaciones consiguió que sus parientes abandonaran el establecimiento y abordaron el vehículo, del que luego se apearon a instancias de Medardo Carrillo quien convidaba a una última cerveza; Jaime Hernández, resuelve irse solo a pie, yendo en camino es agredido y lesionado, por cuya gravedad llegó al Hospital de San Juan de Dios (La Hortúa) en donde falleció el seis de febrero de 1958 (sic)". (Fs. 484).

Inició la investigación —el juzgado promiscuo municipal de Fosca. Terminada la instrucción, luego de haber recogido numerosa prueba, remitió el expediente al Juzgado Superior de Cáqueza. Fue recibido allí el 16 de marzo de 1968 y se ordenó la práctica de nuevas diligencias necesarias al perfeccionamiento del sumario. La investigación fue clausurada por auto de veintidós de abril del mismo año y se corrió traslado a las partes para oírlas en alegato de conclusión. Se calificó el mérito del sumario el cuatro de junio inmediatamente siguiente, habiéndose sobreseído temporalmente en favor del procesado recurrente. Se comisionó con cuarenta y cinco días de término y con amplias facultades al Juzgado Promiscuo Municipal de Fosca, para que practicara las numerosas pruebas a que se refiere el auto

en mención (folios 320 a 351 del expediente). El Tribunal de Bogotá al absolver la consulta el veintisiete de agosto revocó el sobreseimiento temporal y llamó a responder en juicio criminal, por la vía en que interviene el jurado de conciencia, al sindicado Rafael Urbano Baquero Baquero. Abierto el negocio a pruebas y cumplidos los trámites del juicio, la vista pública tuvo ocasión el 26 de noviembre de 1968. Al jurado del pueblo se le sometió, para su veredicto el siguiente cuestionario:

"El encausado Rafael Urbano Baquero, de la naturaleza y condiciones civiles determinadas en el proceso, es responsable SI o NO —conforme al auto de proceder— de haber ocasionado la muerte con intención de matar, en coautoría de otros, a Jaime Hernández Parrado según hechos ocurridos en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que da cuenta el expediente, utilizando para ello arma cortopunzante, el día catorce de enero del presente año, en las horas de la noche, en el sitio denominado 'Placitas', comprensión del municipio de Fosca de este Distrito Judicial?"

El jurado declaró la responsabilidad del procesado. Consecuencialmente y acorde con su veredicto, fueron pronunciados los fallos de instancia de que se ha hecho mención en el párrafo primero de esta providencia.

La demanda de casación. Dentro del término legal fue presentada por el apoderado del recurrente y se declaró ajustada, por su aspecto formal, a los requisitos de ley, por auto del 28 de junio de este año.

Causales de casación. La cuarta: Haberse dictado la sentencia en juicio viciado de nulidad. Acusa la violación del Art. 26 de la Carta "que enseña de manera inequívoca y categórica —dice el recurrente— que en el juzgamiento se deben observar las formas propias del juicio y cuyo texto, en obsequio a la verdad, no es menester transcribir en este alegato o demanda especial". A continuación cita el Art. 511 del C. de P. P., entonces vigente, para afirmar que en sus primeros incisos señala el trámite a seguir cuando en alguno de los jurados concurra alguna de las causales de impedimento señaladas taxativamente por el legislador. Anota que a los jurados de conciencia, por ser funcionarios que colaboran con la justicia ocasionalmente, puede recusárselos en cualquier momento, antes del pronunciamiento de la sentencia. Que tal cosa fue lo que hizo, cuando apenas se iniciaba la vista pública, la parte civil, habiendo recusado a uno de los jurados por prevaricato, insinuación que no fue acogida por el juez de la causa que presidía el acto de audiencia, como consecuencia de lo cual se violó la norma que lo obligaba a suspender dicho acto y a tramitar el incidente de recusación.

Concepto del Procurador

Se abstiene de contestar el cargo "mediante el análisis de lo que el actor presenta como tachas al fallo recurrido, por cuanto en forma alguna se cumplieron los requisitos exigidos por el artículo 63 del Decreto 528 de 1964". El Procurador los transcribe en tres numerales y, seguidamente, copia, entre comillas, algunas doctrinas de la Corte, dictadas con ocasión del examen de casos semejantes, y concluye con la franca solicitud de que por la Sala se revoque el auto por medio del cual se declaró ajustada la demanda, por su aspecto formal, a los requisitos de ley, y que en su lugar se declare desierto el recurso.

Se contesta

Los reparos del Procurador Primero Delegado en lo penal a la demanda de casación, en general, y en cuanto concretamente se refieren a este cargo primero que se examina, son atinentes, pues no solo que la censura a la sentencia recurrida dejó de lado demostrar las premisas en que se funda, en cuyo caso no puede la Corte suplir las deficiencias de la acusación, sino que olvidó asimismo fijar el alcance de la impugnación. Omisión inexcusable y que priva a la Sala el conocimiento de las pretensiones del censor. Sin embargo, no puede acceder a las peticiones del Ministerio Público, en tanto ellas se encaminan a conseguir la revocatoria del auto por medio del cual declaró la demanda ajustada, por su aspecto formal, a los requisitos de ley, pues ello equivale en

sana lógica a interponer, fuera de tiempo, un recurso de reposición. Lo cual no es óbice para que, por las razones aducidas y que no son ajenas a las preocupaciones del colaborador fiscal, el cargo se desestime.

Con fundamento también en la causal cuarta de casación, el recurrente ensaya, sin conseguirlo, la demostración de un segundo cargo a la sentencia del Tribunal Superior. Aduce como razones para sustentarlo, las siguientes: "El artículo 21 del Decreto 1358 de 1964 dispone que el número de jurados para la audiencia debe ser de seis (6), mediante el sistema del sorteo público.

"El artículo 25 dispone que se les notifique a los seis el auto que ordena tenerlos como jurados. Este ordenamiento se cumplió en este proceso como puede verse a folios 450 y 451.

"El artículo 26 dispone que el auto que señala fecha y hora para dar comienzo a la audiencia pública se debe notificar en forma personal a los seis (6) jurados. Este artículo no se cumplió por cuanto el jurado Rodríguez Rincón no fue notificado (Fl. 457) y se llegó al momento de audiencia con solo cinco jurados".

Agrega que el Juzgado Superior ha debido proceder a solicitarle al Tribunal sorteo parcial para reemplazar a dicho jurado, cuya ausencia de la ciudad de Cáqueza fue conocida con anticipación al acto de audiencia y no en el momento de su iniciación, caso en el cual hubiera sido posible reemplazarlo en la forma prescrita por el Art. 27 del Decreto 1358 de 1964. Más adelante asegura que lo propio ocurrió con el jurado principal Noé Carrillo. Se excusó la víspera de la audiencia (folios 458), por cuya causa y no darse las circunstancias del ya citado Art. 27, era el caso de "suspender la audiencia" y proceder a solicitar el sorteo parcial, para no incurrir en violación de la norma sustancial que enseña que los jurados deben ser seis y no cuatro. Señala que lo ocurrido es distinto al caso contemplado por el Art. 27, que concretamente contempla como debe procederse cuando al momento "de iniciarse la audiencia faltare alguno a algunos de los tres jurados principales". De lo anterior concluye que el sentenciador violó en forma específica la garantía constitucional que hace de obligatorio cumplimiento por los jueces la observancia de las formas propias de cada juicio, en orden a conseguir una justicia libre, al abrigo de toda sospecha de parcialidad.

Concepto del Procurador

Se dijo ya que el Procurador Primero Delegado en lo penal ha limitado su actuación a la crítica de los defectos de que adolece la demanda, excusándose de conceptuar en el fondo, o sobre el mérito de cada uno le los cargos, pues, en su concepto, aquella ostenta vicios insubsanables. En lo que pudiera interpretarse como una referencia concreta a este segundo cargo, el Ministerio Público se limita a transcribir pasajes de diversas doctrinas en que la Corte precisa los requisitos mínimos que ha de contener la demanda en este recurso extraordinario.

Se considera

Si bien el cargo no se ajusta en su presentación a un orden metódico riguroso que facilite su comprensión, es inteligible. El recurrente cita los hechos en que se funda para sustentarlo, anota las omisiones en que, según él, incurrió el Juzgado Superior de Cáqueza y señala en forma precisa las actuaciones procesales que considera viciadas e indica las normas de procedimiento cuya inobservancia condujo al sentenciador a la violación de una de las garantías concretas consagradas por el constituyente en el artículo 26 de la Carta. Sin embargo acepta que el artículo 25 del Decreto 1358 de 1964 fue cumplido cabalmente por el Juzgado Superior de Cáqueza, pues cada uno de los seis jurados sorteados como principales y suplentes fue notificado personalmente del auto que ordenó tenerlo como tales. Objeta sí que uno de los jurados se ausentó de la ciudad la víspera de la audiencia y otro se excusó de asistir a ella con un día de anticipación, a pesar de lo cual la diligencia se llevó adelante, y se integró el jurado, con tres de los cuatro jurados que se hicieron presentes a ella.

Es cierto que el Art. 27 advierte que cuando al iniciarse la audiencia faltare alguno o algunos de los tres jurados principales, serán reemplazados por el suplente o suplentes siguiendo el orden de extracción de las fichas.

No dice el Art. 27 que cuando no sea posible notificar a alguno o algunos de los jurados el auto por medio del cual el juez de la causa señala fecha y hora para la celebración de la audiencia, deba procederse, como lo pretende el recurrente, a solicitar sorteo parcial para reemplazar a los ausentes, y menos erige en causal de nulidad el hecho de que se proceda a la celebración de la vista pública con los jurados que asisten a ella en número suficiente. El objeto de elevar a seis la cifra de los jurados que deben sortearse, previamente al acto de audiencia, no fue distinto al de evitar que la inasistencia, justificada o no, de alguno de los jurados, impida su celebración en la fecha y hora señalados, cosa que ocurría con demasiada frecuencia. Pero si los jurados que actuaron fueron sorteados legalmente con el carácter de principales y suplentes, y por ausencia de uno de ellos y excusa de otro que tenía la condición de principal, el jurado se integró en la forma prevista en el artículo 27, reemplazando a los que faltaron a la vista pública con los que sí concurrieron a ella, la actuación no adolece de nulidad alguna, pero ni siquiera de irregularidad, pues lo acontecido se ajusta en un todo a las precisiones normativas de las disposiciones de procedimiento que el recurrente señala equivocadamente como violadas por el sentenciador. Por este orden de ideas, como no cabe admitir nulidad alguna dentro del marco de las leyes ordinarias, menos sería posible admitirla en el ámbito constitucional, cuya configuración en el proceso penal es de carácter excepcional y puede ser reconocida y declarada por la Corte, como lo tiene dicho en reiterada jurisprudencia suya, cuando los hechos en los cuales se funda son de tanto momento y trascendencia que su reconocimiento resulte a todas luces conducente a evitar que se menoscaben las bases mismas del juicio o se mengüen garantías fundamentales del derecho de defensa o de las partes que en él intervienen. No es este el caso debatido por el recurrente. El cargo no prospera.

Decisión

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida por el procesado Rafael Urbano Baquero Baquero y proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 30 de septiembre de 1970.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo, Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

HOMICIDIO AGRAVADO. CONCURSO MATERIAL. NUMERALES 3º Y 4º DEL ARTICULO 363 DEL CODIGO PENAL

AUTO DE PROCEDER. El proveído enjuiciatorio de primera y segunda instancia constituyen una unidad jurídica. CUESTIONARIOS. No constituye nulidad supralegal incluir en los cuestionarios calificaciones jurídicas de la conducta delictuosa analizadas en la motivación del auto enjuiciatorio. DELITO COMPLEJO. El delito complejo, surge cuando el legislador, toma un hecho que en forma autónoma constituye delito y lo convierte en elemento estructural o agravante de otro tipo penal, siendo imposible en estos casos hablar de concurso efectivo de delitos. El Código Penal Colombiano, no describe en su parte general el delito complejo o unitario. Sin embargo en algunas conductas delictuales consagradas en la parte especial, se observan las características propias de este fenómeno. CONCURSO MATERIAL. Las causales de agravación del homicidio estipuladas en los numerales 3º y 4º del Art. 363 del Código Penal no son modalidades del delito complejo, sino verdaderos concursos efectivos materiales de tipos penales, pues se trata de ilicitudes realizadas, con procesos ejecutivos autónomos que originan pluralidad de lesiones o eventos dañinos separables en su objetividad material y jurídica.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, tres de septiembre de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez).

(Aprobado: Acta Nº 33).

Vistos

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el procesado Teodosio Moreno Berrío y su defensor contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería proferida el 17 de noviembre de 1970, mediante la cual fue condenado Moreno Berrío a la pena principal de veinticuatro años de presidio y a las accesorias de rigor, por los delitos de homicidio y robo, cometidos en la persona y contra el patrimonio de Marco Antonio Payares Montes.

La impugnación extraordinaria fue admitida por esta Sala en auto de 12 de marzo postrero, y se sometió al trámite legal previo a la resolución que ahora corresponde dictar.

Antecedentes

En las horas de la noche del 21 de agosto de 1965, en los alrededores del mercado público de la ciudad de Montería, en punto cercano al río Sinú, los sindicados Teodosio Moreno Berrío, Alberto Arturo Beltrán Bustamante y Arturo Pérez Correa, en ejecución de un plan concebido un poco antes por el primero de los nombrados, despojaron violentamente a Marco Antonio Payares Montes de su reloj de pulso y de la suma de seis pesos.

Inmediatamente después de consumado el robo el incriminado Moreno Berrío, excediendo lo pactado con los codelincuentes,

por propia y exclusiva determinación, golpeó con un palo al ofendido Payares Montes en el cráneo y lo lanzó luego al río Sinú, donde pereció ahogado, esto es, por asfixia causada por sumersión, según el dictamen médico legal de la necropsia, pericia en la que se observa, además, que el occiso presentó "una gran zona equimótica de origen traumático" en la región occipital del cráneo.

Perpetrado el homicidio, sin otro móvil aparente que el de ocultar el robo, los cómplices de Moreno Berrío en el delito de última mención le preguntaron, a manera de reproche, el por qué había realizado esa nueva y criminal acción, a lo cual respondió Moreno que si él había de morirse qué importaba que otro muriera antes.

En razón de los hechos que se dejan resumidos el Juzgado Tercero Superior de Montería, por auto de 24 de octubre de 1966, una vez cerrada la investigación, llamó a responder en juicio a los procesados Moreno, Beltrán y Pérez por los delitos de robo y homicidio, especificado este último en la parte motiva como asesinato por la concurrencia de la causal 4ª del artículo 363 del C. P. Al acusado Moreno se le tuvo en dicho proveído como coautor del robo y autor del homicidio, y a los otros dos imputados se les señalaron diversos grados de cooperación en una y otra infracción, en forma que no es preciso reseñar para los fines de esta sentencia.

Contra el auto de proceder se interpuso el recurso de apelación, y el Tribunal Superior de Montería lo confirmó en el suyo de 27 de junio de 1967 con algunas reformas, de las cuales importa destacar que el delito de homicidio se imputó "solamente al procesado Teodosio Moreno Berrío", y que éste fue inculpado como "cómplice necesario" del robo, en lugar de coautor del ilícito.

Impulsado el juicio se celebró la audiencia pública entre los días 17 y 18 de marzo de 1970, en la cual se sometieron a la consideración del jurado, en lo concerniente al procesado recurrente, los dos cuestionarios que a continuación se transcriben:

"El acusado Teodosio Moreno Berrío es responsable de haber dado muerte con el propósito de matar al señor Marco Antonio Payares Montes después de haber cometido el delito de robo para ocultar ese delito, le infirió a la víctima golpes con arma contundente (garrote) lanzándolo posteriormente al río, lo cual ocasionó su deceso? Los hechos ocurrieron el día 21 de agosto del año de mil novecientos sesenta y cinco (1965), por los lugares del mercado público de la ciudad, en las horas de la noche".

"El acusado Teodosio Moreno Berrío es responsable como cómplice necesario del delito de robo cometido en dinero y prendas de propiedad del occiso Marco Antonio Payares Montes? Los hechos ocurrieron el día veintiuno (21) de agosto del año de mil novecientos sesenta y cinco (1965), por los lugares del mercado público de la ciudad, en las horas de la noche".

Ambos cuestionarios fueron contestados afirmativamente por los jueces de conciencia con esta respuesta: "Sí es responsable".

Con fundamento en el veredicto, el juez de primer grado dictó sentencia el 29 de julio de 1970, en la que impuso al procesado Moreno Berrío la pena principal de veinticuatro años de presidio y las sanciones accesorias pertinentes, y condenó a los otros dos inculpados a diversas penas.

Contra el fallo se propuso apelación y el Tribunal Superior de Montería lo confirmó en el que ahora es objeto del recurso de casación.

La demanda

En escrito que se declaró ajustado en su forma externa a las exigencias de la ley, el apoderado especial del condenado Teodosio Moreno Berrío ataca la sentencia de segunda instancia invocando en orden lógico las causales 4ª, 2ª y 1ª del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, norma ésta codificada en el artículo 580 del Decreto 409 de 1971, que contiene el nuevo Código de Procedimiento Penal.

Causal 4ª

Con base en esta causal, que consagra como motivo de procedencia del recurso de casación en materia penal el que la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad, el demandante formula dos cargos contra el fallo del ad-quem, a saber:

Primer cargo

Nulidad constitucional o supralegal del juicio, por inobservancia en el auto de proceder de las reglas consagradas en el Art. 431 del C. de P. P., pues los juzgadores no especificaron en las providencias correspondientes las circunstancias que le daban al delito de homicidio imputado al recurrente "una excepcional gravedad para elevarlo a la categoría de asesinato", ni determinaron claramente el propósito de matar, que "constituye el elemento espiritual de la infracción penal por la cual se llamó a juicio a Teodosio Moreno Berrío" y que ha debido analizarse a la luz de las pruebas.

El censor cita algunos pasajes de los proveídos de primera y segunda instancias por los cuales se enjuició al procesado Moreno, como también jurisprudencia de la Corte relacionada con los requisitos formales del auto de proceder, y resume finalmente la acusación del siguiente modo:

"En la parte motiva del auto de vocación a juicio proferido por los falladores de instancia en contra de Teodosio Moreno Berrío no se analizaron las pruebas que demostraran el cuerpo del delito ni se habló de cuáles eran las pruebas en que se fundaba la imputación que se le hacía al procesado. Y esto era de suma importancia para establecer el elemento intencional del delito de homicidio calificado que se le imputó a Moreno Berrío en el cuestionario y en la sentencia objeto del recurso de casación.

"Tampoco se estableció en el auto calificatorio las circunstancias que pudieran incidir en la mayor gravedad del delito pues solo se habló de que Moreno Berrío arrojó a Payares al río Sinú, y que este hecho lo realizó con el propósito de ocultar el delito de robo pero resulta que esto no es más que una suposición sin respaldo alguno en las pruebas recogidas en el expediente. En el auto de proceder no se habló de cuáles pruebas se deducía el propósito criminal y este factor intencional quedó flotando en las interioridades de la conciencia del juez del conocimiento sin que se hubieran plasmado en el auto de proceder por medio de una imputación clara y concreta como es de rigor hacerlo en estos casos para que el procesado tenga la oportunidad de defenderse en el plenario de la causa y en la audiencia pública.

"Siendo un delito de homicidio agravado el que se le dedujo al procesado, los jueces de instancia tenían la ineludible obligación de analizar el acervo probatorio y establecer cuáles eran las pruebas allegadas a los autos de las cuales se derivaba el propósito criminal que es figura integrante del delito de homicidio el que de conformidad con el artículo 272 del C. de P. P., es uno de los elementos constitutivos del cuerpo del delito.

"Una de las plenitudes propias del juicio penal es la de que en el auto de proceder se le diga al procesado cuáles son los cargos que le aparecen en el proceso para que como ya se dijo pueda tener la oportunidad de defenderse de ellos.

"En resumen la falla más ostensible de este proceso se deriva de la ausencia del análisis de las pruebas que configuren el factor intencional o propósito criminal que es el más importante de los elementos constitutivos del delito porque omitir su análisis equivale a imputarle a un procesado un delito sin dolo lo que resulta contrario a los mandamientos de la ley".

Segundo cargo

Nulidad, también de rango constitucional por quebranto del artículo 26 de la Carta, en cuanto este precepto contempla como

garantía la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, porque en los cuestionarios sobre los cuales se interrogó al jurado por la responsabilidad del acusado Moreno Berrío se incluyó el propósito de matar, no previsto en el auto de proceder, rompiéndose así la armonía que debe existir entre esos dos actos procesales, y también porque en ellos se preguntó al jurado sobre asuntos de derecho y no de hecho, al mencionarse el delito de robo y la complicidad necesaria, violándose con ese proceder el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, que dice cómo deben redactarse los cuestionarios.

Agrega el actor que "en el cuestionario se le debe interrogar al jurado con un SI y un NO para que el jurado no se confunda al emitir su veredicción. Al examinar con suma atención los cuestionarios visibles a folios 138 y 139 del cuaderno original, fácilmente se observa que no se colocaron las palabras sacramentales de el SI o el NO que la ley prescribe en estos casos".

Finaliza el demandante el expresado cargo con el resumen que a continuación se copia:

"El señor Juez Tercero Superior de Montería, al elaborar los cuestionarios que debería someter a la consideración del jurado en el acto de la audiencia pública, se salió del pliego de cargos puesto que allí nada se dijo en lo referente al propósito de matar o factor intencional del delito de homicidio, y el cuestionario o cuestionarios propuestos no reflejan los cargos formulados en el auto de proceder ya que allí se consignaron cuestiones de estricto derecho cuyo pronunciamiento le está vedado por la ley a los jueces de conciencia.

"En consecuencia, los cuestionarios sometidos a la consideración del jurado que dirimió la responsabilidad de Teodosio Moreno Berrío, no reúnen las exigencias de la Ley 4ª de 1943, lo que implica que el juzgamiento del procesado recurrente no se acomoda a las prescripciones establecidas por las normas procedimentales que le son aplicables en estos casos y que no son otras, aparte de las anteriormente citadas, el Decreto 1358 de 1964, y el artículo 26 de la Constitución Política"

Causa 2ª

En el marco de esta causal, que prevé como motivo de casación el que "la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o esté en desacuerdo con el veredicto del jurado", el apoderado demandante alega que "La sentencia proferida por el H. Tribunal Superior de Montería por medio de la cual se condenó al procesado recurrente Teodosio Moreno Berrío, está en desacuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder".

Dice el impugnante que en la providencia enjuiciatoria se omitió el análisis del propósito criminal que llevó a Teodosio Moreno a arrojar a las aguas del río Sinú a Marco Antonio Payares, y como en el cuestionario respectivo y en el fallo del Tribunal ad-quem se contempló el factor intencional propio del homicidio, sin que en el término probatorio ni en la audiencia se hubieran producido nuevos elementos de convicción que modificaran los cargos imputados, "surge una discordancia entre la sentencia acusada y el auto calificatorio".

El desacuerdo anotado, manifiesta el demandante al resumir el cargo, "consiste en que en el auto de proceder no se habló ni se analizaron las pruebas que demostraran el elemento psíquico o factor espiritual de la infracción, esto es, el propósito criminal que indujo a Teodosio Moreno Berrío a consumar el reato que determinó su procesamiento, y como en la sentencia sí se le imputó el factor intencional, tenemos que por este aspecto existe desacuerdo entre la sentencia y el auto de proceder".

Causal 1ª

En el ámbito de esta causal, que hace casable la sentencia cuando ésta sea violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea, aduce el apoderado del recurrente que el Tribunal de segunda instancia

incurrió en error de derecho al aplicar los artículos 402 del Código Penal o 2º de la Ley 4ª de 1943, que lo sustituyó, y el 33 del mismo estatuto, al graduar con exceso la pena imponible al reo, pues si el homicidio por el cual se condenó a Teodosio Moreno se calificó como asesinato porque se cometió para ocultar el delito de robo, a tenor del ordinal 4º del artículo 363 de la ley penal, la infracción contra la propiedad quedó subsumida en el homicidio agravado, único delito que ha debido atribuírse al acusado no solo en el auto de calificación del sumario sino también en la sentencia.

"En resumen —expone el demandante—, el H. Tribunal Superior violó en forma directa la ley sustancial por haber aplicado en la sentencia el artículo 2º de la Ley 4ª de 1943 y el artículo 19 del Código Penal, cuando ya esta especial modalidad criminal previamente le había sido deducida al procesado con la aplicación del numeral 4º del Art. 363 del C. P. El fallador de segundo grado aplicó también indebidamente el artículo 33 del C. Penal al considerar que el recurrente había cometido dos delitos en forma separada".

Concepto del Ministerio Público

Con oportunidad del traslado que se le dio de la demanda, el Procurador Primero Delegado Penal emitió en tiempo concepto de respuesta, en el que apoya el primer cargo dirigido contra el fallo recurrido al amparo de la causal 4ª de casación, el que en su sentir es procedente por cuanto no se observaron las formas propias del juicio, en razón de que la imputación por homicidio hecha en el auto de proceder al incriminado Teodosio Moreno Berrío "adolece de falta total de claridad y precisión, al omitir los funcionarios de instancia el estudio o análisis de las pruebas que demuestran la intención con que obró el reo, omisión que los llevó a guardar silencio sobre el principal elemento del delito, pues que la simple actividad material no es la que transmuta en delictuosa la conducta humana".

Manifiesta el colaborador fiscal que en el auto de vocación a juicio se debe identificar sin lugar a duda la acción delictiva objeto del cargo, para que el inculpado pueda estar en capacidad de presentar las exculpaciones que estime oportunas, y que como en el caso **sub-judice** no se precisó la intención con que actuó el procesado Moreno Berrío al ocasionar la muerte de Marco Antonio Payares, el delito formulado en juicio fue ambiguo, "ya que la figura delictual del homicidio no es de una sola naturaleza sino de varias, como lo son el intencional o voluntario, el culposo, el piadoso, el preterintencional", y es obligación del juzgador, al elaborar un pliego de cargos, determinar con base en las pruebas no solo los elementos materiales de la infracción sino también el factor subjetivo, todo ello de acuerdo con el artículo 431 del C. de P. P.

Concluye el Agente del Ministerio Público solicitando de la Corte que acoja el primero de los motivos de casación propuestos en la demanda y declare en consecuencia la nulidad del juicio a partir del auto de proceder, inclusive.

Respecto de los demás cargos contenidos en el libelo de demanda contra la sentencia impugnada, el colaborador se abstiene de conceptuar.

Se considera

Primero. Ciertamente la Corte ha afirmado en anteriores oportunidades que el auto de llamamiento a juicio, por su importancia y trascendencia, "no es un acto procesal de forma libre, que el juez pueda realizar de cualquier manera para el fin del juzgamiento", sino que debe ajustarse en lo esencial a lo preceptuado en el artículo 431 (hoy 483) del C. de P. P. Consecuencialmente ha admitido que la imperfección sustancial de dicha providencia, verbigracia por imprecisa o ambigua definición del delito imputado o por notoria deficiencia en la formulación del cargo, de modo que por los defectos "se imposibilite o entrabe el normal ejercicio de la defensa o se haga imposible o difícil la aplicación del derecho en la sentencia, se está en presencia de una nulidad supralegal, de arraigo en el artículo 26 de la Constitución Política", que exige para el juzgamiento, entre otras cosas, la observan-

cia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Tal doctrina se expuso con amplitud en la sentencia de 23 de enero de 1970, en proceso contra Oscar Botero Londoño, y se reafirma en esta ocasión.

Segundo. La jurisprudencia que acaba de citarse no es aplicable al caso sub-examen, por cuanto el auto de proceder dictado contra Teodosio Moreno Berrío en este proceso cumple los requisitos formales básicos de tal actuación. Las providencias correspondientes del Juzgado Tercero Superior de Montería y del Tribunal del mismo Distrito (Fls. 3 a 9 del 2º cuaderno original y 13 a 20 del cuaderno Nº 22 del Tribunal), que jurídicamente constituyen una unidad, contienen la narración sucinta de los hechos que dieron lugar a la formación del proceso; la indicación de las pruebas demostrativas de las infracciones por las cuales se abrió causa criminal contra el recurrente Moreno Berrío, y de aquellas en las cuales se fundó la imputación que a éste se le hizo en juicio; la calificación jurídica genérica de los hechos atribuídos al procesado, definidos como homicidio y robo, especificado el primero de estos delitos en la parte considerativa como asesinato a tenor del artículo 363, numeral 4º del C. P., porque se cometió para ocultar el delito de robo, e individualizado el segundo de los ilícitos como robo común en el caso del artículo 402 del estatuto punitivo; y, finalmente, como conclusión de las premisas sentadas en la parte motiva se hizo el llamamiento a juicio por los dos delitos referidos, determinados con la denominación que les da el Código Penal en los respectivos capítulos.

Es verdad que en el proveído enjuiciatorio no se determinaron en punto concreto al propósito de matar los elementos probatorios que acreditaban ese factor subjetivo del homicidio, pues el estudio de las pruebas se hizo en forma conjunta para sacar luego las conclusiones y puntualizar los cargos por los cuales el acusado Teodosio Moreno Berrío debía comparecer ante el jurado. Pero aparece de manifiesto que en aquella providencia se dio por establecido, sin lugar a duda razonable, pues nadie expresó a ese respecto incertidumbre alguna en las instancias, que el procesado Moreno Berrío obró, al causar la muerte de Marco Antonio Payares Montes, con el propósito de matar a éste, para tratar de ocultar con el homicidio el delito de robo consumado momentos antes. Así se infiere de los siguientes pasajes de la providencia en mención:

"De autos resulta que en el plan acordado no entró el homicidio de la víctima, sino solamente el robo, asignándose a cada quien su actividad. Y fue para este delito que los demás prestaron su cooperación. Teodosio saliéndose del plan acordado, por sí solo, toma la determinación de golpear a la víctima con un palo y lanzarlo al río, causándole la muerte por 'asfixia por inmersión', habiendo merecido el reproche de sus cómplices en el robo, quienes le dijeron que por qué lo había hecho, contestando que si él habría de morirse qué importaba que otro muriera antes que él. Pero es obvio que aquí procedió Teodosio con el propósito de ocultar el robo, ya que de haber dejado con vida a la víctima había la posibilidad de que el ilícito contra la propiedad se denunciara y descubriera, ya que por parte de los cómplices del robo, su participación en él era razón suficiente para esperar que callaran. Sin embargo, fue una muerte inútil porque los hechos ilícitos se descubrieron, y ahora tenemos a los responsables como procesados en este negocio criminal.

"Ahora bien, el Art. 363 del C. P. numeral 4º trae como circunstancia de agravación del homicidio el hecho de cometerlo después de haber cometido otro delito, para ocultarlo. De manera que el cometido por Teodosio contra Payares es homicidio agravado, es decir, asesinato" (Fl. 17, C. Nº 2 del Tribunal).

Tercero. No son exactas, en sentir de la Sala, las alegaciones del demandante en el sentido de que no se observaron en el presente juicio las reglas fijadas en el artículo 431 (hoy 483) del C. de P. P. para la redacción del auto de proceder, ni se especificaron en este proveído las circunstancias que daban al homicidio imputado a Teodosio More-

no "una excepcional gravedad para elevarlo a la categoría de asesinato", ni se determinó el propósito criminal con que procedió aquél al golpear y lanzar luego al río Sinú al ofendido Payares, y que por ello se vulneraron las garantías fundamentales que consagra el artículo 26 de la Constitución Nacional. Los cargos se le hicieron al acusado Moreno Berrío en forma clara y precisa, sin margen a confusión, y su defensa se desarrolló normalmente en el plenario.

En consecuencia, el motivo postulado como primer cargo contra la sentencia recurrida, en la esfera de la causal 4ª de casación, no puede prosperar.

Cuarto. Habiéndose llamado a juicio al procesado Teodosio Moreno Berrío por homicidio calificado en la parte motiva de la resolución correspondiente como asesinato por haberse cometido para ocultar el delito de robo perpetrado por el mismo agente en complicidad con otras dos personas de acuerdo con el artículo 363, numeral 4º del C. P., delito aquel que no se concibe sin la intención de matar porque este elemento es de su esencia, razón demás para que en el auto procesatorio no fuera menester un análisis profundo del propósito con que actuó el acusado pues obviamente quedaban excluídos otros tipos menores de homicidio, el cuestionario que se sometió a la decisión del jurado, en el cual se preguntó a éste si Teodosio Moreno Berrío era responsable "de haber dado muerte con el propósito de matar al señor Marco Antonio Payares Montes después de haber cometido el delito de robo para ocultar ese delito..." (Fl. 138 del primer cuaderno) se elaboró en estricta consonancia con el auto de proceder, pues aglutinó de manera completa los hechos materia de la causa contemplados en la ameritada providencia, en lo concerniente al homicidio, con la determinación de la circunstancia individualizante de la infracción, como se dispone en el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943 o 533 de la versión actual del C. de P. P.

No existe, pues, la pretendida desarmonía que alega el apoderado del recurrente entre el pliego de cargos y los cuestionarios propuestos a la decisión del jurado, ni se violó por ese aspecto norma alguna de las que rigen o disciplinan el proceso penal, ni mucho menos el artículo 26 de la Constitución Política.

Quinto. Es cierto que en los juicios en que interviene el jurado debe inquirírsele a éste en los cuestionarios que deba resolver sobre los hechos estructurales del delito o de los delitos objeto de la acusación, sin darle denominación jurídica, pues así lo preceptúa el artículo 533 del C. de P. P., que codificó el 28 de la Ley 4ª de 1943. Pero de esta normación no puede deducirse, como lo sostiene el actor, nulidad de la actuación si en los cuestionarios se hacen, a veces para mayor claridad y precisión, alusiones incidentales a asuntos jurídicos que han sido suficientemente explicados en el auto de proceder y que no dan campo a interpretaciones equívocas, ni estorban la defensa, ni constriñen la voluntad de los jurados, ni dificultan la respuesta que éstos tengan a bien expresar, como aconteció en el caso de autos, pues a los jueces de conciencia se les preguntó si el acusado Teodosio Moreno Berrío era responsable de haber causado la muerte, con propósito de matar, al señor Marco Antonio Payares Montes, después de haber cometido el delito de robo y para ocultar esta infracción, en las circunstancias de modo, tiempo y lugar que se detallan en el cuestionario, y se les indagó igualmente si el mismo procesado era responsable como cómplice necesario del delito de robo de dinero y prendas de propiedad de Payares Montes, según hechos que "ocurrieron el día veintiuno de agosto del año de mil novecientos sesenta y cinco (1965), por los lugares del mercado público de la ciudad (de Montería), en las horas de la noche" (Fl. 139), y los puntos de derecho a que se hace referencia en los cuestionarios sobre los cuales se pronunció el jurado quedaron suficientemente explicados en la vocación a juicio, se discutieron en la audiencia pública y no ofrecieron dubitación al Tribunal popular para su veredicto.

Importa observar que ni la norma que regla la elaboración de los cuestionarios para el jurado, ni ninguna otra disposición legal,

conmina con nulidad el hecho de que en ellos se incluyan calificaciones jurídicas en aspectos de la conducta delictuosa, tales como el fin de encubrir un delito de robo en caso de homicidio, o la clase de complicidad con que procedió alguno de los cooperadores en la infracción, materias que en este proceso se trataron en el pliego de cargos y se debatieron en el juicio sin ninguna perplejidad. Y si en eventos como el descrito no existe nulidad por mandato legal, mucho menos puede afirmarse nulidad de carácter constitucional en base al artículo 26 de la ley suprema, pues este tipo de nulidad excepcional, ideada por la jurisprudencia, solo es admisible como lo tiene dicho la Corte en numerosos fallos "cuando se trate de irregularidades procedimentales que ataquen las bases mismas de la organización judicial o consagren flagrante violación del derecho de defensa del procesado".

En sentencia de 8 de mayo de 1970 esta Sala estudió con alguna amplitud el instituto de la nulidad, y en punto a la que puede derivarse de la transgresión del artículo 26 del Código Político, expuso:

"Sin embargo de lo expuesto acerca de la taxatividad de las nulidades, tanto de las que comprometen todo el proceso o una serie de actos como las contempladas para actos procesales particulares e independientes, la Corte ha admitido, en guarda de los principios superiores de la Constitución y para casos extremos, nulidades no establecidas por la ley procesal de modo expreso, deducidas de lo dispuesto en el artículo 26 de la suprema ley y a las que ha denominado nulidades supralegales o constitucionales, cuando 'se trate de irregularidades procedimentales que ataquen las bases mismas de la organización judicial o consagren flagrante violación del derecho de defensa del procesado'. Como tales se han considerado, en la elaboración jurisprudencial de casación, la vocación a juicio de un sindicado y el seguimiento de causa con aplicación de leyes sustantivas posteriores al delito (sentencia de 19 de febrero de 1943); la denominación anfibológica del cargo en el auto de proceder, cuando la ambigüedad en la formulación de la acusación impida la precisión del delito materia del juicio (sentencias de 19 de febrero de 1943 y 23 de enero de 1960); la falta absoluta de defensa técnica o formal del acusado (sentencia de mayo 18 de 1942, diciembre 15 de 1950, julio 11 de 1952, enero 23 de 1953, diciembre 7 de 1955, noviembre 7 de 1961, entre otras); la omisión en el cuestionario sometido al jurado de elementos tipificadores de la infracción o de circunstancias modificadoras de la responsabilidad del procesado (sentencias de 26 de julio de 1944, 10 de noviembre de 1955 y 12 de noviembre de 1956, entre otras); la falta de asistencia del procesado menor (sentencia de 11 de febrero de 1948).

"La nulidad de rango constitucional, como es de fácil comprensión, desfigura el esquema del proceso, afecta fundamentalmente su estructura, socava las bases del juzgamiento, desconoce garantías esenciales de las partes. Por ello no se puede pretender, al amparo de la elaboración jurisprudencial que ha dado paso a esa clase de nulidad en guarda del artículo 26 de la Carta, que toda omisión o informalidad en que se haya incurrido en el desenvolvimiento del proceso, así no lesione los intereses básicos del Estado ni de los sujetos vinculados a la relación procesal, sea aceptada como motivo de esa nulidad superior, empeño que ha venido observándose con inusitada frecuencia en alegatos de casación".

Sexto. No es exacta la aseveración del apoderado del recurrente cuando dice que "en el cuestionario se le debe interrogar al jurado con un SI y un NO, para que el jurado no se confunda al emitir su veredicción". Esa exigencia no está consagrada en la disposición legal que sienta las bases para la formulación de los cuestionarios (Art. 533 del C. de P. P.). Son los jurados quienes "deberán contestar cada uno de los anteriores cuestionarios con un si o un no; pero si juzgaren que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario, podrán expresarlo así brevemente en la contestación" (Art. 535 ibídem).

Séptimo. Surge de las consideraciones precedentes que tampoco el segundo cargo pre-

sentado en la demanda dentro de la causal 4ª de casación está demostrado.

Octavo. El motivo de acusación al fallo recurrido por supuesta discordancia de la sentencia con los cargos formulados en el auto de proceder, causal de casación prevista en el ordinal 2º del artículo 580 del C. de P. P., carece de fundamento, pues ya se ha visto que el imputado Teodosio Moreno Berrío fue citado a juicio como autor de homicidio, en la modalidad específica de asesinato por haberlo ejecutado para ocultar un robo, y también como cómplice necesario de esta infracción contra la propiedad, agotados en la persona y bienes de Marco Antonio Payares, y la sentencia recurrida condena a Moreno Berrío, acogiendo el veredicto del jurado y en armonía con él, por las mismas infracciones.

Si en el cuestionario correspondiente al homicidio se incluyó el factor intencional de la infracción, o sea el propósito de matar, y lo propio se repitió en el fallo condenatorio que se estudia, ello obedeció a que en el auto calificatorio del mérito del sumario, si bien los juzgadores de las instancias no se detuvieron en el análisis de ese factor psicológico del homicidio, quedó claro en el pliego de cargos que el acusado al causar la muerte de Payares no lo hizo por acción culposa ni con la simple intención de ocasionar un daño en el cuerpo o en la salud de la víctima sino con el propósito de matar pues de no ser así no se explicaría que al homicidio se le hubiera dado la denominación específica de asesinato por la presencia de la causal 4ª del artículo 363 del C. P.

Las razones expuestas en los considerandos 2º y 3º de esta providencia son igualmente valederos para refutar los argumentos del actor acerca de la causal 2ª de casación por él invocada, que no ha tenido aquí demostración y será por tanto desechada.

Novena. Es circunstancia agravante del homicidio el cometerlo para ocultar otro delito, asegurar su producto o procurar la inmunidad de los responsables, según el numeral 4º del artículo 363 del C. P., no siendo indispensable para la existencia de aquella el que el agente haya obtenido realmente el fin que se proponía, como que basta que el homicidio se realice por uno de los expresados móviles.

Dicha agravante se justifica porque quien da muerte a otro para encubrir de algún modo un delito cometido por él con anterioridad revela ciertamente un dolo intenso, un mayor grado de culpabilidad y una más alta capacidad criminal.

En la hipótesis indicada se presenta un verdadero concurso real de delitos, en conexión consecuencial, entre el homicidio y el delito que se pretende ocultar, pues se trata de ilicitudes realizadas con procesos ejecutivos autónomos o "acciones estructuralmente independientes entre sí", que originan pluralidad de lesiones o eventos dañinos, separables en su objetividad material y jurídica por cuanto son hechos distintos que se contemplan en normas legales autónomas que permiten una aplicación simultánea.

Décimo. Por la consideración que precede el Tribunal ad-quem no violó la ley penal sustancial, por aplicación indebida en la sentencia de los artículos 402 y 33 del Código Penal, en relación con el 363 de la misma obra, como lo pretende el demandante sobre el supuesto, para la Corte inaceptable, de que el homicidio cometido para ocultar un delito de robo, infracción por la cual fue declarado culpable y condenado el acusado Teodosio Moreno Berrío, se singulariza como asesinato y observa o subsume el delito contra la propiedad, excluyéndose así el concurso de delitos, fenómeno admitido en el fallo recurrido.

La modalidad del delito complejo en el homicidio que se ejecuta para cometer u ocultar otro delito, sugerida por el actor para negar en el presente caso la existencia jurídica del robo, no es admisible. El denominado delito complejo surge cuando la ley considera como elemento estructural de un tipo delictivo o como circunstancia agravante de una infracción hechos que, apreciados aisladamente, si ello fuera posible,

constituirían por sí mismos delitos. En aquella clase de delito unitario (el complejo) el legislador fusiona o reúne en una tipicidad penal o prevé como agravante de la misma hechos o situaciones objetivas de variada índole, de modo que se excluye la pluralidad de infracciones, vale decir, el concurso de delitos, pues el hecho que aislado configuraría una infracción se convierte por voluntad de la ley en un elemento de una figura delictiva especial o en circunstancia de agravación de la misma, perdiendo el carácter de ente jurídico autónomo, ya que de no ser así se violaría el principio del non bis in idem. Y en las situaciones previstas en los ordinales 3º y 4º del artículo 363 del C. P. —repárese bien— lo que agrava el homicidio no es el hecho constitutivo del delito fin (Ord. 3º), cuya comisión no es siquiera necesaria, ni el hecho constitutivo del delito que se quiere encubrir o cuyo producto se quiere asegurar (Ord. 4º), sino el móvil de la acción, indicado por la preposición "para" usada en los dos ordinales y con que se denota el fin del hecho único del homicidio, fin que ha de ser el de "preparar, facilitar o consumar otro delito", o el de ocultar, asegurar el producto, suprimir las pruebas o procurar la impunidad de los responsables respecto de otro delito ya cometido. Móvil que, como antes se dijo, pone de resalto en el responsable una relevante culpabilidad que justifica la agravación del homicidio y que es circunstancia independiente del delito que resulte vinculado a aquel por conexidad teleológica o consecuencial. Los mismos términos de los acotados ordinales del artículo 363 dan clara idea de la pluralidad delictual, pues se habla en ellos del homicidio que se comete para consumar u ocultar "otro delito".

Importa anotar que aunque el Código Penal colombiano no contiene en sus normaciones generales previsión acerca del delito complejo, como sí ocurre en otras legislaciones, entre ellas la italiana (Art. 84), es incuestionable que en algunas de las conductas delictivas que describe en la parte especial se observan las características propias de aquel fenómeno. Así acontece, a guisa de ejemplo, en la concusión (Art. 156), en la detención arbitraria (Art. 295), en el robo con violencia que cause daño a las cosas (Art. 402), en la violencia carnal cuando los actos ejecutados sobre la víctima le ocasionaren a ésta la muerte o grave daño en la salud (Arts. 316 y 318), en el abandono de niños a consecuencia del cual resultare la muerte del abandonado (Arts. 395 y 396), y en el hurto cometido en un lugar habitado (Arts. 397 y 398, Num. 4). En los eventos citados no podría imputarse al agente concusión y abuso de autoridad, ni detención arbitraria y abuso de autoridad, ni robo y defraudación por daño en cosa ajena, ni violencia carnal y homicidio o lesiones culposos, ni abandono de niños y homicidio culposo, ni hurto y violación de domicilio, sino únicamente el delito mencionado en cada uno de los primeros extremos, como que los hechos que, en su orden, configurarían los delitos de abuso de autoridad (Art. 171), defraudación por daño en cosa ajena (Art. 426), homicidio o lesiones culposos (Arts. 370 y 371 y ss.), homicidio culposo (Art. 370) y violación de domicilio (Art. 302), son en tales hipótesis, por voluntad del legislador, elementos constitutivos de la infracción (casos de los Arts. 156, 295 y 402) o circunstancias agravantes del delito (casos de los Arts. 318, 396 y 398, Num. 4), sin que jurídicamente sea posible su separación para integrar tipos penales autónomos, concurrentes con el delito a que se ligan, pues se reprimiría doblemente el mismo hecho, con desconocimiento del principio atrás enunciado del "non bis in idem" o no dos veces sobre lo mismo.

Décimoprimero. Por consiguiente, tampoco el ataque a la sentencia acusada por violación directa de la ley penal sustancial ha tenido demostración.

Decisión

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, oído el Procurador Primero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado Teodosio Moreno Berrío y su defensor contra la sentencia de 17 de noviembre

de 1970 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, mencionada en la parte motiva de esta providencia.

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

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CASACION. — CAUSAL PRIMERA. — VALORACION DEL ACERVO PROBATORIO POR PARTE DEL SENTENCIADOR.

El Sentenciador de Segunda instancia goza de prudente y necesario arbitrio en la apreciación de las pruebas, la convicción adquirida por aquel al evaluar el acervo probatorio no puede ser modificada por la Corte en casación, salvo cuando se demuestre, error de derecho, o error de hecho manifiesto o evidente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, ocho de septiembre de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

(Aprobado: Acta número 34 de 8 de septiembre de 1971).

Vistos

En sentencia del trece de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, reformando la de primer grado, condenó a los procesados **Ramiro Franco Valencia, Hugo Marmolejo Quintero y Federico Enrique Thompson Falla**, como responsables del delito de robo, imponiendo al primero de los reos mencionados la pena principal de ocho (8) años, cinco (5) meses y seis (6) días de presidio, y la de siete (7) años de presidio a cada uno de los dos últimos.

Al notificárseles el fallo condenatorio aludido, los procesados manifestaron que apelaban a la Corte Suprema, razón por la cual el juzgador de segundo grado, interpretando la voluntad de los recurrentes, les concedió el recurso extraordinario de casación. Agotado el trámite propio del asunto, se procede a decidir.

Antecedentes

a) En la madrugada del 27 de octubre de 1968, cuando ya iba a cerrarse el "Bar Sinaloa", situado en la calle 43 con la carrera 12A de la ciudad de Cali, se presentaron dos individuos pidiendo que les vendieran una caneca de aguardiente. Respondieron los propietarios del establecimiento, Héctor Hernando Llanos y su esposa, María Ortega de Llanos, que por lo avanzado de la hora "no vendían más". Repusieron los recién llegados que siquiera les vendieran dos "tinteros de aguardiente", a lo cual aquellos accedieron. Cuando estaban tomándoselos, entraron al bar cuatro sujetos más, armados y cubiertos los rostros con pañuelos, quienes inmediatamente obligaron a los circunstantes a tenderse, boca abajo, sobre la pista de baile, mientras ellos se apoderaban de los siguientes objetos: Un cajón con doscientos discos "long-play", un amplificador marca "Phillips", un tocadiscos "New Yorker", cuatro relojes de pulsera de diferentes marcas (Mulco, Invicta, Roycede, Mount Royal), un anillo con "alejandra", otro con perla, cinco botellas de licor, un radio transistor y la suma de un mil setecientos pesos ($ 1.700.00). Consumado el asalto, los delincuentes huyeron.

Horas más tarde los detectives distinguidos con las placas 1321 y 2535 capturaron en un taxi a los sujetos Hugo Marmolejo Quintero y Ramiro Franco Valencia, quie-

nes andaban en compañía de la mujer Lida Jiménez Cañas, en cuyo poder se hallaba el ya mencionado anillo de alejandra. Dichos individuos portaban dos pistolas, y en manos de Marmolejo Quintero se encontró, además, el reloj marca "Mount Royal", de anterior mención. Previamente, el señor Héctor Llanos, propietario del establecimiento asaltado, había reconocido a Ramiro Franco Valencia, circunstancia sobre la cual informó en la ampliación de su denuncia, agregando que éste lo había golpeado con la cacha de una pistola en la cabeza cuando en la madrugada de autos el denunciante trataba de observar lo que hacían los asaltantes. Y posteriormente reconoció en rueda de presos a Franco Valencia como uno de los autores del asalto.

b) Perfeccionada la respectiva investigación, mediante providencia del catorce de marzo de mil novecientos sesenta y nueve el Juzgado Primero Penal Municipal de Cali abrió causa criminal, por el delito de robo, contra Ramiro Franco Valencia, Hugo Marmolejo Quintero (o Jaime Correa Vásquez o Hernando Quintero Gómez o Hernando Quijano Garcés), Federico Enrique Thompson Falla y Germán Hernández García, llamamiento a juicio contra el cual interpusieron el recurso de apelación el defensor del procesado Hernández García y los procesados Ramiro Franco Valencia, Hugo Marmolejo Quintero y Federico Thompson Falla, el cual les fue concedido.

c) Al revisar el Tribunal el auto calificatorio, mediante proveído calendado el 7 de julio de 1969, resolvió reformarlo en el sentido de revocar el llamamiento a juicio proferido contra Germán Hernández García, en cuyo favor sobreseyó temporalmente, ordenando reabrir, con respecto a él, la investigación. Las demás resoluciones fueron confirmadas.

d) El 14 de agosto de 1969 celebróse la audiencia pública con asistencia de los procesados y sus respectivos defensores, quienes alegaron en defensa de sus patrocinados las razones que estimaron conducentes para controvertir los cargos que a éstos se les formularon en el auto de proceder. Concluyeron sus intervenciones solicitando una decisión absolutoria para sus defendidos.

e) Mediante sentencia del 28 de agosto de 1969 el Juzgado Primero Penal Municipal de Cali condenó a cada uno de los procesados Ramiro Franco Valencia, Hugo Marmolejo Quintero y Federico Enrique Thompson Falla, como responsables del delito de robo que se les imputó en el vocatorio, imponiendo al primero de ellos la sanción principal de seis (6) años y seis (6) meses de presidio, y seis (6) años cuatro (4) meses de presidio a cada uno de los dos restantes, fallo que el juzgador de segundo grado reformó, para aumentar el término de la pena, en el que luego fue recurrido en casación.

f) Declarados admisibles los recursos extraordinarios interpuestos por los tres condenados, el apoderado especial de Quintero Marmolejo y Thompson Falla formuló en tiempo oportuno las respectivas demandas, que la Corte estimó ajustadas, desde el punto de vista formal, a las prescripciones legales. En la misma providencia calificadora se declaró desierto el recurso respecto de Ramiro Franco Valencia, quien dejó de presentar la correspondiente demanda.

Previamente la Sala aceptó el impedimento que manifestara el señor Magistrado doctor Luis Enrique Romero Soto, quien como miembro del Tribunal Superior de Cali había suscrito la sentencia recurrida; lo separó del conocimiento del asunto y dispuso el sorteo del Conjuez que habría de reemplazarlo. Al realizarse tal acto, resultó favorecido el nombre del doctor José Luis Aramburo, quien tomó posesión del cargo ante el Presidente de la Corporación. (Fls. 40 a 44, Cd. de la Corte).

Las demandas de casación

I. Demanda de Federico Enrique Thompson Falla

La acusación al fallo recurrido se formula, respecto del procesado Thompson Falla, al amparo de las causales que el artículo 56

del Decreto 528 de 1964 establecía en sus ordinales 1º y 4º, en su orden.

Causal primera

Sostiene el actor, al plantear la censura, que la sentencia recurrida es violatoria de la ley penal sustancial "por haberse apreciado mal una prueba y por no haberse valorado otras a pesar de su existencia, es decir por infracción indirecta".

En desarrollo de la proposición acusatoria general se argumenta que el testigo William Maya Ossa no reconoció en rueda de presos al procesado Thompson Falla, como se expresa en el fallo recurrido, y para demostrarlo transcribe la respectiva diligencia, en la cual consta la manifestación de aquel testigo en el sentido de que en el grupo de detenidos que le presentaron no se hallaba el sindicado Thompson.

"Queda entonces únicamente —prosigue el actor— la declaración y el reconocimiento de María E. Ortega de Llanos, declaración y reconocimiento que se contrae a una sola prueba, por lo cual me permito transcribir los estudios que han sido hechos sobre el valor de un solo testimonio como prueba plena para proferir una condena de acuerdo con las exigencias de la Ley Procesal Penal". A continuación transcribe el demandante fragmentos de algunas de las opiniones que sobre el tema han expuesto autorizados tratadistas nacionales y extranjeros, confluyentes en el criterio de restarle al testimonio único plena eficacia probatoria. Y agrega compendiando su pensamiento sobre el particular.

"En realidad de verdad, ... con esa sola declaración no se cumplen los requisitos del artículo 205 según el cual es prueba plena o completa la reconocida por la ley como bastante para que el juzgador declare la existencia de un hecho.

"Se debió tener en cuenta la disposición del artículo 203 que prohibe dictar sentencia condenatoria en materia criminal sin que obren en el proceso, legalmente producidas, la prueba plena o completa de la infracción por la cual se llamó a juicio y la de que el procesado es responsable de ella".

Considera finalmente el actor, dentro de la esfera de la causal primera, que se quebrantó indirectamente la ley sustancial al no tomar en cuenta el sentenciador de segundo grado los siguientes elementos de juicio: a) testimonio de James Ramírez (Fls. 138 y 138 vto.); b) el concepto pericial que obra al folio 198; y c) la declaración de Amparo Velasco Campo (Fls. 55 y 56), cuyos textos transcribe en su integridad.

Causal cuarta

Al procesado Germán Hernández García, en cuyo favor sobreseyó temporalmente el Tribunal cuando tuvo oportunidad de revisar el auto que calificó el mérito de la investigación, no se le notificó el auto que abrió el juicio a prueba, ni en la sentencia acusada se le resolvió su situación jurídica, configurándose así una nulidad supralegal, ya que, respecto de tal procesado, no se observó la plenitud de las formas propias del juicio, como lo prescribe el artículo 26 de la Carta Fundamental.

II. Demanda de Hugo Marmolejo Quintero

Como en la anterior demanda, la formulada a nombre de este segundo procesado se apoya en las causales 1ª y 4ª de casación.

Causal primera

"Impugno la sentencia del Honorable Tribunal Superior de Cali del 13 de noviembre de 1969 —dice el impugnante— por ser violatoria de la ley sustancial proveniente de apreciación errónea y de falta de apreciación de pruebas en concordancia con el segundo aspecto de la Causal Primera del artículo 56 del Decreto-ley 528 de 1964 pues existe el error manifiesto, evidente en los autos, ya que la expresión auténtica no significa el reconocimiento en rueda de presos de que habló la Honorable Entidad".

A continuación anota el demandante que la sentencia condenatoria recurrida se apoya, con respecto a Hugo Marmolejo Quinte-

ro, en los siguientes presupuestos probatorios: Haberse encontrado en su poder uno de los relojes robados en el asalto de que se ocupa el proceso; y haber sido reconocido por Gladys Barreto de Correa como uno de los asaltantes.

Sin embargo, observa, de acuerdo con la diligencia de reconocimiento en rueda de presos, realizada el 20 de noviembre de 1968, la nombrada testigo no reconoció a Hugo Marmolejo Quintero.

Afirma luego, en síntesis, que no se demostró en el informativo que el reloj que se encontró en poder de Hugo Marmolejo fuera de los robados en la noche de autos, pues en la denuncia no mencionó el señor Héctor Hernando Llanos, propietario del Bar Sinaloa, reloj alguno marca "Mount Royal", del que solo vino a hablar en la ampliación de aquella. Tampoco se refirió a tal reloj en su declaración el presunto dueño, o sea el joven Sigifredo Henao, a quien el señor Llanos alude como su hijo.

Finalmente apunta el actor que la testigo María E. Ortega de Llanos no reconoció al procesado Hugo Marmolejo en la diligencia de reconocimiento en rueda de presos que obra al folio 40, y que tampoco le reconocieron Héctor Llanos y William Ossa Maya, según consta en el acta de la respectiva diligencia, visible al folio 40 vto. El sentenciador, sin embargo, dejó de apreciar tales pruebas. Concluye solicitando a la Corte que case el fallo recurrido y dicte el que deba reemplazarlo.

Causal cuarta

Se sustenta repitiendo lo dicho para fundamentar la misma causal en el libelo presentado a nombre del sentenciado Thompson Falla, vale decir, que la sentencia recurrida nada resolvió acerca de la situación jurídica de Germán Hernández García, respecto de quien se había sobreseído temporalmente, ni se le notificó el auto que abrió la causa a prueba. No se observaron las formas propias del juicio, incurriéndose así en una nulidad supralegal, con quebranto del artículo 26 de la Constitución. Cierra el capítulo respectivo con la solicitud de que se declare en qué estado queda el proceso y se disponga su envío al Tribunal de origen para que proceda conforme a lo resuelto por la Corte.

Alegato del Ministerio Público

En extenso concepto estudia la Procuraduría, separadamente, las demandas formuladas a nombre de los procesados Thompson Falla y Marmolejo Quintero. Con respecto a la causal cuarta, estima que la tacha dentro de su esfera formulada resulta exótica e inadmisible, por cuanto el actor carece de personería para actuar a nombre del indagado Germán Hernández García.

Y resumiendo su criterio sobre el particular expresa que "en el recurso extraordinario de casación solo se puede alegar aquello que incide en la situación jurídica del recurrente, sin que para su defensa en derecho se puedan plantear situaciones legales que tienen que ver con los intereses jurídicos de terceras personas". Consecuentemente, pide que se desestime la causal cuarta invocada en ambas demandas.

Tampoco comparte el representante del Ministerio Público la acusación que contra la sentencia recurrida se formula, en los dos libelos, dentro del ámbito de la causal primera, pues conceptúa que no se puede desvertebrar el contenido probatorio del proceso para atacar insularmente determinadas pruebas, desdeñando aquellos otros elementos de juicio que contribuyeron por modo decisivo a formar la convicción del juzgador. Los apartes que a continuación se reproducen muestran con absoluta claridad el criterio de la Procuraduría sobre el particular:

"Lo expuesto en el concepto anterior, en lo atinente al sistema o método que se debe emplear para el análisis de la prueba, es decir, que ella debe ser criticada y analiza-

da en conjunto y no en forma separada o cercenando el todo, es pertinente para dar respuesta a los cargos que se hacen a la misma sentencia dentro de la segunda demanda. Así, es grave vicio enfocar la atención únicamente sobre un presupuesto probatorio, como lo es la diligencia de reconocimiento en que la declarante Gladys Barreto tomó parte y la cual, se reconoce, fue negativa, marginando otros medios de probanza, de resultados positivos y que dieron entidad al fallo de condena contra Marmolejo Quintero.

"En su oscuro pasado delictivo el justiciado Marmolejo Quintero es identificado bajo diversos nombres usados por él en sus distintas actuaciones, lo que lo acredita como sujeto adicto a permanente transgresión de la ley, especializándose en la ejecución de delitos contra la propiedad, como también es característica de su compañero de condena Thompson Falla.

"El haber sido capturado con el delincuente Ramiro Franco Valencia, plenamente identificado o reconocido por sus víctimas, como participante por cierto muy activo en el asalto al Grill Sinaloa, y haberle decomisado al momento de la captura parte de los bienes de que fueron despojadas las personas que en las horas de la ejecución del delito se encontraban en dicho establecimiento público, es un indicio catalogable entre los de mayor entidad como medio de prueba incriminatoria, más que suficiente para declarársele reo del delito de autos.

"En las dos diligencias en que es oída Gladys Rodríguez de Correa (Fls. 74 y 191) se manifiesta con ánimo afirmativo, de precisión en el cargo y sin sospecha alguna de mendacidad o falsedad en la acusación que lanza al sujeto Marmolejo Quintero, sin que se puedan tildar de ineficaces o inidóneas tales exposiciones pues que ellas encajan perfectamente dentro de la situación comprometedora del enjuiciado.

"No hay, entonces, error alguno en que hubiera podido incurrir el fallador de 2º grado al proferir sentencia de condena contra este sujeto, por lo cual los cargos se deben rechazar por haberles faltado demostración legal y plena".

La Corte considera

I. Primera Demanda
Causales cuarta y primera

1. Por razones de orden lógico hará la Sala, con prelación, breve referencia a la causal cuarta.

En el lugar adecuado del presente fallo hubo de anotarse que al revisar el Tribunal el auto calificador del sumario, mediante providencia del 7 de julio de 1969, resolvió reformarlo en el sentido de revocar el llamamiento a juicio proferido por el Juez de la causa contra Germán Hernández García, en cuyo favor sobreseyó temporalmente, ordenando reabrir, con respecto a él, la investigación. Adelantada la causa, se produjeron los fallos condenatorios de primero y segundo grados contra Ramiro Franco Valencia, Federico Enrique Thompson Falla y Hugo Marmolejo Quintero. Palmar resulta, por tanto, que Germán Hernández García no podía ser, ni fue, recurrente en casación. Existía, consecuentemente, una imposibilidad absoluta para que el apoderado especial de los procesados Thompson y Marmolejo pudiera representarlo en este recurso. No es admisible, entonces, que la situación de un procesado extraño al debate en casación se utilice como argumento para conformar una censura en provecho de los recurrentes que sustentan la acusación y respecto de los cuales no incide la tacha que se pretende utilizar. Basta lo dicho para concluir que la causal cuarta aducida carece de toda justificación.

2. En relación con la causal primera, se observa:

Luego de circunstanciada referencia al conjunto probatorio que el informativo contiene, el fallo acusado expresa, entre otras cosas, lo siguiente:

"Considerando. En el expediente aparecen a cargo de los procesados las pruebas que

se mencionan a continuación: contra Ramiro Franco Valencia: a) en su poder fue encontrado un reloj de los robados en el bar Sinaloa; b) fue reconocido por Gladys Rodríguez, Julián Gaviria, María Ortega de Llanos y William Maya Ossa como uno de los participantes en el asalto. Contra Hugo Marmolejo Quintero: a) en su poder se encontró otro de los relojes robados en el asalto que se menciona; b) fue reconocido por Gladys Barreto Correa como uno de los asaltantes. Contra Federico Thompson Falla: a) su fotografía fue reconocida por María Ortega de Llanos cuando la publicó un periódico de la localidad con motivo de otro asalto, perpetrado por este sujeto en compañía de Ramiro Franco Valencia; b) fue reconocido en rueda de presos como uno de los asaltantes por el testigo Maya Ossa y por la señora Ortega de Llanos...

"**Considerando**. Existen en los autos elementos de juicio suficientes para considerar demostrados a plenitud tanto el cuerpo del delito de robo, en la situación agravada que menciona el numeral 1º del Art. 404 como la responsabilidad de los procesados. En efecto, los indicios que se han resumido en la parte final del considerando anterior, no dejan duda de que las personas allí mencionadas fueron las que llevaron a cabo el asalto, a mano armada, del bar Sinaloa. Los argumentos que ellos y sus defensores han esgrimido en sus escritos dirigidos tanto al Juzgado del conocimiento como a este Tribunal, no alcanzan a desvirtuar la fuerza probatoria de esos elementos de juicio, cuya credibilidad crece de punto si se toma en cuenta el pasado judicial de los procesados, habituales en esta clase de ilícitos". Y pasos adelante agrega:

"La pena fijada a los procesados Hugo Marmolejo Quintero y Federico Enrique Thompson Falla también la estima la Sala inadecuada, habida cuenta de su pasado judicial que, firmado por el señor Director de la Cárcel de este Distrito, es muy nutrido, debiendo, por tal concepto, aumentarse la pena no en cuatro meses como ha hecho el Juez de la causa sino en un (1) año, lo que daría para cada uno de ellos un total de siete (7) años de presidio,..."

3. Es verdad, como lo anota el recurrente, que el testigo Maya Ossa no reconoció al procesado Thompson en la respectiva diligencia, pero es incuestionable que sí lo reconoció en la que con ella se practicara, la señora María Ernestina Ortega de Llanos. Dice en lo pertinente al acta de la referida diligencia, realizada el 7 de noviembre de 1968, fresco aún el recuerdo de los hechos, ocurridos el 27 de octubre anterior: "Sírvase decir si entre los reclusos que tiene al frente se encuentra alguno de los que intervino en el atraco perpetrado en el grill Sinaloa de propiedad de su esposo y del cual dio cuenta en declaración que rindió en la presente investigación? **Contestó**: 'Sí está otro de ellos el cual reconozco porque fue el que me pagó los dos aguardientes que pidieron'. El Despacho deja constancia de que la testigo ha señalado al sujeto que ocupa el cuarto puesto de izquierda a derecha, sujeto que responde al nombre de **Federico Thompson**".

4. Los testimonios de James Ramírez y de Amparo Velasco Campo en manera alguna modifican el conjunto probatorio del proceso respecto de la responsabilidad de Thompson Falla, pues el primero de los nombrados, solo informa, en esencia, que en la madrugada del asalto investigado, de las 2 en adelante, un sujeto que se identificó como Enrique Thompson Díaz, se hospedó en el "Hotel Cortés" de Cali, lo cual es perfectamente compatible con la intervención de dicho individuo en el robo de que se ocupan los autos; y la segunda, cuya idoneidad moral es sobremanera deleznable, dadas sus relaciones sexuales con Thompson, apenas informa que estuvo con éste antes de la media noche del 26 de octubre de 1968, y luego en la mañana del día 27, sin que le conste nada en relación con el paréntesis cronológico de la madrugada en que precisamente se realizó el robo al Bar Sinaloa.

5. Como el sentenciador de segunda instancia goza de prudente y necesario arbitrio en la apreciación de las pruebas, la convicción adquirida por aquel al evaluar el acervo probatorio no puede ser modificada por la Corte en casación, salvo cuando se demuestre error de derecho, o error de hecho

manifiesto, vale decir, evidente, insoslayable. No es tal, como se ha visto, el caso que aquí se contempla. Existe, simplemente, una disparidad de criterios entre el censor y el Tribunal en torno a la valoración de los elementos de juicio con significado trascendente en el proceso, pero un disentimiento de tal naturaleza —lo ha reiterado la Corte en numerosas oportunidades, jamás puede fundar el yerro manifiesto de que se trata.

Tampoco se halla justificada, en consecuencia, la causal primera.

II. Segunda demanda
Causales cuarta y primera

6. Las razones que atrás se expusieron para desestimar la causal cuarta, son igualmente válidas en relación con la demanda formulada a nombre del procesado Hugo Marmolejo Quintero. Aquí también debe, por tanto, rechazarse.

7. La misma adversa suerte habrá de corresponder a la causal primera, no solo por los argumentos expuestos por la Procuraduría al contestar la respectiva demanda, que esta Sala acoge sin reservas, sino por el muy principal de que no obstante ser el libelo particularmente extenso y minucioso en la presentación y desarrollo de los cargos y de hablar repetidas veces de violación indirecta de la ley sustancial, en ningún momento se demuestra esa violación, pero ni siquiera llega a citarse norma alguna de tal naturaleza.

8. No encontrando la Sala justificada ninguna de las causales aducidas, habrá de dar aplicación al mandato contenido en el artículo 582 del C. de P. P.

Fallo

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el concepto de la Procuraduría Delegada y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DESECHA los recursos a que expresamente se refiere la parte motiva y ORDENA devolver el expediente al Tribunal de origen.

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

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, José Luis Aramburo, Conjuez, *Julio Roncallo Acosta.*

J. Evencio Posada V., Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD ART. 179 DEL C. P.

La Corte modifica sus doctrinas de fecha 5 de julio de 1948 y 31 de mayo de 1951. — Incurre en el delito de abuso de autoridad, tipificado en el Art. 179 del C. P., el empleado del orden judicial o agente del Ministerio Público, que abogue en asuntos judiciales o administrativos. — No debe entenderse el acto de abogar únicamente como la actuación en juicio de palabra o por escrito; también debe entenderse como cualquier forma de intervención ante autoridad, con fines defensivos o de impugnación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, septiembre quince de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Carlos Pérez).

(Aprobado: Acta número 35 de 14 de septiembre de 1971).

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en providencia del 23 de enero de 1971, ordenó: "Abrir causa criminal, por la vía ordinaria, contra la señora doctora Melba Ruth Vergara Mendoza de Escobar, de profesión abogada, portadora de la cédula de ciudadanía número 25258451, expedida en Popayán, hija de Justiniano Vergara y Rosa Tulia Mendoza, casada con Jaime Escobar Páez, ex-Juez Civil de Menores de Cali, por el delito de abuso de autoridad que define y sanciona el Código Penal en su Libro II, Título III, Capítulo 6º, y por los hechos de que da cuenta este proceso". El mismo proveído dispuso la detención provisional, previa suspensión del cargo que desempeñaba la sindicada.

El defensor interpuso los recursos de reposición y apelación, éste como subsidiario, contra el decreto de enjuiciamiento.

En auto del 7 de junio del año en curso el Tribunal rechazó la reposición propuesta y concedió la alzada que actualmente se ventila en esta Corporación, recurso que coadyuva el Fiscal Tercero de la entidad de primera instancia.

Se ha agotado el trámite legal para decidir, sin que la parte interesada se hubiera hecho presente durante el término de fijación en lista. El Procurador Segundo Delegado en lo Penal descorrió el traslado demandando la confirmación de la providencia recurrida, con razones que adelante se sintetizan.

Antecedentes

En memorial del 13 de septiembre de 1968, ratificado en la misma fecha, Horacio Urrea Gómez denunció a Melba Ruth Vergara de Escobar fundándose en que había cometido un delito de abuso de autoridad en detrimento del denunciante, delito que consistió en el hecho de haberse presentado ante el Jefe de Policía Judicial del Das, en Cali, el 5 de septiembre de 1967, para hacerse entregar una camioneta marca "Willys" que estaba retenida por orden del Juzgado Décimo Penal Municipal como elemento vinculado a un delito de abuso de confianza en el que estaba sindicado el esposo de la señora Vergara de Escobar. La gestión se le facilitó a ésta alegando su calidad de Juez

Civil de Menores, lo que redujo todo escrúpulo en el funcionario del Das, máxime cuando se apoyó en una certificación expedida por el Juez Segundo Civil Municipal de Palmira, que ventilaba un juicio ejecutivo contra su cónyuge Jaime Escobar Páez, documento que daba cuenta de que el vehículo estaba secuestrado pero que se había cambiado al depositario anterior por Enrique Vergara, hermano de la juez. En estas condiciones ella aparece recibiendo la camioneta que reclamaba como de su propiedad, compartida con el marido, todo a pesar de la orden de retención impartida por el Juez Décimo Penal Municipal y ratificada posteriormente por el Juez Quinto, ante el cual se prosiguió la acción.

En orden al esclarecimiento de estas actividades se practicaron numerosas diligencias, pero especialmente las siguientes:

a) Certificación y declaraciones de Eduardo Calderón Páez, Jefe de Policía Judicial del Das, Capital del Valle del Cauca (folios 51 y 52), quien afirma que la juez Vergara de Escobar llegó a su oficina, se identificó como servidora del Ministerio de Justicia y manifestó "que había un negocio pendiente de una camioneta de su propiedad, la cual se encontraba demandada por parte de uno de los señores Urrea", que el Juez Civil que conocía del asunto había ordenado el cambio de secuestre, "pero ella me ocultó que había orden de una autoridad penal". En resumen el funcionario declarante afirma que fue engañado por la juez, pues si hubiera sabido la orden impartida por los jueces que conocían de la investigación por el abuso de confianza de que se sindicaba a Jaime Escobar P., esposo de ella, no habría dispuesto la entrega del vehículo;

b) Declaración de Joaquín Augusto Moreno Lesmes, Jefe del Das de Palmira, quien a folios 72 y 73 relata que recibió orden escrita del Jefe de Policía Judicial del Das de Cali para entregar a la juez Melba Ruth Vergara de Escobar, el automotor ya citado, y que ella "personalmente se presentó con la orden de entrega del vehículo".

c) Declaración de Daniel Domínguez Durán, que en forma indirecta confirma lo expuesto por Páez Calderón y Moreno Lesmes;

d) Documentos demostrativos de la calidad de juez que tenía la sindicada el 5 de septiembre de 1968;

e) La diligencia de indagatoria en la cual la sindicada confirma ser esposa de Jaime Escobar Páez, abogada, Juez Primero Civil de Menores de Cali, agregando que la camioneta fue comprada a Augusto Urrea con dineros de ella y de su marido, que se encontraba embargada y en poder de Enrique Vergara, hermano de la declarante, en calidad de secuestre, y que efectivamente se presentó a la Sección de Policía Judicial del Das en Cali para que se le entregara, con lo cual no creyó cometer ninguna irregularidad, pues "si ha habido alguna actuación de mi parte ha sido simplemente como condueña del vehículo o camioneta que ya era una compra o un contrato hecho por la sociedad conyugal, muy aparte de negocios que tuvieran que ver con mis funciones de juez de Menores". Agrega que como parte del precio giró un cheque por quince mil pesos contra su cuenta bancaria "y creo que mi calidad de juez no me impide defender mis bienes y mis derechos tanto económicos como de otro aspecto" (folio 63).

Calificación de la conducta por el Tribunal

Después de examinar el abuso de autoridad genérico que configura el artículo 171 del estatuto represor, el Tribunal en el auto que se revisa, declara que es inaplicable dicho texto porque faltan a la conducta de la sindicada algunas de las modalidades descritas en él. En cambio, reconoce que se ha violado el artículo 179 de la misma obra, con este razonamiento:

"La doctora Vergara de Escobar, haciendo ostentación de su calidad de Juez de Menores de Cali ante el señor Jefe de Policía Judicial del Das, y luego ante el Jefe Encargado del puesto de la misma institución, en Palmira, se presentó para interceder en favor de intereses suyos y de su esposo. Ella buscaba de estos funcionarios un determi-

nado reconocimiento, y lo logró, que no era otro que la orden de entrega ante Páez Calderón, y la entrega material del vehículo ante Moreno Lesmes, existiendo sobre la camioneta una orden vigente de decomiso expedida por el Juzgado Quinto Penal Municipal de Cali. Copia de esta orden figura al folio 76 vto. del cuaderno original".

Esta conducta está encuadrada en el artículo 179, porque "no existe la menor duda de que la sindicada abogó en causa propia o ajena (la de su esposo) al reclamar en Cali la orden para que la oficina del Das de Palmira le hiciera entrega del automotor en litigio. Ella, como profesional del Derecho, no podía desconocer claras y elementales normas de orden constitucional y legal que ordenan la constitución de apoderado judicial cuando el funcionario de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio se vean avocados a la defensa de sus derechos, o de los ajenos".

Agrega el Tribunal, acogiendo una jurisprudencia de la Corte, que "el simple hecho de abogar de palabra o por escrito ante las autoridades civiles o administrativas, es lo que la ley considera como infracción penal" y se aparta de los puntos de vista expuestos por el Fiscal y por el defensor, en cuanto éstos, al admitir la intervención de la sindicada para reclamar el vehículo, sostienen que no habiendo juicio civil ni proceso penal, mal puede ser delito la gestión cumplida por la juez Vergara de Escobar ante el Jefe del Das.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, para sustentar la confirmación del auto recurrido, encuentra probada la intervención de la Juez de Menores ante el Jefe del Das de Cali y aclara que no se trata de una simple actividad administrativa sino judicial, en la cual "se encontraban representados por sus apoderados tanto en el proceso penal como en el juicio civil y era por tanto a ellos, en los respectivos juicios y por los trámites pertinentes, a quienes correspondía hacer valer los derechos de sus mandantes. También el secuestre, como es sabido, no solamente estaba en el derecho sino en la obligación de hacer respetar la medida preventiva y oponerse válidamente a actos de despojo u otras medidas de la misma índole (Art. 280 del C. J. anterior) e informar al juez respectivo de los actos de perturbacion o de despojo".

En consecuencia, la juez acusada abogó dentro de dos controversias, penal la una y civil la otra, pues el vehículo, además, estaba decomisado por el funcionario que conocía de un delito de abuso de confianza, y en esas condiciones debe ser confirmado el llamamiento a juicio. Concluye:

"En síntesis, como de una parte se encuentra probado el cuerpo del delito descrito en el artículo 179 del C. P., y de otra parte existen declaraciones testimoniales, prueba escrita e indicios graves relativos a la responsabilidad de la doctora Melba Ruth Vergara de Escobar como autora del delito estudiado, es el caso de comprometerla en juicio criminal por cumplirse los requisitos legales para ese pronunciamiento judicial".

Consideraciones de la Corte

El inciso primero del artículo 179 del estatuto represor describe tres formas específicas de abuso de autoridad que se manifiestan cuando el agente (no cualquier funcionario, sino exclusivamente los de las ramas judicial y del ministerio público) acepta la ajena representación para actuar ante los jueces o las autoridades administrativas de las distintas esferas; o cuando simplemente aboga ante ellos; o cuando aconseja a alguna de las partes vinculadas por la acción o la pretensión. Todas estas actividades violan la independencia de la administración pública general, la fidelidad debida al servicio que se presta y la rectitud del comportamiento oficial, que debe mantenerse al margen de preferencias y desvíos.

En lo que concierne concretamente al hecho de abogar, la norma compromete al funcionario judicial o del ministerio público que sin recibir poder ni convertirse en consejero de éste u otro litigante, actúa en interés propio o ajeno, con instrucciones especiales

o sin ellas, como ocurre en la agencia oficiosa, tratando de obtener determinada resolución, cualquiera que sea el empleado público a quien se dirija (nacional, departamental, municipal, de establecimientos públicos o instituciones de utilidad común). No es necesario, ni mucho menos indispensable, que esa labor se cumpla dentro de un proceso civil, penal, laboral o administrativo, ya que la ley no establece esta suerte de restricciones. Por el contrario, su sentido es amplísimo e incurre en la prohibición el agente especialmente señalado en su texto que se empeñe en gestión o gestiones ante cualquier autoridad, de cualquier dependencia, y sea cual fuere el fin perseguido o el reclamo en curso.

El precepto no establece limitaciones y por eso habla de asunto, o lo que es igual, de los negocios de que conocen los empleados públicos, a través de un proceso o de una situación determinada, cuestión que refrenda con el verbo abogar, que no solo significa defender en juicio, sino también interceder por alguien, alegar en su favor, reclamar algo, prestar auxilio o protección a personas o cosas. Más aún, la acción de abogar no tiene el sentido parcial de defender verbalmente o por escrito, sino, igualmente, la de impugnar una conducta o una aspiración, ya que uno y otro extremo son manifestaciones del derecho y la justicia se ejerce a través del conflicto planteado por ellos. Detenerse en las acepciones del diccionario de la Academia de la Lengua, que reducen la acción sin tener en cuenta el artículo 27 del Código Civil, según el cual las palabras técnicas deben tomarse en el sentido que les den los que profesan la ciencia o el arte en que esas palabras se emplean, es tanto como negar a la norma su extensión y finalismo tutelares. Aboga, pues, el que defiende y el que acusa, el que intercede y el que se opone, el que habla en pro de alguno y el que pide se le niegue el favor, el que reclama una cosa y el que niega la legitimidad u oportunidad de la reclamación.

Estas consideraciones llevan a rectificar dos jurisprudencias de la Corte, contenidas en autos de 5 de julio de 1948 y 31 de mayo de 1951, que concluyen así:

"Para que la infracción del artículo 179 se configure, son indispensables, pues, las siguientes condiciones, sin las cuales no podría sancionarse:

"a) Que se haya planteado judicialmente, mediante cualquiera de los actos que determina la ley (demanda civil o denuncia criminal), un juicio o una controversia entre partes; y,

b) Que en esa controversia o juicio, el funcionario judicial abogue, esto es, que asuma su defensa o la de una de las partes y ejecute, por lo tanto, aquellos actos que puedan constituirla". (G. J., T. LXIV, Pág. 571).

La conclusión transcrita fue explicada de este modo en la primera de las providencias citadas:

"Si de acuerdo con una forma de aceptación universal (artículo 27 Código Civil), las palabras técnicas de toda ciencia o arte deben tomarse en el sentido que les dem los que profesan la misma ciencia o arte, y si la acepcion forense del verbo abogar es, según la Academia, la de defender en juicio por escrito, o de palabra, es lógico e incontrovertible que la prohibición impuesta a los funcionarios judiciales es la de asumir la defensa, ajena o propia, en juicio o controversia judicial en que se debaten derechos en conflicto.

Para el Derecho, como quedó expuesto, aboga quien interviene ante cualquier autoridad con fines defensivos o de impugnación. En otra forma se dejaría de aplicar el artículo 179. Para la Academia, aboga solo el que defiende. El artículo 27 del Código Civil obliga a acoger la significación lógica jurídica, según la cual la norma se construye para que opere, y donde ella no distingue tampoco corresponde distinguir al intérprete. Además, se repite que la norma no habla de abogar en juicio, sino en asuntos, expresión ésta de mayor significado gramatical y de más amplios alcances jurídicos.

En el caso sometido ahora a estudio, está comprobado con las declaraciones de Eduardo Calderón Páez y José Augusto Mo-

reno Lesmes, Jefes del Das en Cali y Palmira, respectivamente, así como con la confesión de la sindicada, que ésta se presentó el día 5 de septiembre de 1967, ante el primero de los funcionarios citados y exhibió una copia de la diligencia de cambio de secuestre que se había efectuado en la misma fecha dentro del juicio civil seguido en Palmira a su marido, y, destacando su calidad de Juez de Menores de Cali, obtuvo la entrega del vehículo que, además de secuestrado, se encontraba retenido dentro de una investigación penal, en la cual se sindicaba también a su cónyuge. La propia sindicada suscribe la diligencia de recibo de la camioneta, en lugar del nuevo secuestre designado, es decir, de su hermano. No solo hay actuación en interés propio y en el de su marido, ante el Jefe de la Policía Judicial de Cali, sino ante el Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, en la ciudad de Palmira. Trátase, pues, de una gestión doble dentro de un asunto de que conocían dos jueces, penal el uno y civil el otro, y también de un asunto que correspondía a las autoridades policivas. Por uno y otro aspecto hay violación de la norma contenida en el artículo 179 del Código Penal, pues la sindicada abogó para sí misma y para Jaime Escobar P., su marido, afectando intereses extraños vinculados al vehículo cuya entrega se cumplió.

La demostración para dictar el auto de proceder es completa, de acuerdo con las exigencias del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal actual, que reproduce textualmente el 429 del estatuto anterior, y la providencia del Tribunal se ajusta a la más estricta juridicidad tanto en el examen de los medios probatorios como en la calificación del hecho realizado. En consecuencia, el auto habrá de ser confirmado en todas sus partes.

Decisión

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRRMA la providencia recurrida, de que se ha hecho mérito en la parte motiva de la presente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

José Evencio Posada V., Secretario.

DETENCION ARBITRARIA

No comete delito de detención arbitraria, el Juez que, fuera de toda función asignada normativamente, detiene u ordena detener a una persona. — En estos casos la conducta se adecúa a lo preceptuado en el Art. 294 del C. P.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintisiete de septiembre de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Carlos Pérez).

(Aprobado: Acta número 36, septiembre 24 de 1971).

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en auto del 3 de junio de 1971, sobreseyó definitivamente en favor de Antonio Maldonado Castellanos por los cargos que se le habían formulado en su condición de Juez Promiscuo Municipal de Tibacuy, y dispuso consultar dicha providencia con esta Corporación.

El 2 de julio del año en curso se ordenó el traslado al Ministerio Público y la fijación en lista del asunto, de acuerdo con el Decreto 1358 de 1964, artículo 35, reproducido por el artículo 566 del actual Código de Procedimiento Penal. El sindicado no se dejó oir, pero el Procurador Segundo Delegado en lo Penal conceptúa que se debe revocar el sobreseimiento pronunciado y en su lugar dictar auto de proceder por el delito de detención arbitraria, con razones que se sintetizan después.

Se ha agotado, por lo tanto, el trámite legal para resolver, como pasa a verse.

Los hechos procesales

En escrito del 5 de julio de 1967, el Procurador del Distrito Judicial de Fusagasugá, denunció al ex-Juez Promiscuo Municipal de Tibacuy, Antonio Maldonado Castellanos, por el delito de abuso de autoridad descrito en el artículo 171 del Código Penal, y acompañó a la denuncia varias diligencias que había adelantado ese despacho, pidiendo al Tribunal de Fusagasugá la práctica de otras.

El Tribunal, mediante auto fechado el 19 del mismo mes, abrió la investigación y dispuso el perfeccionamiento del sumario, actos cumplidos detalladamente y que dieron base a la decisión que ahora se revisa.

Resulta de todo lo actuado que en la noche del 10 de abril de 1967, encontrándose Luis Enrique Soler en la cantina de Jacobo Torres, tuvo un altercado con Jorge Díaz Trujillo, secretario del Juzgado Promiscuo Municipal de Tibacuy, motivada por un billete falso de diez pesos que este empleado había lanzado a la circulación. El juez se apersonó del disgusto e inmediatamente dio orden a los agentes de Policía Alejandro Umbarila y José del Carmen Mancera para que lo capturaran y lo condujeran al establecimiento de detención, orden que los agentes cumplieron, dando origen a que Soler permaneciera en la cárcel desde las diez de la noche, aproximadamente, hasta el amanecer del día siguiente. El hecho fue puesto en conocimiento del Procurador General de la Nación por los miembros del Directorio Liberal de Tibacuy, en memorial del 16 de abril del año citado.

El sindicado no fue localizado, por lo que hubo de seguirse la investigación en ausencia de él, previo emplazamiento cumplido con las formalidades legales (folios 72 y 73).

Se recibieron por la Procuraduría del Distrito varias declaraciones, ratificadas después por disposición del Tribunal, entre otras las de los agentes Alejandro Umbarila y José del Carmen Mancera Reyes, y las de Sinforiana Cifuentes y María Gilma Soler. Consta de ellas que efectivamente, en la noche del 10 de abril de 1967, Luis Enrique Soler fue privado de su libertad por orden del juez, cuando éste se encontraba tomando licor, y poco menos que embriagado, en la cantina de Jacobo Torres, y que dicha orden la impartió sin que Soler le faltara al respeto y sin siquiera dirigirse a él, pues éste discutía con el secretario del Juzgado, Jorge Díaz Trujillo, sobre un billete falso de diez pesos puesto en circulación para pagar suministros de otra cantina.

Y consta igualmente que el 11 de abril, esto es, al día siguiente, el juez Maldonado, con la firma de su secretario Buenaventura Mazuera, dictó la resolución número 2, en la cual impuso a Luis Enrique Soler "una sanción disciplinaria consistente en doce horas de arresto por irrespeto a la autoridad".

Dice el agente Alejandro Umbarila (folio 14):

"La orden me la dio el señor Juez actual por una discusión que tuvieron con el señor Díaz empleado del Juzgado. El señor Soler agarró al señor Díaz de la solapa del saco y lo sacudió, intentó pegarle y fue entonces cuando yo intervine y los aparté. Entonces en señor Juez nos dijo que lo metiéramos a la cárcel. Las causas de la discusión fueron por un billete falso de diez pesos que decía el señor Soler que el señor Díaz se lo había entregado pagándole una cuenta de unas cervezas. Yo procedí entonces a conducirlo a la cárcel. Yo llevé el billete y lo pasé con el informe al señor Juez".

El agente José del Carmen Mancera declara (folio 16): "Sí señor, sí intervine en compañía del agente Umbarila, por orden del señor Juez", y a renglón seguido relata los hechos que establecen el origen de la disposición adoptada por el funcionario acusado.

Sinforiana Cifuentes (folio 38) y María Gilma Soler (folio 39), confirman la anterior versión y acreditan el hecho de la detención cumplida por Soler Sánchez. Además, el Comando de la Policía, subestación Tibacuy, en documento del 14 de junio (folio 8), informa que efectivamente Luis Soler estuvo detenido en la noche del 10 al 11 de abril "por orden verbal impartida por el señor Juez Promiscuo Municipal".

Se acreditó la calidad de juez del funcionario denunciado, así como el hecho de encontrarse en ejercicio del cargo en la noche del 10 de abril de 1967 (folios 31 y 32).

Concepto de la Procuraduría

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal encuentra demostrada en el expediente la conducta irregular del acusado, pues, además de la arbitrariedad cometida contra Luis Soler, se embriagaba con frecuencia y protagonizaba actos indignos de su investidura. Las pruebas recogidas, que son principalmente las que antes se han relacionado, indican, en las condiciones del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, que el juez incurrió en un delito de detención arbitraria y que debe ser llamado a responder en juicio criminal.

Conceptúa el Agente del Ministerio Público que la norma infringida no es la del artículo 171 del Código Penal, sino la del artículo 295 de la misma obra, que prevé la represión de esta clase de actividades.

El ciudadano Luis Enrique Soler no discutió con el juez, ni lo injurió, pues se ocupaba era de reclamarle al secretario un acto que consideraba indebido. Y aun en el caso de que algo hubiera tenido que ver con el juez, es preciso admitir que éste no se encontraba cumpliendo funciones propias, ni siquiera pretextando la razón de ellas.

Lo más grave, a juicio del Procurador, es que la arbitrariedad se agravó al dictar el juez al día siguiente la resolución que imponía a Soler una pena disciplinaria, violando por igual el artículo 26 de la Constitución y el 310 del Código Penal. Luego agrega:

"Estima por tanto esta Procuraduría Delegada que el funcionario acusado pudo haber cometido el delito de detención arbitraria porque, conforme al artículo 295 del C. P. se estableció:

"Primero. El carácter de juez le permitía imponer penas correccionales, multa o arresto.

"Segundo. El juez Maldonado ordenó verbalmente en la noche del 10 al 11 de abril de 1967 la privación de la libertad del ciudadano Luis Enrique Soler por supuestos irrespetos, orden que se cumplió (Fls. 8, 10, 14, 16 y 27) y solo al siguiente día se profirió la resolución de sanción (Fl. 19).

"Tercero. El hecho se cometió por el funcionario con abuso de funciones porque no hubo actos irrespetuosos a su persona y, aun en el caso de admitirlo, la privación de la libertad se realizó por orden verbal y solo al día siguiente se profirió la resolución la cual no sufrió el trámite legal para darle cumplimiento.

"En consecuencia, es patente el abuso de la función que exige la disposición antes citada para configurar el delito de detención arbitraria".

Consideraciones de la Corte

Con el informe de Pedro Pablo Arévalo, Comandante de la subestación de Policía de Tibacuy (folio 8), documento que tiene valor de plena prueba del hecho, según lo dispuesto por el artículo 261 del Código de Procedimiento Penal, se acredita que Luis Enrique Soler fue detenido entre el 10 y el 11 de abril de 1967 y que la detención se cumplió debido a orden verbal impartida por Antonio Maldonado Castellanos, a la sazón Juez Promiscuo del citado Municipio

Confírmase esta actuación con las declaraciones de los dos agentes que cumplieron la orden, José del Carmen Mancera y Alejandro Umbarila, de manera que aparece acreditada la detención por el aspecto objetivo de privación de la libertad de Luis Enrique Soler.

Los mismos medios demostrativos sirven para establecer que el sindicado no se encontraba en ejercicio de sus funciones cuando impartió la orden de detener, sino muy por fuera de ellas, pues, como ya se ha recordado, Maldonado Castellanos si bien tenía el carácter de juez, cumplía actividades distintas de las que la ley le asigna, como eran las de departir con otras personas y tomar licor con ellas. En estas condiciones no son aplicables ni el artículo 171 del Código Penal, ni el 295 de la misma obra, en cuanto exigen que el comportamiento incriminable se lleve a cabo dentro de la función, o con ocasión de ella, o exceso en su ejercicio. Mal puede excederse en este ejercicio el empleado en el momento en que no lo está cumpliendo. El exceso o el abuso requieren que se lleve a cabo una actuación dentro de las especificaciones legales o reglamentarias y en manera alguna por fuera de ellas, como sucede con el juez que, fuera de toda tarea asignada normativamente, ejecuta una conducta contraria al derecho, como es la imputada.

La Sala reitera la jurisprudencia contenida en auto del 14 de febrero de 1950 (G. J. T. LXVII, Pág. 73), en el párrafo que se transcribe, porque responde exactamente a las descripciones del artículo 295 del Código Penal, destacando, como lo hace, que si la detención se ordena por un simple abuso del cargo, y no por extralimitación de las funciones propias de él, el delito cambia de clase y debe procederse de conformidad. Dijo la Corte:

"No comete delito de detención arbitraria el funcionario que detiene u ordena detener una persona que lo ha injuriado, si esa detención la lleva a cabo u ordena en momentos en que actúa como simple particular y el motivo de los ultrajes no ha sido su investidura oficial, pues para que ha-

ya detención arbitraria es menester que el funcionario o empleado público prive de la libertad personal a una persona, 'abusando de sus funciones'; y no abusa de éstas quien no las está ejerciendo cuando comete el delito (C. P., Art. 295). El hecho supone que el funcionario o empleado público esté obrando dentro del radio de su legítima competencia, pero que la extralimita en perjuicio de la libertad individual.

"En estos casos solo podrá haber lugar al delito de secuestro, que es la detención injusta de una persona cometida por un particular" (Art. 294)".

Las consideraciones anteriores indican que el Tribunal equivocó la calificación jurídica de los hechos en la providencia que se revisa, lo que se traduce en incompetencia de jurisdicción, circunstancia por la cual la Corte hará la declaración pertinente a fin de que el sumario pase a juez competente, que, teniendo en cuenta la naturaleza del hecho y el lugar de comisión sería el del Circuito donde se sucedió la acción, al que será remitido por conducto del Tribunal de origen. Debe destacarse la observación anterior porque sobre un mismo objeto procesal, constituído por el hecho que es presuntivamente ilícito, no puede darse la posibilidad de dos pronunciamientos jurisdiccionales de fondo, principio que recoge el artículo 115 del C. de P. P.; y a esa situación se llegaría si se confirmara el sobreseimiento definitivo materia de consulta y se dispusiera la remisión del proceso a otro funcionario para su continuación, dándole a la infracción un nombre distinto del que se contempló en el auto que se examina.

Decisión

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara la nulidad de lo actuado por el Tribunal Superior de Bogotá, a partir del auto por el cual se declaró cerrada la presente investigación, y ordena el envío del informativo, por conducto de dicha Corporación, al Juez Penal del Circuito correspondiente para que aprehenda su conocimiento.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

José Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD SUPRALEGAL

Si se retrotrae el procedimiento por haberse declarado una nulidad, y en la etapa afectada por dicha decisión queda comprendido el poder conferido por el procesado, lo mismo que el reconocimiento y posesión del defensor, el no repetir dicho trámite no constituye nulidad de ninguna naturaleza, siempre y cuando haya tenido asistencia en legal forma el incriminado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, octubre cinco de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

(Aprobado: Acta número 38 de octubre 1º de 1971).

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado Vidal Sánchez Gualdrón, contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, de fecha 1º de abril del año en curso, por medio de la cual se le condenó a la pena de veintidós años de presidio como responsable por los delitos de homicidio (agravado) en Pedro Jesús Alvarado Suárez y Pedro Antonio Mejía y de lesiones personales en Sofía Alvarado Mejía, se revoca la condena al mismo Sánchez Gualdrón por lesiones personales en Elías Alvarado Mejía y se le absuelve por este cargo, se revoca la condena al pago de una suma líquida por perjuicios y se le condena, en abstracto, por la misma causa. De esta manera se reforma la sentencia de 10 de noviembre de 1970, pronunciada por el Juzgado Quinto Superior de Bucaramanga.

Hechos y actuación procesal

Ocurrieron aquellos en el punto denominado "El Uvo", fracción de "Potrero Grande", Municipio de Molagavita (Santander), en donde habitaba la familia de María del Carmen Alvarado Mejía, esposa de Vidal Sánchez Gualdrón, a saber, su madre Ascensión Mejía de Alvarado, su padre Pedro Jesús Alvarado Suárez y sus hermanos Pedro Antonio, Elías, Saúl, Sofía y Nohemí.

El 29 de junio de 1965 se hallaban reunidos allí las mencionadas personas, cuando, a eso de las siete de la noche, entró un hombre quien alumbrando con una linterna la cocina, disparó su revólver varias veces, dando muerte a Pedro Antonio, hiriendo de gravedad a Pedro Jesús (quien falleció dos días después en el hospital), lesionando de alguna consideración a la menor Sofía y en forma leve a Elías Alvarado Mejía.

Tal individuo fue posteriormente identificado como Vidal Sánchez Gualdrón quien había procedido en esa forma a virtud de resentimientos que guardaba con la familia de su esposa que estaba disgustada con él debido a la mala vida que el procesado le daba a ella y por lo cual sus familiares habían tenido que llamarle la atención, añadiéndose a esto que Sánchez Gualdrón había sido algún tiempo atrás lesionado con un disparo de escopeta de lo cual se sindicaba a su cuñado Pedro Antonio.

Una vez terminada la investigación, la cerró, y calificó el Juzgado Superior del extinguido Distrito Judicial de Málaga, por auto de fecha 18 de enero de 1966, llamando a juicio a Vidal Sánchez Gualdrón por los delitos de homicidio agravado en Pedro

Jesús Alvarado y Pedro Antonio Alvarado Mejía, homicidio imperfecto en la menor Sofía Alvarado Mejía y lesiones personales en Elías Alvarado Mejía.

Apelado tal auto, subió al entonces existente Tribunal Superior de Málaga que lo confirmó en cuanto a los delitos de homicidio y lesiones personales perfectos, revocándolo en relación al homicidio imperfecto en lugar del cual llamó a juicio por lesiones personales.

En la audiencia pública, los jurados respondieron afirmativamente los cuatro cuestionarios que se elaboraron sobre las bases mencionadas. Con fundamento en estos veredictos, el Juzgado Superior de Málaga pronunció, el 25 de abril de 1968, sentencia en que condenaba a Sánchez Gualdrón a la pena de 27 años de presidio y a las accesorias de rigor.

Apelada esa providencia, el Tribunal Superior mencionado, declaró nulo el proceso, a partir del auto que disponía la apertura de la causa a prueba, inclusive, y ordenó reponer la actuación.

Obedeciendo lo resuelto por el superior, el Juzgado abrió nuevamente a prueba la causa y dispuso practicar las pedidas oportunamente por el Fiscal y por el apoderado de la parte civil, comisionando para la práctica de ellas al Juzgado Municipal de Molagavita y al de Málaga (reparto).

Desaparecido el Juzgado Superior de Málaga, el proceso fue remitido a los jueces superiores de Bucaramanga, habiéndole correspondido, en reparto, al Quinto Superior que adelantó la actuación y señaló el 10 de junio del año pasado para dar comienzo a la audiencia.

Actuaron como defensor del procesado el doctor Jorge Arturo Ramírez Lozano y como vocero el doctor Jorge González Aranda. Durante la vista pública fue recusado el jurado, doctor Rafael Barón Romero, por algunas manifestaciones que hiciera en cuanto a la pérdida de tiempo y dinero por su asistencia al juicio. Habiéndose denegado la recusación por el Juez, en decisión que fue apelada por el defensor, se concedió el recurso en el mismo auto en que se señalaba fecha para la continuación de la audiencia por lo cual el defensor pidió reposición, la cual fue resuelta de plano. El Tribunal Superior de Bucaramanga, en auto motivado, confirmó el rechazo de la recusación.

A la consideración del jurado fueron sometidos cuatro cuestionarios, habiendo aquel respondido a los tres primeros con un "SI" y al cuarto con "SI", pero sin determinarse plenamente el propósito de matar". Los dos primeros se referían a los homicidios en Pedro Antonio Alvarado y en Pedro Jesús Alvarado Suárez, el tercero a las lesiones personales en Sofía Alvarado Mejía y el cuarto a las lesiones en Elías Alvarado Mejía.

Durante la vista pública el vocero replicó a las argumentaciones del Ministerio Público, restándole fuerza incriminatoria a los indicios que aquel puso de relieve como pruebas de cargo, señaló el escaso valor de los testimonios acusatorios y proclamó la inocencia del procesado, pidiendo finalmente su absolución por falta de pruebas.

En igual sentido se pronunció el defensor quien tachó algunos testimonios, insistió en la validez de la coartada que presentara el procesado, advirtió al jurado que no podía condenar con base en un solo testigo y terminó pidiendo, también, la absolución de su defendido.

El Juzgado en sentencia de 10 de noviembre del año pasado, consideró que las respuestas del jurado tenían amplia base en el proceso, las aceptó sin restricciones y condenó al procesado a la pena de veinticuatro años de presidio más las sanciones accesorias correspondientes. Asimismo lo condenó a pagar la suma de diez mil pesos como indemnización de perjuicios y no le concedió la condena condicional, el perdón judicial ni la rebaja de la Ley 40 de 1968.

De esta providencia apelaron tanto el procesado como su defensor y el Tribunal resolvió el recurso por la que actualmente se

revisa en la cual considera que los veredictos tienen asidero en los autos y que son por lo tanto, dignos de ser acogidos.

Por lo que hace a la respuesta del "juri" al último de los cuestionarios o sea al referente a las lesiones personales en Elías Alvarado Mejía, estima el Tribunal que el jurado dudó sobre el aspecto de la dirección de la voluntad hacia el resultado, o sea que, en su concepto, negó el coeficiente psíquico del delito, desintegrando así la figura delictiva ya que no cree posible interpretar esa respuesta como afirmación de lesiones personales culposas, cuestión que no se debatió en los autos por lo que estima que el jurado absolvió, por el cargo en cuestión, al procesado.

Como en contra de éste fueron deducidas, desde el auto de proceder, las circunstancias de asesinato contempladas en los ordinales 1º y 5º del artículo 363, a causa del vínculo de parentesco con las víctimas y por haber obrado con alevosía, el Tribunal fijó la pena en veintidós años de presidio, más las accesorias correspondientes. Además, desestimó el peritazgo de avalúo de perjuicios, revocó la condenación en concreto que de estos había hecho el Juez y condenó, como se ha dicho, en abstracto.

Demanda de casación

Interpuesto, en tiempo oportuno este recurso, concedido y admitido por la Sala, se presentó, también oportunamente, la demanda, que se declaró ajustada a los requerimientos de ley.

En ella, luego de hacer el resumen de los hechos, el apoderado endereza dos cargos a la sentencia recurrida, ambos dentro del marco del numeral 4º del artículo 580 del C. de P. Penal, uno por nulidad constitucional y otro por nulidad legal.

Primer cargo
Nulidad constitucional

Lo hace consistir, en síntesis, en que, por haberse declarado, por el Tribunal, en providencia ya mencionada, la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que abría la causa a prueba, cayó bajo tal sanción procesal el que ordenaba practicar las pruebas pedidas por el entonces defensor del procesado por lo que, al ser practicadas, sin auto que dispusiera tal cosa, quedaron sin ningún efecto probatorio y como no se las repuso ni se ordenó practicar otras que el defensor había pedido en la misma oportunidad, se coartó la defensa del procesado.

También en su concepto, se la coartó porque a causa de la mencionada nulidad, vino a quedar el acusado sin defensa, ya que resultó afectado el reconocimiento y posesión del doctor Jorge González Aranda, como defensor de Sánchez Gualdrón, por no habérsele otorgado nuevamente poder ni haberle ratificado éste el que anteriormente le había conferido.

Finalmente, asevera que la audiencia se efectuó en tiempo inhábil pues el Juez no tuvo en cuenta lo dispuesto en los artículos 12 y 26 del Decreto 1358 de 1964 y señaló dicha diligencia fuera de los términos que tales disposiciones establecen, lo que también violó los derechos del acusado y desconoció la garantía constitucional que consagra el artículo 26 de la Carta, al igual que los derechos reconocidos por las leyes de procedimiento.

Segundo cargo

Nulidad legal

La hace consistir en no haberse reemplazado al jurado doctor Rafael Barón Romero, a quien atribuye hostilidad manifiesta y persistente, soberbia y ademanes de pocos amigos por el aplazamiento de la audiencia, todo lo cual turbó, en su concepto, la imparcialidad de conciencia de este juez del hecho, "llevándola a determinaciones negativas por la animadversión o molestia, con evidente alteración del conocimiento y de los valores a los que se relaciona".

Funda esta nulidad en lo dispuesto por el ordinal 1º del artículo 38 del Decreto 1358 de 1964.

Además encuentra que se ha violado la ley procesal al darle trámite indebido del recurso de reposición interpuesto por el Fiscal del Juzgado contra el auto por medio del cual se concedió el recurso de apelación y a la vez se señaló fecha para la continuación de la audiencia. Se refiere a la providencia que rechazó la recusación del jurado en mención.

Resume su argumentación diciendo que a Vidal Sánchez Gualdrón se le ha juzgado "con arbitrariedad, privándolo de las garantías constitucionales a que tiene derecho todo ciudadano que comparece ante los jueces de la República lo que entraña nulidad supralegal. Y pide, en conclusión, que se invalide la sentencia recurrida, se declare nulo el auto de proceder y se reponga el procedimiento.

Concepto de la Procuraduría

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, en extenso y razonado concepto, solicita que se deseche la demanda en estudio y se ordene la devolución del expediente al Tribunal de origen.

Respecto a los cargos aducidos bajo el marco del artículo 26 de la Carta Política por el demandante, manifiesta, en resumen, el Ministerio Público, lo siguiente:

a) De las pruebas solicitadas por el defensor en memorial comprendido por la parte anulada del proceso, las pertinentes fueron aducidas al proceso. Solo se dejaron de practicar aquellas que no tenían ninguna incidencia en la defensa. Por lo tanto este derecho del proceso no sufrió mengua de ninguna clase.

b) No todas las irregularidades que se presentan en un proceso penal pueden elevarse a la categoría de nulidades constitucionales o legales. Esto es lo que sucede en el presente con la consistente en no haberse reconocido o ratificado la personería del defensor con posterioridad a la declaratoria de nulidad que cobijó el primer reconocimiento. Ciertamente se nota esa omisión pero no por haberse incurrido en ella, quedó el procesado sin defensa pues esta se ejerció a todo lo largo del mismo y, en especial, en la audiencia pública. En esta, además del defensor, intervino el vocero, quien al igual que aquel, atendió "en forma plausible y agotadora la defensa del procesado".

c) Por lo que hace al cargo de haberse fijado para tiempo inhábil la audiencia pública, dice el Procurador que dicho ataque carece de base y, más aún, de demostración. No obstante, hace ver que la fijación inicial y las posteriores, se ajustaron a las normas legales.

En cuanto al de nulidad legal enderezado contra la sentencia y que se hace consistir en no haberse reemplazado al jurado Barón Romero, advierte el Procurador que la recusación de este miembro del tribunal de conciencia fue sometida al trámite legal correspondiente y que la Procuraduría encuentra aceptables, en que no había base para separarlo.

Transcribe, a este propósito, apartes de lo dicho por ese Tribunal que, a su turno, acogió algunos razonamientos de su Fiscal Segundo. Tanto aquella Corporación como su colaborador hacen hincapié en que las manifestaciones del jurado Barón Romero se debieron a su preocupación por los enfermos puestos a su cuidado y que quedaban sin asistencia médica mientras él estaba en la audiencia, la cual hubo de ser aplazada varias veces por ausencia de otros jurados y por los incidentes promovidos durante su curso.

Consideraciones de la Corte

Nulidad supralegal

Un primer ataque a la demanda, encuadrado en el marco del artículo 26 de la Carta, lo hace consistir el apoderado en que se menoscabó el derecho de defensa de su poderdante al quedar comprendido en la nulidad, declarada por el Tribunal Superior de Bucaramanga, de lo actuado a partir del auto que abrió la causa a prueba y el memorial por medio del cual el defensor solicitaba algunas pruebas.

Revisado el expediente se encuentra que la mayor parte de esas probanzas figuran en el expediente bien porque se llevaron a él, con posterioridad a la anulación, algunas de las pedidas por el defensor en el susodicho memorial, bien porque, ordenadas directamente por el Juez, fueran practicadas otras.

Las que no se practicaron no tenían, como lo anota la Procuraduría, importancia para la defensa.

Por otra parte no sobra advertir tres cosas: Primera, que en la parte anulada no se practicaron pruebas, salvo una declaración sin importancia para el proceso. Segunda: que en las dos audiencias, una de ellas anulada, ni el vocero de la defensa ni el defensor hicieron reclamo alguno sobre el particular y se valieron, para su defensa, exclusivamente de las aducidas durante la investigación. Tercera: que la defensa tuvo oportunidad, cuando se abrió de nuevo la causa a pruebas, de pedir las que estimara necesarias, y no lo hizo.

No puede, en consecuencia, admitirse que el no haberse dictado nuevamente el auto que ordenaba la práctica de las pruebas en cuestión, invalida la sentencia recurrida por violación del artículo 26 de la Constitución Política.

De igual manera hay que rechazar el segundo cargo, que en el mismo ámbito de la norma que se acaba de citar, aduce el recurrente y que hace consistir en que, por haber quedado en la etapa que se anuló, el poder que el procesado confiriera a su defensor, al igual que el reconocimiento y posesión de éste y no haberse repetido tal trámite una vez que se declaró la nulidad, el procesado quedó sin defensa.

Esto no es materialmente cierto, en primer término, porque sería excesivo rigor considerar que una actuación, como el poder conferido por el procesado, el reconocimiento y la posesión correspondientes, puedem quedar afectados por una nulidad que se refirió a otras actuaciones del Juzgado, por completo ajenas a las mencionadas, que se ajustaron perfectamente a la ley.

En segundo lugar, el procesado estuvo en todo momento asistido por un abogado y no en cualquier forma, sino de un modo activo y eficiente. De manera que no quedó desprovisto de consejo legal en ningún momento ni se dejó de hacer nada en su defensa.

El tercer cargo que por violación del artículo 26 de la Carta se endereza contra la sentencia y que se hace consistir en que la audiencia pública fue efectuada en tiempo inhábil, no resiste análisis pues basta examinar el expediente para cerciorarse de que se observaron las prescripciones de los artículos 11 y 12 del Decreto 1358 de 1964, vigente a la época de esa diligencia ya que la fecha de la audiencia se señaló en la oportunidad que indica la primera de esas disposiciones y la vista pública se llevó a cabo como lo establece la segunda.

No prosperan, en consecuencia, los cargos de inconstitucionalidad examinados.

Nulidad legal

Primer cargo

No haberse reemplazado al jurado doctor Rafael Barón Romero.

Sobre este particular se tiene, por una parte, que si bien dicho miembro del "juri" tuvo algunas expresiones de impaciencia, no comprometieron, en forma alguna, su concepto sobre la materia sometida a la consideración de los jueces del pueblo en el presente proceso, ni se refirieron al procesado, sino a las dilaciones y tropiezos de la audiencia.

De otro lado, aparece que dicho jurado fue recusado y que la recusación se tramitó tanto en el Juzgado como en el Tribunal habiendo sido rechazada, lo que quiere decir que ya se debatió este punto en el proceso y que, no presentándose nuevos aspectos del mismo no hay para qué volverlo a examinar en casación.

Segundo cargo

Haberse señalado fecha para la continuación de la audiencia en el mismo auto en que se dio traslado al Fiscal del recurso de reposición contra el auto que concedió, en efecto suspensivo, la apelación del que rechazara la recusación del jurado.

El recurrente no señala la disposición legal violada ni expone el concepto de la violación, limitándose a calificar de "antiprocesalismo" el hecho que se menciona. La falta de sustentación impide, en consecuencia, aceptar este cargo.

No prosperan, por lo tanto, los cargos examinados.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal de Bucaramanga, fechado a 1º de abril del año en curso y por medio de la cual se condena a Vidal Sánchez Guadrón por los delitos de homicidio y lesiones personales y se dispone devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CASACION. — OBJETIVOS DEL RECURSO

Dos son los objetivos del recurso de casación, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del Código de Procedimiento Civil. — Primero unificar la jurisprudencia, proveyendo al cumplimiento del derecho en pugna; y segundo, reparar los agravios inferidos a la partes por la sentencia recurrida. — Si el defensor no dirige su saber y experiencia a la consecución de situaciones más favorables para su defendido, aunque se escude en la defensa de un interés público, incumple su misión porque la parcializa.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, octubre veintidós de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Carlos Pérez).

(Aprobado: Acta número 42 de 22 de octubre de 1971).

Vistos

Con fecha 14 de abril del año en curso, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué dictó sentencia condenatoria contra José Omar López Mendoza, como responsable de los delitos de homicidio y hurto agravados, cometido el primero en la menor Magdalena Quimbayo y el segundo en propiedades de Yesid Forero y Pedro Nel Meneses. A la pena principal de diez y siete años y nueve meses de presidio se agregaron las accesorias correspondientes, especialmente la pérdida de la patria potestad, que no había tenido en cuenta el juzgador de primer grado, y en este sentido se reformó el fallo de aquel, proferido el 29 de enero de 1971.

Contra dicha sentencia interpuso el defensor del procesado recurso de casación, que se declaró admisible por auto del 10 de junio. La demanda se declaró ajustada a las exigencias legales en decisión del 10 de agosto y se oyó el concepto del Ministerio Público, en el sentido de que debe desecharse el recurso extraordinario, con razones que se extractarán ulteriormente.

Agotado el trámite legal procede la resolución definitiva.

Los hechos procesales

Se resumen así:

El domingo 3 de junio de 1969, en las horas de la tarde, llegaron José Raúl Mendoza y José Omar López Mendoza a la casa del inmueble rústico 'San Cayetano', ubicado en el paraje de 'La Cerragosa', municipio de Cajamarca, exhibiendo cada uno su escopeta de fisto y diciéndose agentes de la autoridad. Uno de ellos, José Raúl, se situó en la entrada de la casa como vigilante, y el otro, José Omar, entró a las habitaciones para practicar una requisa, saliendo después con dos escopetas de cápsula que pertenecían a Yesid Forero y Pedro Nel Meneses, armas que se llevaron diciendo que los dueños las reclamaran en la Inspección de Policía, una vez que exhibieran el salvoconducto.

Los dos sujetos emprendieron el regreso pero pocos minutos después se hicieron presentes de nuevo para invitar a la menor Magdalena Quimbayo, de trece años de edad, hija de Pedro María Quimbayo, a que los acompañara, pero como ella no quisiera

atenderlos, José Omar López le hizo un disparo con la escopeta, ocasionándole la muerte por el mecanismo de la anemia aguda, según el siguiente dictamen médico: "Herida producida con arma de fuego, tipo monoproyectil, de ocho milímetros de diámetro, localizada en la parte media del homoplato (sic) derecho y a cuatro centímetros por debajo del borde superior del mismo, que interesando piel, tejido celular subcutáneo, músculo, pleura, parénquina pulmonar derecho en su lóbulo superior, y siguiendo una dirección transversal atraviesa parénquina pulmonar izquierda, lesionando vasos arteriales y venosos, produciendo intensa hemorragia intratoráxica, para salir a nivel del tercer espacio intercostal izquierdo con un orificio de salida de quince milímetros de diámetro, de la cara anterior del tórax y en su línea medio clavicular".

Además de muchas otras declaraciones que informan sobre los antecedentes y las consecuencias del delito, el Juez Primero Superior de Ibagué tuvo en cuenta las de los presenciales José Ildebrando Rodríguez Muñoz, Melba Rodríguez Trujillo y Germán Quintero Suárez, para abrir causa criminal contra José Omar López y José Raúl Mendoza como coautores de homicidio y hurto también agravados, y para someter a la consideración del jurado los cuestionarios correspondientes que fueron contestados en forma afirmativa respecto de José Omar López Mendoza y negativamente respecto de José Raúl Mendoza, por lo que el fallo condenatorio solo se refiere al primero, habiéndose absuelto al segundo.

Sobre la base del veredicto condenatorio se dictó la sentencia que confirmó el Tribunal, agregándole la pena de pérdida de la patria potestad, contra la cual se ha recurrido en casación.

La demanda

El recurrente invoca las causales primera y cuarta de casación y trata de demostrarlas con las aserciones que aquí se puntualizan. Respecto de la primera, plantea violación "de la ley sustancial por aplicación indebida, como consecuencia de la apreciación errónea de las pruebas, ya que se les ha negado el valor probatorio de hecho que tienen y se les ha atribuído el que no tienen".

La errónea apreciación de los testimonios de José Ildebrando Rodríguez, Melba Rodríguez Trujillo y Germán Quimbayo Suárez, condujo al Tribunal, según el libelo, a calificar los hechos como homicidio y hurto agravados, aplicando el numeral 5º del artículo 363 del Código Penal y el artículo 1º de la Ley 4ª de 1943, en lugar de admitir el homicidio y el robo agravados que, a juicio del recurrente, son los tipos delictivos que se configuran. Agrega: "Calificó un robo agravado como hurto agravado, aplicando indebidamente en la sentencia el artículo 1º de la Ley 4ª de 1943 en concordancia con el numeral 5º del artículo 398 del Código Penal, en vez de darle una aplicación correcta o debida, aplicando la norma que consagra el artículo 2º de la Ley 4ª de 1943 en concordancia con el artículo 404 numerales 1º y 4º, Código Penal".

En otros términos, concluye, "a las pruebas analizadas se les negó el valor probatorio que tienen, con respecto a la violencia ejercida a los moradores de la finca 'San Cayetano' en el delito de la propiedad de que habla esta investigación".

Con base en la misma causal primera formula un segundo cargo, que es la repetición del que se deja sintetizado, que tiene el mismo desarrollo y que se puntualiza así:

"Es evidente que las declaraciones de Melba Rodríguez Trujillo, Ildebrando Rodríguez Muñoz y Germán Quimbayo Suárez, muestran en forma inequívoca que en el segundo episodio del resto contra la propiedad en bienes de Yesid Forero y Pedro Nel Meneses, se realizó por parte de los asaltantes la violencia ejercida con armas de fuego por uno de los delincuentes, inmediatamente después de la sustracción de las escopetas de cápsula y con el fin de asegurar su producto y obtener su impunidad. Pero el Honorable Tribunal sentenciador niega el valor probatorio de este hecho, aun cuando no niegue el hecho y sienta la tesis de que no

se ejerció, ni se ejecutó y consumó el delito de robo impropio de que habla la Ley 4ª de 1943, artículo 2º, inciso 2º".

En demostración de este enunciado expresa el libelo que "los asaltantes ejecutaron y consumaron la apropiación de las escopetas de cápsula mediante la violencia concomitante al apoderamiento ya que iban armados con escopeta de fisto, y que después de dicho acto ilícito se retiraron de la casa de San Cayetano con el botín y caminaron según la versión del testigo Ildebrando Rodríguez Muñoz, más o menos dos cuadras, y regresaron a la casa para uno de los asaltantes fusilar a la menor Magdalena Quimbayo; y según la deposición de Melba Rodríguez Trujillo, ella alcanzó a charlar con la occisa acerca de la identidad de los asaltantes en la cocina de la casa".

Respecto de la causal cuarta, planteada como consecuencia de la primera, dice que el fallo se dictó en un juicio viciado de nulidad "en virtud de haberse incurrido en el auto de proceder y en la sentencia impugnada en error relativo a la denominación jurídica de la infracción ya que se trata de un homicidio agravado o con características de asesinato y de un robo agravado y no de un homicidio agravado y hurto agravado". A propósito de esta causal sostiene los mismos puntos de vista expuestos en justificación de la primera.

Concepto del Procurador

El Procurador Primero Delegado en lo Penal responde:

"De la argumentación propuesta por el recurrente aparece que impugna la sentencia con base en las causales primera y cuarta, esta como consecuencia y con la solicitud de que se declare inválida la actuación, a partir del momento en que se produjo el vicio cuya existencia alega, cual es el de errada calificación de la infracción.

"Por tanto, se concluye que la impugnación se dirige directamente a obtener que se declare tal invalidez por el motivo contemplado en la ley.

"Se considera que no era necesaria la invocación de la causal primera, relacionada con la violación de la ley, por cuanto la nulidad como causal de casación se encuentra expresamente contemplada por la norma legal y en consecuencia, puede invocarse directamente, ya que no existe limitación alguna y, por el contrario, resulta acorde con su naturaleza el examen de los medios probatorios para deducir si efectivamente se ha producido el vicio en el trámite por cualquiera de los aspectos contemplados expresa o concretamente por la ley".

Como respaldo de las anteriores aseveraciones cita el Agente del Ministerio Público y transcribe el fallo de esta Sala proferido el 15 de diciembre de 1970, en el cual se examinó esta cuestión y, rectificando una jurisprudencia anterior, se sostuvo la autonomía de las causales de casación, de manera que ya no es necesario recurrir a la primera sino que directamente puede atacarse el fallo con arreglo a la cuarta: "es suficiente lo anterior para concluir que en el caso examinado no procede la invocación de la causal primera, por cuanto la nulidad puede plantearse directamente".

Y en lo que concierne a la causal cuarta responde el Procurador: si se tiene en cuenta que el robo agravado acarrea una sanción mayor, debe concluirse que el cargo y la petición correspondiente serían más perjudiciales para el procesado, cuestión que pugna con el recurso extraordinario en cuanto "tiene por finalidades primordiales unificar la jurisprudencia, ejercer control para la recta interpretación y la aplicación de la ley y permitir el reclamo o enmienda del perjuicio o agravio que con el fallo se ocasione". Sobre este mismo punto insiste así:

"En el presente caso, como la petición, según se dijo, implica una consecuencia o resultado desfavorable al procesado, no existe interés por parte de éste y por lo tanto no es el caso de entrar a examinar el argumento planteado. También la nulidad que es solicitada a nombre del procesado, tiene por objeto favorecer los intereses de él y así no es admisible que se alegue para agravar

su situación, a lo cual conduce la petición del demandante, pues de prosperar, obligaría que se le formulara un cargo más grave que el anterior, lo que significa que no existe gravamen para el recurrente y falta en consecuencia, este presupuesto de recurso".

Concluye, como se expuso, pidiendo se rechacen las peticiones de la demanda.

Consideraciones

El carácter extraordinario y por eso mismo restringido de la casación no le quita la doble finalidad que persigue todo recurso, cual es, concurrentemente con la defensa de la ley, la reparación del agravio de que se cree víctima una de las partes intervinientes en el proceso. Buscar en este momento especialísimo el interés exclusivo de la ley, es pretender que la casación se convierta en una acción pública, desnaturalizando la progresiva misión históricamente conformada, como examen de los fundamentos del fallo propuestos por quien demuestra que la decisión entraña un tratamiento injusto. El recurso existe y funciona como garantía del respecto a la norma pero también como discernimiento del derecho particular negado, y de ese doble soporte surge el de uniformar la interpretación por vía de jurisprudencia. Son dos cuestiones inseparables, que pueden aislarse y aun contraponerse en el ámbito conceptual, mas no en el de las declaraciones lógicas a que se contrae toda sentencia. Son, si se prefiere, dos facetas del mismo objeto, dos partes de una misma estructura o, empleando otros términos, los dos requisitos necesarios de una común existencia.

El sistema procesal colombiano no dejó de reconocer esta convergencia, ni aun bajo el estatuto vigente hasta el 30 de junio de 1971, cuyo artículo 519, apartándose del artículo 149 de la Ley 40 de 1907 y del Código de Arbeláez de 1923, suprimió entre los fines de este recurso extraordinario "enmendar los agravios inferidos a las partes". Pues inclusive bajo este régimen, la Corte entendió que "en la acusación de una sentencia y en el fallo de casación, se tiene en cuenta y se busca la defensa de la ley, pero se procede por una acción de carácter privado, porque el fallo acusado, sea o no violatorio de la ley, no perjudica ni aprovecha sino a los que han litigado" (Casación Civil, 1º de junio de 1936, G. J., T. XLIII, Pág. 712).

Y Luego, en decisión del 31 de mayo de 1952 (G. J. T. LXXII, Pág. 236,), fue todavía más comprensiva: "El recurso de casación, aunque tiene por fin principal el de unificar la jurisprudencia, siendo de interés eminentemente público, sin embargo no alcanza a revestir el carácter de acción pública o, hablando más estrictamente, de acción popular, porque se le hubiese establecido en el solo interés de la doctrina y de la ley. Se requiere, como requisito indispensable, acreditar el mismo interés práctico constitutivo de lo que suele llamarse personería sustantiva, sin la cual no se da acción alguna en el fuero del derecho privado".

Regresando al abolido finalismo del recurso, el artículo 365 del actual Código de Procedimiento Civil, aplicable a las materias criminales por mandato del artículo 8º del Código de Procedimiento Penal hoy vigente, incorporó, bajo el título de fines de la casación, esta norma: "El recurso de casación tiene por fin principal uniformar la jurisprudencia nacional y proveer a la realización del derecho objetivo en los respectivos procesos; además, procura reparar los agravios inferidos a las partes por la sentencia recurrida".

Son, pues, dos los objetivos que se persiguen en este debate: primero, uniformar la jurisprudencia, proveyendo al cumplimiento del derecho en pugna; y segundo, poner punto final a un perjuicio particular ocasionado por el fallo recurrido. Estos dos objetivos concurren y se fundan en uno solo, sin que puedan aislarse o escindirse, ni darle al uno mayor extensión que al otro, ya que donde se rompe la igualdad ante la ley, aunque únicamente se afecte el interés individual, se viola también el ordenamiento jurídico general y se pone en duda la correcta administración de justicia.

Si alguien, en lo civil o en lo penal, impulsado por el ánimo de defender el imperio general de la ley, se presenta en casación dejando de lado la reparación de las lesiones sufridas en el fallo, más aún, tratando de obtener, con el pretexto de las satisfacciones públicas o sociales, consecuencias más gravosas, desconoce la índole del recurso, recorta su finalidad y se sitúa al margen de los dos presupuestos imperativos señalados por la ley. En tales condiciones faltando una de las cuestiones esenciales del debate provocado, este no puede seguir con el estudio de la impugnación, cualquiera que fuere la índole de los cargos y los argumentos en que se apoye. Si la pretensión no se dirige a reparar el agravio, sino más, bien a aumentar sus proporciones, es ilegítima por lo mismo que persigue obtener una nueva determinación dañosa.

Y si es el defensor del procesado, como recurrente en casación, quien formula tales planteamientos, la demanda que concreta los cargos no solo no puede ser estudiada, sino que ese defensor ha violado sus deberes, aunque piense que remotamente, al reponerse el procedimiento por la declaratoria de una nulidad, va a obtener la reparación que deja de proponerle a la Corte; máxime cuando la defensa de manera ostensible, reiterada y enérgica, acepta la prueba examinada en las instancias como fundamento de la condenación.

El defensor tiene líneas intraspasables, más allá de las cuales comienza el campo de la deslealtad para quien se encomienda a su pericia en el derecho y en la ley. Si no dirige su saber y experiencia a la consecución de situaciones más favorables para su defendido, aunque se escude en la defensa de un interés público, incumple su misión porque la parcializa. El abogado colabora en el perfeccionamiento del orden jurídico y en la realización de una recta administración de justicia, como dice el artículo primero del Decreto 196 de 1971, pero tiene esta otra misión principal, según el artículo segundo del mismo estatuto: "asesorar, patrocinar y asistir a las personas en la ordenación y desenvolvimiento de sus relaciones jurídicas", tratando de "defender en justicia los derechos de la sociedad y de los particulares".

Así como la casación trata de satisfacer dos exigencias inseparables, según lo expuesto, la defensa en el proceso debe inspirarse en dos principios indisolublemente unidos: el equilibrio entre los reclamos sociales y las garantías de la persona humana.

No es reciente esta posición de la Corte. En auto del 1º de diciembre de 1943 (G. J., T. LVI, Pág. 470), observó: "No habría problema si hubiera sido el Ministerio Público quien hubiera interpuesto casación alegando que el Tribunal aplicó indebidamente un artículo del Código que pone una sanción apenas de dos a diez y ocho meses de arresto, siendo así que la disposición aplicable era de otro artículo que señala pena cuyo máximo es de cinco años de presidio. Pero el defensor no puede aducir semejante argumento, porque si a la sentenciada ha debido aplicársele una disposición legal más severa, tal defensor faltaría a sus deberes alegándolo".

Ocurre sí que el desenvolvimiento de las instituciones hacia el servicio del hombre, la clarificación y afirmación constante del derecho de defensa y los compromisos que la deontología jurídica impone al profesional del derecho, obligan a reafirmar y ampliar la jurisprudencia, como se hace por la presente.

En el caso de autos la demanda carece de los requisitos sustanciales descritos en el artículo 365 del Código de Procedimiento Civil, pues, de una parte, no contiene planteamiento tendiente a realizar el derecho objetivo, y de la otra, no sólo no procura mejorar las condiciones de la condena impuesta al procesado, sino que, todo lo contrario, busca empeorarlas. No otra conclusión se deriva de las transcripciones que se han hecho del libelo, a través de las cuales se ve claramente que el actor pretende que se califique como robo agravado el delito contra la propiedad cometido por su defendido, en lugar del hurto agravado que admitió el Tribunal. Todo lo cual significa que

se ha desnaturalizado el recurso de casación y que la Corte no tiene base para estudiar los cargos formulados al fallo. Así procede a declararlo.

Decisión

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el apoderado de José Omar López Mendoza contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, de que se ha hecho mérito en la parte motiva de la presente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

José Evencio Posada V., Secretario.

FALTAS CONTRA LA ETICA EN EL EJERCICIO DE LA ABOGACIA

La Corte rectifica su criterio, en cuanto al juzgamiento de faltas disciplinarias cometidas por los abogados en el ejercicio de la profesión, en el sentido de que dicho juzgamiento no corresponde en primera instancia a la sala penal en pleno, sino a las salas penales de decisión de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, octubre veintidós de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Humberto Barrera Domínguez).

(Acta Nº 41 de 1971).

Vistos

Consulta el Tribunal Superior de Buga la providencia de veintitrés de agosto último, mediante la cual "declara prescrita la acción disciplinaria correspondiente, dentro de estas diligencias y se ordena cesar todo procedimiento en contra del acusado, doctor Héctor Saldarriaga Vargas".

Fue dictada tal providencia por la Sala plena de aquella Corporación inmediatamente después de que se recibieron las copias enviadas por el Juzgado Penal Municipal de Trujillo (Valle), tomadas del proceso seguido contra Miguel Fernández Torres por abuso de confianza y en que fue denunciante la señorita Laura Castaño Galeano, remisión de tales copias ordenada por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Tuluá a fin de que se investigaran las posibles faltas contra la ética en el ejercicio de la abogacía en que hubiera podido incurrir el nombrado doctor Saldarriaga Vargas, quien actuó como apoderado de la parte civil constituída en otro negocio penal adelantado contra la citada Castaño Galeano, por lesiones personales, en razón del cual fueron secuestrados algunos bienes muebles de propiedad de ésta.

Estima el Procurador 1º Delegado en lo Penal que debe declararse nula la actuación del juzgador a-quo, para que se profiera la providencia que corresponde, pues, anota, el Tribunal cometió "grave error al declarar la prescripción de la acción penal al pretermitir el mandamiento del artículo 73 del Decreto 196 de 1971, que es claro en cuanto a la pauta que fija sobre la admisión o no de la denuncia, el término para el pronunciamiento, a quienes y en qué forma se notifica lo dispuesto, y los recursos procedentes".

Hechos

Se dice en el proveído del Juzgado 2º Penal del Circuito de Tuluá, fechado el 2 de noviembre de 1964, lo siguiente:

"Como punto de partida habremos de decir que, efectivamente, entre el doctor Héctor Saldarriaga V. y Laura Castaño Galeano fue suscrito un memorial de desistimiento, en el cual ella hacía constar que, en su calidad de procesada dentro del negocio que se le siguió por el delito de lesiones personales y en el que aparece como ofendida Judith Pascuas, le haría entrega de todos los bienes que le habían sido 'pignorados' dentro del referido negocio, y que él, una vez recibidos, daba por resarcida de todos los perjuicios a la persona ofendida, representada por él, o sea como apoderado de la parte civil. Pero no es menos cierto que el juz-

gado ante el cual fue presentada dicha petición (desistimiento) o constancia de transacción, no dictó la correspondiente providencia en su oportunidad, para aceptarlo o negarlo, y, por ende, ordenar lo que fuera pertinente. Con todo y no obstante haber sido presentado el desistimiento de la parte civil que ahora se pretende hacer valer y en el que se hacía constar que una vez recibidos los bienes embargados a la Castaño, cesaría la acción civil, fue instaurada una demanda ejecutiva, en el Juzgado 1º Civil de este Circuito, para obtener el pago de los mismos perjuicios que antes se daban por resarcidos. Es decir, que se pretendió cobrar de nuevo lo que, al decir del representante de la parte civil, ya estaba pago o transado, pues dicha representación se hizo entregar del secuestre algunos de los bienes a él confiados.

"Como se ve, el desistimiento fue presentado el cuatro de marzo de 1961 y la demanda civil ante el Juzgado 1º Civil, el día 30 de julio de 1962. Ahora bien: la parte civil o su representante debió pedir solo que se le diera curso a la solicitud de desistimiento presentada, y que, por consiguiente, se ordenara la entrega a ella de los bienes que le habían sido embargados a Laura Castaño, para que así mismo cesara la acción civil. Pero, sin esperar a que el juez decidiera, el señor apoderado, doctor Héctor Saldarriaga, se hizo entregar del secuestre algunos bienes, con los cuáles consideró suficientemente pagos todos los perjuicios causados a su representada, Judith Pascuas... ¿No sería, ésto, una falta contra la ética profesional, por parte del señor apoderado de la parte civil? La respuesta corre a cargo del doctor Saldarriaga, si llega la oportunidad... El secuestre sabía que esos bienes estaban embargados y secuestrados y por lo tanto, solo mediante orden judicial podía entregarlos a quien se le ordenara, y no hacer, como lo hizo, entrega de parte de ellos al doctor Saldarriaga, quien logró convencerlo para tal fin... Es cierto que el juez civil no le dio curso a la demanda ejecutiva instaurada, pues había que establecer previamente el monto de los perjuicios, y esto se deduce de la certificación que aparece en estas diligencias..."

Considera la Corte

1º Para la fecha en que las copias de que se ha hecho mención llegaron al Tribunal Superior de Buga, 24 de mayo del corriente año, ya había entrado a regir el Decreto 196 de 1971, contentivo del "estatuto del ejercicio de la abogacía", del cual corresponde transcribir las siguientes normas:

"Artículo 66. La jurisdicción disciplinaria se ejerce:

"....

"2º Por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, que conocerán en primera instancia de las infracciones cometidas por los abogados en el territorio de su jurisdicción".

"Art. 67. Los Tribunales Superiores de Distrito Judicial ejercerán la jurisdicción disciplinaria en Sala Penal".

"Art. 68. Mientras la ley organiza el funcionamiento del Tribunal Disciplinario, las funciones atribuídas a él en este Decreto, serán ejercidas por la Corte Suprema de Justicia en Sala Penal".

"Art. 72. Recibida la denuncia o el aviso de la posible comisión de una infracción disciplinaria, el Presidente del Tribunal Superior pasará el asunto, dentro de las veinticuatro horas siguientes, al Presidente de la Sala Penal, quien de inmediato hará el reparto entre los magistrados que la integran".

"Art. 73. La Sala Penal decidirá dentro de los quince días siguientes, en providencia motivada, si es o no el caso de iniciar el proceso.

"Esta providencia se notificará personalmente al respectivo fiscal del Tribunal Superior y al presunto infractor, contra ella procede el recurso de reposición, y en caso de que la denuncia fuere rechazada, el de apelación en el efecto suspensivo".

"Art. 74. En el auto que inicie el proceso disciplinario se ordenará correr traslado al inculpado, con copia de la denuncia y de

los documentos que la acompañan, por el término de diez días".

"Art. 88. La acción disciplinaria prescribe en dos años, que se contarán desde el día en que se perpetró el último acto constitutivo de la falta. La iniciación del proceso disciplinario interrumpe la prescripción.

".....

"Art. 90. En lo no previsto en el presente título se aplicarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal".

2º Habida cuenta de que para la fecha del proveído objeto de la consulta, 23 de agosto último, había transcurrido un lapso muy superior a los dos años de que trata el Art. 88 del Decreto 196 de 1971, a partir del día en que se perpetró el último acto constitutivo de la supuesta falta disciplinaria imputada al doctor Saldarriaga Vargas, es obvio que la acción penal se encontraba, desde mucho antes, prescrita. Y tanto más, si para fijar ese término de prescripción resulta pertinente, por tratarse de hechos cometidos antes de la vigencia de aquel estatuto sobre "ejercicio de la abogacía, lo que al respecto indica el artículo 115 del Código Penal, según el cual la prescripción de la acción penal en las contravenciones se da en un año.

3º No correspondía al juzgador a-quo, en consecuencia, ordenar la cesación de un procedimiento penal que no se había iniciado contra el doctor Saldarriaga Vargas, pues, como se dejó anotado, luego de recibidas las copias enviadas por el Juzgado Penal Municipal de Trujillo en el Tribunal Superior de Buga y de repartido el asunto el 31 de mayo de 1971, se profirió el auto que examina la Corte, en el cual, según lo ya transcrito, se ordenó la cesación de todo procedimiento en contra del acusado, doctor Héctor Saldarriaga Vargas, luego de que se hizo la declaración de que estaba prescrita la acción penal.

Si el primer inciso del artículo 73 del Decreto 196 de 1971 señala que "la Sala Penal decidirá, dentro de los quince días siguientes, en providencia motivada, si es el caso o no de iniciar el proceso", lo pertinente era que el Tribunal Superior de Buga se abstuviera de iniciar el proceso por encontrarse, de antes, prescrita la acción penal.

No solamente da apoyo a esa determinación lo preceptuado por el Art. 163 del C. de P. P. (en el que se hace mención del caso en que la acción penal no puede iniciarse), sino concretamente el inciso primero del Art. 73 del Decreto 196 de 1971 que se acaba de transcribir.

4º Incumplió también el juzgador de primera instancia el mandato perentorio contenido en el segundo inciso del aludido artículo 73 sobre notificación personal al presunto infractor, pues solo se hizo por anotación en estados.

¿Resultó, del procedimiento seguido en tal notificación, lesionado algún derecho del presunto infractor, siendo así que se ordenó cesar todo procedimiento penal en su contra? Claro que sí, el de poder renunciar a la prescripción de la acción, a fin de que quedase probada su inocencia, si a bien tenía hacer tal renuncia.

Con esta finalidad, para cuando se abstiene el juzgador de iniciar el proceso, y para que se interpongan los recursos de que trata el referido inciso, en el caso de que se ordene abrir el procedimiento, se manda que sean notificados de tal providencia, de manera personal, el Ministerio Público y el presunto infractor.

5º Con fundamento en lo que señala el Art. 67 del Decreto 196 de 1971, la Corte ha indicado, hasta ahora, que el conocimiento de los procesos por faltas contra la ética en el ejercicio de la abogacía le corresponde, en primera instancia, a la Sala Penal en pleno de los Tribunales Superiores de Distrito Judical.

Dice el artículo citado que "los Tribunales Superiores de Distrito Judicial ejercerán la jurisdicción disciplinaria en Sala Penal".

Sin embargo, corresponde rectificar aquel criterio de la Corporación, por las siguientes razones:

a) El artículo 7º del Decreto 1265 de 28 de julio de 1970, orgánico de la administración de justicia, publicado en el "Diario Oficial" 33118 de 5 de agosto de 1970 y que rige desde la fecha de su expedición, dice que "las Salas de los Tribunales ejercerán sus funciones jurisdiccionales en Salas de Decisión, que se integrarán en cada asunto por el Magistrado a quien le corresponda en el repartimiento y por los dos que le sigan en turno en orden alfabético de apellidos..."

El Código de Procedimiento Penal que entró a regir el 1º de julio último, no deroga expresa ni tácita el artículo que acaba de ser transcrito. Antes bien, lo ratifica al señalar la competencia de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, pues en el inciso primero del 33 del mismo estatuto se dice que de las materias en esa norma previstas conocen "las Salas Penales de Decisión..." de tales Corporaciones.

Y dispone el Código de Procedimiento Penal (Art. 769) que solamente quedan derogados el Decreto 1345 de 1970 y "las normas sobre procedimiento penal ordinario que no se encuentren incluídas..." en aquél.

En consecuencia, la norma que trae el Art. 7º del Decreto 1265 de 1970, que alude a todos los asuntos de la competencia de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial para indicar que de ellos deben ocuparse sus Salas de Decisión, es pertinente en el régimen disciplinario de los profesionales de la abogacía, pues en ninguno de los preceptos del Decreto 196 de 1971 se modifica lo que señala el referido Art. 7º del Decreto 1265 de 1970.

En efecto, el artículo 67 del estatuto sobre ejercicio de la abogacía dice, como ya se dejó transcrito, que "los Tribunales Superiores de Distrito Judicial ejercerán la jurisdicción disciplinaria en Sala Penal". Y el 7º del Decreto 1265 de 1970 señala cómo cumplen sus funciones las Salas Penales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial al preceptuar que los asuntos de su competencia serán conocidos en Salas de Decisión. Y esta última norma no tiene excepción alguna en el Decreto 196 de 1971.

b) Resulta exagerado estimar que del conocimiento de simples faltas tenga que ocuparse la totalidad de los Magistrados de la Sala Penal de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, siendo así que para resolver respecto de cualquier delito y aun de los que cometan algunas dignidades de la Iglesia y determinados funcionarios judiciales y del Ministerio Público —en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas— la Sala Penal decide mediante sus Salas de Decisión.

No se tiene razón valedera alguna que explique la necesidad de que deba conocer la Sala Penal en pleno de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial de las faltas contra la ética en el ejercicio de la abogacía, si, de otra parte, de un delito que cometa, por caso, un Juez Superior en ejercicio de sus funciones solamente se ocupa una de las Salas de Decisión.

Pues bien:

En razón de las consideraciones anteriores corresponde concluir que de las faltas contra la moral profesional en que incurran los abogados, conocen en primera instancia las Salas Penales de Decisión de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

6º Es obvio, como lo observa el Procurador 1º Delegado en lo Penal, que se incurrió en este negocio en nulidad debida a los yerros de procedimiento de que se ha hecho referencia, lo cual invalida el trámite desde la diligencia de reparto, exclusive.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador 1º Delegado en lo Penal, DECLARA NULO lo actuado en el proceso de que se ha hecho mérito, a partir, exclusive, de la diligencia de reparto, a fin de que se reponga el trámite en la forma señalada en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada, Secretario.

NULIDAD. CAUSAL 1ª DE CASACION. VIOLACION DIRECTA DE LA LEY APLICACION INDEBIDA Y FALTA DE APLICACION

La circunstancia de clausurar la investigación dentro de los términos legales sin estar clarificada la situación jurídica del incriminado, no acarrea nulidad de ninguna naturaleza. Las actas de visita realizadas por fiscales de la Contraloría constituyen documentos públicos o auténticos (Art. 261, Decreto 409 de 1971) y en consecuencia son plena prueba de los hechos de que el funcionario de fe. La presunción consagrada en el artículo 60 de la Ley 42 de 1923 solo surte efectos con relación a esa misma ley que la consagra y en consecuencia no puede extenderse sus alcances al campo del derecho penal. Responsabilidad de los anormales en materia penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintidós de octubre de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Alvaro Luna Gómez).

(Aprobado: Acta Nº 42, octubre 22 de 1971).

Vistos

Agotados como se encuentran los trámites procesales respectivos, debe decidir la Corte acerca del recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de la procesada **Lucía Ferro Camacho** contra la sentencia de segunda instancia proferida el 19 de agosto de 1970 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué que, al reformar la de primera de fecha 2 de abril del año inmediatamente anterior por medio de la cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de Ibagué, entre otras determinaciones había tomado la de absolver a la misma sindicada Ferro Camacho de los cargos que le fueron formulados en el auto de proceder, la condenó a reclusión "como autora del delito de peculado continuado por el que fue llamada a juicio, en una Colonia Agrícola Especial, que el Gobierno designará, por un término no menor de un (1) año, reclusión que no podrá cesar sino con los requisitos y trámites indicados en el artículo 64 del C. Penal", así como también a "restituir, ejecutoriada esta providencia, a la Beneficencia y Lotería del Tolima, la suma de **un millón setecientos ochenta y tres mil novecientos dos pesos con cincuenta y nueve centavos** ($ 1.783.902.59) **moneda corriente**, valor del faltante que fue deducido en su contra, en ejercicio de las funciones de Cajera Pagadora de dicha institución".

También interpuso recurso de casación el defensor del setenciado Luis José Orjuela Navarrete, el cual fue concedido y declarado admisible; mas por no haber sido presentada la demanda respectiva, se declaró desierto con relación a él (Cuaderno de la Corte, Fl. 32).

Primero. Hechos y actuación procesal

Con sujeción a las constancias procesales, los presenta en la siguiente forma el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal en su concepto de rigor:

"La señorita Lucía Ferro Camacho ejercía las funciones de Cajera-Pagadora de la

Beneficencia del Departamento del Tolima y en enero de 1967 la Contraloría decidió practicar visita fiscal a dicha dependencia la cual no pudo iniciarse el dieciséis del mes citado, porque la señorita Ferro Camacho se encontraba recluída en una clínica de la ciudad de Cali y su hermana Rosario solicitó al visitador aplazar la diligencia. Esta vino a iniciarse el 9 de febrero y terminó el día 20, en ausencia de la empleada responsable, observando que el funcionario de la Contraloría Departamental continuó las averiguaciones de tipo administrativo hasta el 28 del mismo mes en que dictó el auto cabeza de proceso.

"La visita fiscal practicada con la intervención del Gerente de la Beneficencia, el Jefe de Ventas de la Lotería del Tolima, el Almacenista y el Contador de la entidad, dio como resultado un alcance por $ 1.783.902.59 a cargo de la acusada por la no legalización de varios sorteos de la Lotería del Tolima "... cuyos valores en efectivo para la legalización y comprobación fueron recibidos en dinero por la mencionada cajera de conformidad con el estudio contable y fiscal efectuado; el saldo de faltante por caja hasta completar su totalidad, fue produciéndose paulatinamente y de este hecho en estudio especial y separado se hará un completo análisis..." (Fl. 24 del cuaderno Nº 1).

"El anunciado estudio se realizó por funcionarios especializados de la Contraloría General de la República entre el 1º de marzo y el 5 de mayo de 1967 y en esta diligencia dejaron clara y detalladamente explicado el faltante entre el 7 de enero y el 21 de diciembre de 1966 (folios 286 a 298 del cuaderno Nº 1). El resumen general del faltante de fondos del folio 285 coincide exactamente con el que se dedujo en la primera diligencia (Fl. 24 ibídem).

"La primera parte de la investigación culminó con el auto de detención del 24 de mayo de 1967 por el cual se privó de la libertad, acusados del delito de peculado, a Lucía Ferro, José Ignacio Céspedes, Carlos Emilio Galeano, Luis José Orjuela y Gilberto Garzón.

"La calificación del sumario se resolvió con el llamamiento a juicio por el delito de peculado respecto de los acusados Ferro, Orjuela y Galeano y el sobreseimiento definitivo en favor de Céspedes y Garzón. Esta decisión fue confirmada en todas sus partes por el Tribunal Superior de Ibagué.

"El Juez Promiscuo del Circuito de la misma ciudad en fallo del 2 de abril de 1969 absolvió a Lucía Ferro y a Luis José Orjuela y condenó a Carlos Emilio Galeano y, como ya se expuso, la Corporación revocó las absoluciones y en su lugar condenó a los dos acusados, confirmando el pronunciamiento respecto de Galeano" (Cuaderno de la Corte, Fls. 33 ss.). Contra esta última providencia, según ya se indicó, fue interpuesto el recurso extraordinario de casación que ahora ocupa a la Sala.

Segundo. Demanda de casación

El apoderado de la procesada en la demanda, que se declaró ajustada en su forma a las exigencias legales, ataca el fallo recurrido con fundamento en las causales de casación cuarta y primera del artículo 58 del Decreto 528 de 1964, vigente para la época en que el recurso fue interpuesto y sustentado. Por cuestión de método, se presentarán por separado los cargos correspondientes a cada uno de los capítulos que contiene la demanda y, a continuación, se harán las consideraciones pertinentes con citas, en su debido lugar, de los respectivos apartes del concepto del Ministerio Público quien solicita, desde ahora se adelante, el que no se case la sentencia impugnada.

Primero. Causal cuarta. Nulidades

La plantea desde tres puntos de vista distintos: "haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la época de la infracción", "Festinación del cierre de la instrucción" y, finalmente, "Inspección Ocular".

1. Error relativo a la época de la infracción

A) Lo enuncia así: "La providencia impugnada se dictó en un juicio viciado de nulidades legales, entre las cuales se encuentra la contemplada en el numeral 5º del artículo 37 del Decreto 1358 de 1964, por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la época de la infracción, o sea en la determinación de la fecha precisa en que ocurrieron los hechos" (Cuaderno de la Corte, Fl. 9).

Para demostrarlo arguye, en esencia, que "En el auto de vocación a juicio, no se precisa la fecha en que tuvieron acaecimiento los hechos. Con efecto, éstos, según la providencia enjuiciatoria, parecen haber tenido lugar en el lapso que va del 1º de enero de 1966, al 10 de febrero de 1967" (id. Fls. 9 sgt.). Para confrontar lo anterior con que el Tribunal admite que desde los meses de noviembre y diciembre de 1965, comienza el "uso indebido" de los caudales, por donde se colige que el ilícito no pudo tener inicio a partir del 1º de enero de 1966" (id. Fl. 10).

B) El Ministerio Público, luego de hacer la presentación del cargo, en primer término observa que la acusación carece de fundamento porque "la ley se refiere es a la equivocación cometida en el auto de enjuiciamiento" y para replicarlo, agrega:

"... el cargo resulta infundado porque en el auto de proceder sí se concretó la época en que se cometió el delito de peculado por parte de la acusada y porque, como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia, "la época no es el día preciso en que se cometió el delito pero ni siquiera el mes o el año sino un lapso de tiempo dentro del cual puede situarse la infracción perseguida" (sentencia del 18 de julio de 1969, **Gaceta Judicial**, Tomo CXXXI, Pág. 249 y ss.). En el presente caso el delito de peculado, en forma continuada, se precisó exactamente en el tiempo el cual coincide, como ya se dijo, con el lapso en el cual la acusada desempeñó las funciones de Cajera-Pagadora de la Beneficencia del Tolima" (id. Fls. 37 sgt.).

C) Consideraciones de la Sala

La cita que hace el recurrente de la providencia enjuiciatoria del Tribunal, proferida en segunda instancia, por haber sido recurrida en apelación la de primera, dice textualmente: "El faltante imputado a la señorita **Ferro Camacho** fue establecido fiscalmente, en el tiempo, a partir del 1º de enero de 1966 hasta el corte de cuentas realizado a comienzos del año de 1967" (Cuaderno Nº 11, Fl. 104).

Lo anterior no quiere decir, como lo da a entender el demandante, que fuera en este lapso dentro del cual se produjera el faltante sino que, como claramente se expresa, fue entonces cuando se estableció fiscalmente. Tan cierto es lo anterior que, por ejemplo, en el folio 287 del cuaderno número 1, dentro del "Acta de la Visita Fiscal practicada a la Beneficencia y Lotería del Tolima" por la División de Visitadores e Investigación de la Contraloría General de la República, hoja 51 de tal pieza, se consigna:

"Tenemos por ejemplo que con fecha 7 de enero de 1966 se produjo el recibo de caja Nº 10829 por la suma de $ 80.079.70 por concepto de recaudos hechos al Hipódromo de Techo por participación en el concurso del 5 y 6. La suma anterior corresponde a las siguientes reuniones o carreras de caballos efectuadas en la ciudad de Bogotá.

Reunión 42 llevada a efecto el 17 de octubre de 1965 .....$	18.861.08
Reunión 43 llevada a efecto el 24 de octubre de 1965	23.130.73
Reunión 44 llevada a efecto el 31 de octubre de 1965	19.136.33
Reunión 45 llevada a efecto el 7 de noviembre de 1965	18.951.56
TOTAL .....$	80.079.70

"De las cantidades anteriores ingresó en el mes de enero fecha en la cual se produjo el recibo a que nos referimos primeramente

únicamente la cantidad de $ 18.861.08 ya que la cantidad de $ 23.130.73 fue consignada en la cuenta corriente Nº 1059 en el Banco de Bogotá y correspondiente a la Beneficencia del Tolima el día 18 de noviembre de 1965 y como ya se explicó ampliamente solamente se le dio ingreso a esta suma el día 7 de enero de 1966 mediante el recibo de caja que anteriormente se cita. Con el hecho anterior se produjo la siguiente situación: 1º Se pudo disponer de dinero efectivo recaudado por esta cantidad, es decir por el valor del cheque, ya que éste no fue ingresado en la fecha de su consignación en el Banco de Bogotá. Pero como quiera que esta situación tenía que resolverse por los encargados del manejo de los fondos de la Beneficencia, entonces mediante el recibo citado ingresaron los $ 23.130.73 lo mismo que las sumas de $ 19.136.33 y $ 18.951.56, que habían consignado el 19 de noviembre de 1965 y en 3 de diciembre de 1965 respectivamente, en el mes de enero de 1966 como ya se dijo, pero al mismo tiempo en el mes de enero de 1966 se estaban consignando otros cheques por los cuales se producirían recibos en febrero o marzo y así sucesivamente" (Fl. 287).

Y, a folios siguientes al que acaba de citarse, se encuentra la constatación, por parte de los Visitadores Oficiales, de otros procederes semejantes, mediante los cuales se establecen las diversas fechas en las cuales se obró ilegalmente con relación al movimiento de bienes pertenecientes a la Beneficencia y Lotería del Tolima. Esta pieza fue base fundamental para deducir el alcance en el auto procesatorio y como ella precisa las fechas en que se produjeron los diversos ilícitos que vinieron a constituir un peculado en la modalidad de continuado, concluyese que este cargo carece de fundamento y, en consecuencia, no habrá de prosperar.

2. Festinación del cierre de instrucción

A) Para enunciarlo el actor toma pie en un salvamento de voto de acuerdo con el cual "no se podía calificar el mérito del sumario, mientras no estuviese clara la situación jurídica de Lucía Ferro Camacho" y como se calificó sin estarlo, "al Tribunal le correspondía enmendar los errores cometidos, lo cual bien había podido hacerse recurriendo al sobreseimiento temporal" (Cuaderno de la Corte, Fl. 12).

Agrega de su cuenta el demandante: "El juez carece de competencia para calificar el mérito del sumario, en el evento de que la clausura de la investigación sea precipitada", por lo cual no es aventurado hablar de incompetencia de jurisdicción, y, continúa: "En este caso estamos en presencia de una nulidad legal, que aunque no sea taxativa, por estar tan entrañablemente vinculada al Derecho Constitucional de Defensa (Art. 26 de la Carta Fundamental), debe prosperar". Cita a continuación una jurisprudencia de la Corte, que estima pertinente (id. Fls. 12 sgt.)

B) Consideraciones de la Sala

La Corporación está de acuerdo con el Ministerio Público (id. Fl. 38), en que este cargo no está fundamentado ni demostrado por ninguna parte: Sea lo primero tener en cuenta que el motivo que se invoca como nulidad de orden legal, no aparece establecido por disposición vigente al tiempo en que se produjeron los hechos argüidos ni por ninguna actual. Y, lo segundo, el que, habiéndose cumplido la plenitud de las formas propias del juicio, como efectivamente se cumplieron, habiéndose cumplido los procedimientos señalados por la ley, no se ve, ni lo intentó demostrar el demandante, que el derecho de defensa, consagrado por la Constitución Política, haya sido menoscabado en forma alguna. Si se siguiera el criterio del demandante, se llegaría a la conclusión de que sobraría la institución procesal del sobreseimiento temporal y, también del definitivo e igualmente el señalamiento por la ley de términos para cierre de la investigación, lo cual repugna a la organización procesal que rige entre nosotros.

Y, en cuanto hace relación a la cita de una jurisprudencia de esta Corte, ella es ciertamente impertinente porque, como lo anota el Ministerio Público, ella se profirió en un caso de perfiles perfectamente distintos, en un remedo de expediente dentro del

cual la investigación "fue tan deficiente que ni siquiera se oyó en indagatoria a los acusados y sin embargo se les favoreció con un sobreseimiento de carácter definitivo y la Corporación sienta la doctrina, por lo demás constante, que para calificar el sumario debe preceder la indagatoria del acusado o la declaratoria de reo en ausencia. Como en este caso la acusada Ferro Camacho sí rindió indagatoria, la cita resulta impertinente".

En consecuencia, tampoco habrá de prosperar este cargo propuesto.

3. Inspección ocular

A) El actor hace consistir el cargo en que "El 10 de febrero, el Visitador Fiscal de la Contraloría del Tolima, practicó una visita extraordinaria en la Caja Pagaduría de la Beneficencia del Tolima, continuación de la efectuada el 16 de enero de 1967, aplazada esta última con el fin de localizar a los familiares de la empleada responsable señorita **Lucía Ferro Camacho**, para hacer el arqueo de Caja. No se procedió en forma alguna a hacerle la notificación a doña **Lucía Ferro Camacho**, de la práctica de tal diligencia en un día y hora señalados por auto especial. Ni siquiera su apoderado, por la sencilla razón de que en ese momento mal podía tenerlo, porque no se había iniciado la acción penal (Cuaderno de la Corte, Fl. 13)".

Para fundamentarlo manifiesta: "Sabido es que la visita fiscal es una inspección ocular **sui-generis**, de ineludible verificación en presencia del empleado de manejo, ya que es el momento que tiene éste para dar explicaciones y hacer los descargos que crea conveniente, pues una vez que sea levantada el acta correspondiente y establecido el faltante, procede automáticamente al requerimiento para que reintegre los dineros por la suma del mismo" (id. Fl. 13). Luego de repetir que no hubo la notificación que ha echado de menos y de manifestar que tampoco se realizó con relación a "la visita practicada por la Contraloría General de la República, agrega:

"No pudo hacer, por consiguiente, la sindicada uso de los derechos que consagran los artículos 211 a 213 del Código de Procedimiento Penal, definitivos, como lo consignábamos, para descartar la materialidad del delito, derechos tales como pedir cualquier investigación tendiente al esclarecimiento de los hechos (artículo 213), ampliar los puntos materia de la inspección (artículo 211 y 213) y aquellos sobre que deban dictaminar los peritos (artículo 213), hacer las observaciones pertinentes (artículo 212), y, lo que es más importante aún, oir las versiones de los testigos para poder refutarlas o rectificarlas, etc.

"Si he puesto énfasis en esta inspección ocular, es porque ella aparece citada en la providencia del Tribunal objeto de la impugnación, como asidero de la prueba del tipo objetivo (objetividad material), lo mismo que de la responsabilidad (culpabilidad y antijuridicidad". (id. Fl. 14).

B) Según el Ministerio Público este cargo no debe prosperar porque la inspección ocular a la cual se refiere el demandante no es aquélla a la cual se refiere el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, sino una practicada por un funcionario administrativo, con fines estrictamente fiscales; porque aquélla "tuvo plena comprobación en la que se ordenó el 1º de marzo de 1967 en el sumario "... a fin de establecer cómo se operó el faltante y quién o quiénes son los responsables directos, cómplices o auxiliadores" (Fl. 47). Nos referimos a la que realizaron Visitadores Fiscales de la Contraloría General de la República entre el 1º de marzo y el 5 de mayo de 1967 (Fls. 232 y ss. del cuaderno Nº 1); y porque:

"Si en gracia de discusión se aceptara la tesis del actor, habría que darle aplicación al artículo 211 del Código de Procedimiento Penal que declara sin valor la diligencia mas no toda la actuación como se pretende en el libelo. Por lo demás, la materialidad de la infracción no la dedujo el juzgador de segunda instancia exclusivamente de la diligencia cuestionada sino de numerosas piezas procesales como la visita fiscal ya mencio-

nada, testimonios, reconocimiento de documentos por la acusada como los vales sin legalizar por valor de $ 173.000.00 y, finalmente, la defensa dispuso de la oportunidad de controvertir el material probatorio y la aprovechó en amplios careos y en dictámenes periciales en materia contable solicitados por el apoderado de la acusada, como el de folios 387 y ss. del cuaderno Nº 3" (id. Fls. 38 sgt.).

C) Consideraciones de la Sala

No encuentra la Sala valedero el argumento del actor, porque a más de las razones expuestas por el Ministerio Público, que ahora prohija también, pueden señalarse en réplica, estas otras:

Las diligencias atacadas por el demandante tienen fundamento legal en los artículos 8º de la Ley 58 de 1946 y 1º del Decreto 2459 de 1953, así como también en el 3º del Decreto 2119 de 1960, disposiciones, la primera y la última citadas, que hacen relación al carácter "reservado" de tales diligencias, que habrán de ser enviadas a los funcionarios que en definitiva son competentes para conocer de tales ilícitos (sustracción de caudales públicos, fraude u otros actos delictuosos en el manejo de los fondos encomendados al empleado respectivo) (Decreto 2119 de 1960, Arts. 1º, inciso 2º y Art. 9º). De manera que las pruebas producidas con sujeción a tales normas, conservan plena validez legal dentro del proceso penal y, en consecuencia, ellas pueden y deben tenerse en cuenta por la autoridad judicial competente, previa la valoración respectiva que de ellas haga.

Además: aún prescindiendo de lo anterior —que no puede perderse de vista—, esas Actas de Visita, producidas con el lleno de las formalidades legales, por funcionarios públicos, investidos de poder para ello y en ejercicio de sus funciones, constituyen documentos públicos o auténticos al tenor de lo dispuesto en el artículo 251 del antiguo Código de Procedimiento Penal (Art. 261 del actual), de acuerdo con el cual "son plena prueba de los hechos de que el funcionario da fe. Contra esta prueba no se admitirá sino la que acredite la falsedad del documento mismo". Y, en el caso sometido a estudio, no se ha probado la falsedad de ninguno de aquellos documentos a los cuales se refiere el actor.

En consecuencia, el cargo que viene de analizarse, no prospera.

Segunda. Causal primera

A) El demandante "subsidiariamente a la anterior", la enuncia así: "Violación directa de la Ley sustantiva por aplicación indebida de los artículos 60 de la Ley 42 de 1923, 664 del Código de Procedimiento Civil y 3º del Decreto 1858 de 1951, y como consecuencia inmediata de todo ello, del artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, por falta de aplicación; y del Art. 64 del C. P., también por aplicación indebida. Otrosí: el 272 del C. P. P., por falta de aplicación" (Cuaderno de la Corte, Fl. 15).

Concreta el actor que hace "consistir la aplicación indebida y la consiguiente falta de aplicación, en que, con base en una presunción legal, ajena en un todo a la tipificación del delito de peculado, se dio por demostrado —con plena prueba— uno de los elementos estructurales del reato, o sea la apropiación, y con fundamento en ello, se procedió a condenar, con aplicación de una medida de seguridad, de las contempladas en el capítulo II, Título II del Código Penal (Art. 64)".

Para demostrar este cargo, argumenta: Según el Tribunal, en pasaje que cita de la sentencia de segunda instancia, de acuerdo con el artículo 60 de la Ley 42 de 1923, basta el requerimiento al funcionario visitado, sin que sea necesaria su presencia, para la práctica de las visitas fiscales. Por ello, formulado el requerimiento, sin que se presenten los fondos echados de menos, surge la presunción legal de que el empleado visitado "ha hecho uso para su personal provecho de estos fondos", presunción que, atendiendo a su gravedad constituye plena prueba por virtud de lo dispuesto en el artículo 664 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en el proceso penal por fuerza del 7º del estatuto procesal penal.

Contra lo anterior, manifiesta el demandante que el artículo 60 de la Ley 42 en cita "establece una presunción que rige solo para las cuestiones fiscales, y en modo alguno en materia penal. No entra en la economía o estructura de los tipos penales de peculado contemplados en nuestra legislación". Explica lo anterior, añade que "Las presunciones penales no son de recibo en el Derecho Penal, de ahí que el legislador sea muy cauto y muy parco en establecerlas" y luego de insistir en esas ideas afirma que el Tribunal, de la presunción de que habla el artículo 60 de la Ley 42 de 1923, no aplicable en el campo penal, "dedujo ... la plena prueba para condenar". "Por lo tanto, continúa el demandante, la sentencia recurrida violó, por aplicación indebida, como normas medio, los artículos 60 de la Ley 42 de 1923 y 664 del Código de Procedimiento Civil, lo que condujo a aplicar, también indebidamente, el artículo 3º del Decreto extraordinario 1858 de 1951, y, consiguientemente, también en forma indebida, el artículo 64 del Código Penal, y como corolario de todo ello, se infringió el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, por falta de aplicación, y las demás normas citadas". Concluye el censor: "Si el Tribunal hubiera aplicado esta última, es claro que no habría dado por demostrado, a través de una presunción legal, propia y exclusiva de las cuestiones fiscales del orden administrativo, la apropiación por parte de la procesada, o sea un elemento esencial del delito de peculado doloso, y estando ausente éste, lógicamente no la habría declarado responsable, con la consiguiente aplicación de la medida de seguridad señalada en el artículo 64 del Código Penal. ..... Por todo lo cual se evidencia que lo que condujo al Tribunal a violar las normas citadas, fue el haber atribuido a las visitas fiscales, que son plena prueba del cuerpo del delito, por establecer el faltante, la virtualidad incriminatoria de plena prueba de la apropiación" (Cuaderno de la Corte, Fls. 15 ss.).

Dentro de las consideraciones de la Sala, se harán las citas pertinentes del Ministerio Público.

B) Consideraciones de la Sala

1. En realidad, en la sentencia impugnada, se encuentra el siguiente párrafo que el demandante cita y en torno al cual desarrolla el cargo que acaba de presentarse:

"Y es que, en verdad, del artículo 60 de la Ley 42 de 1923, se desprende que lo esencial es el requerimiento sin que sea indispensable la presencia del funcionario al tiempo en que se practica la visita, lo que es apenas natural dado el carácter y naturaleza de esa clase de diligencias, las visitas fiscales, en las cuales se trabaja sobre hechos y cosas objetivas, en cuyo estudio se sustrae por completo la persona física del funcionario visitado, lo que al fin y al cabo es una garantía para desentrañar la realidad de las cosas. Por ello, formulado el requerimiento al empleado de manejo, como en el caso de autos, sin que éste no presente cumplidamente al funcionario competente los fondos que el último echa de menos, surge desde tal instante la presunción grave de que el empleado ha hecho uso para su personal provecho de esos fondos. Y esta presunción, si bien es cierto es simplemente legal y no de puro derecho, no demerita su carácter de plena prueba atendiéndose a su gravedad, según los términos del Art. 664 del C. de P. Civil, aplicable al proceso penal, por disposición del artículo 7º del estatuto procesal penal, ya que dicha norma estatuye: "Una sola presunción también prueba plenamente cuando, a juicio del juez, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento". (Fl. 148).

El artículo 60 de la Ley 42 de 1923 que se encuentra en el Capítulo XII que trata de las "Penas" dispone: "Cuando un empleado de manejo no presentare cumplidamente, al ser requerido por el funcionario autorizado para la inspección y revisión de la oficina, cualesquiera fondos de que esté encargado, este hecho será grave presunción, para los efectos de esta Ley, de que tales fondos han sido sustraídos por dicho empleado o agente para aplicarlos a fines personales".

Como se ve, esta norma, que forma parte de la ley "sobre reorganización de la contabilidad oficial y creación del Departamento de Contraloría", consagra una "grave presunción" de sustracción de fondos no presentados previo requerimiento, en las condiciones en ella señalados, "para aplicarlos a fines personales". Pero esta presunción, de acuerdo con esa misma norma, solo surte efectos con relación a esa misma ley que la consagra y, en consecuencia no pueden extenderse sus alcances al campo del derecho penal. De ahí que sea preciso concluir con el Ministerio Público que "el Tribunal Superior de Ibagué se equivocó al darle un alcance del que evidentemente carece".

Con todo, el cargo que se viene estudiando no habrá de prosperar: El Demandante, en él, limitó su ataque al hecho de que el Tribunal hubiera fundamentado una presunción de responsabilidad en el artículo 60 transcrito, el cual, ciertamente, no tiene aplicación en el campo penal. Pero no observó que en el proceso obran otros elementos de juicio, otras pruebas de diversa naturaleza que sí fueron tenidas en cuenta por el juzgador en el fallo impugnado y que también le permitieron llegar a la conclusión que se le ataca. La Sala, para la contestación de este cargo, hace suya la siguiente argumentación del señor Procurador que se ajusta a la realidad procesal y contra la cual no se observa objeción alguna valedera:

"Pero igualmente resulta indiscutible, que la señorita Lucía Ferro no fue condenada con base en esa sola consideración y con prescindencia absoluta de todo otro elemento probatorio. El planteamiento propuesto sería válido si la sentencia condenatoria dictada en este asunto se hubiese apoyado en forma absoluta y exclusiva en la "presunción legal" otorgada a las visitas fiscales. Por el contrario, como se pasa a demostrar, fueron numerosos y distintos los elementos de prueba en que se basó el Tribunal Superior de Ibagué para dictar sentencia condenatoria. En efecto:

"a) El examen cuidadoso de la sentencia enseña que a partir del folio 137 se inició el estudio del aspecto material de la infracción y de la responsabilidad de los procesados y, después de comentarse extensamente los distintos elementos de juicio allegados al informativo, al final del folio 145, se transcribieron apartes de la visita fiscal en la que se planteó la tesis de la presunción legal de apropiación la cual hizo suya la Corporación en el párrafo transcrito en el libelo.

"Por manera que la sentencia condenatoria no se apoyó exclusivamente en la presunción legal para dar por demostrada la materialidad de la infracción sino que expuso y analizó, como en seguida se verá, muchos otros elementos de juicio.

"b) Si bien los hechos a los cuales se refieren las actas de visita no constituyen presunción legal de apropiación, de todas maneras sí tienen valor probatorio por referirse a constataciones efectuadas por funcionarios públicos en ejercicio de funciones no redargüidas de falsas. Es preciso agregar que dichas diligencias fueron aceptadas por los apoderados de los acusados quienes en la diligencia del 23 de agosto de 1967 (Fls. 115 y ss. del cuaderno Nº 3) solicitaron aclaraciones y el funcionario de instrucción designó dos peritos de la Contraloría General de la República quienes absolvieron las dudas de cada uno de los apoderados conforme aparece en el dictamen de folios 387 y ss. del cuaderno Nº 3, puesto en conocimiento de las partes por auto del 22 de febrero de 1968 y aceptado sin objeciones (Fl. 402 ibídem).

"c) El apoderado de José Ignacio Céspedes solicitó se practicara inspección ocular en los libros de la Beneficencia del Tolima en las actas de visita ya varias veces mencionadas para establecer hechos que interesaban a su poderdante y señaló por auto del 12 de agosto de 1967 el 23 de ese mes para realizar la diligencia. Como a ella concurrieron la acusada Lucía Ferro y su apoderado doctor Luis Guillermo Granados, éste solicitó que los peritos practicaran un nuevo examen del movimiento de Caja desde el 1º de enero de 1966 y, como ya se expuso, los peritos se expresaron así:

" 'La forma como operó el faltante, igualmente se halla ampliamente explicada en el Acta de Visita visible a folio 286 del cuaderno Nº 1. El sistema utilizado, consistía de manera primordial en que el valor de los ingresos solo se legalizaba oficialmente a los dos o tres meses de haberse producido el recaudo. Además en las cuentas mensuales se hacían figurar como disponible en Caja sumas que físicamente no existían. En consecuencia, la maniobra vino a descubrirse cuando el Visitador de la Contraloría Departamental del Tolima, practicó la diligencia de arqueo y comprobó al comparar la disponibilidad con la exigibilidad, un faltante por valor de $ 1.783.902.59 visible al folio 25 del cuaderno Nº 1, faltante que se halla ratificado en la diligencia practicada por los visitadores de la Contraloría General de la República, visible a Fl. 285. Si efectuáramos nosotros la revisión solicitada, con base en cuentas mensuales, comprobantes y libros de contabilidad, llegaríamos a la misma conclusión a que llegaron los funcionarios Visitadores antes mencionados, por cuanto para realizar este estudio, tendríamos que valernos exactamente de los mismos documentos utilizados por ellos para su diligencia y cuyo movimiento contable coincide hasta el mes de octubre inclusive, con los movimientos demostrados por los empleados de manejo de la Beneficencia en sus cuentas mensuales.

" 'Por las razones expuestas, consideramos que ninguna luz aportaría a esta investigación una tercera revisión, por cuanto las dos anteriores fueron efectuadas por expertos en la materia y se hallan acordes. La repetición del estudio solicitado demandaría un tiempo considerable y únicamente serviría para retardar la tramitación del proceso'." (Fls. 392 y 393 del cuaderno Nº 3).

"En conclusión, este tercer experticio contable que se apoyó en los documentos ya examinados en las dos anteriores, llegó a idénticos resultados.

"d) El cuaderno Nº 2 contiene la prueba documental en la cual se fundaron los visitadores fiscales de las Contralorías del Tolima y General de la República para emitir los dictámenes contables ya comentados. De estos elementos de juicio no se ha dicho que hubiesen sido equivocadamente estimados y por tanto, atendiendo su naturaleza, tienen el carácter de documentos públicos no redargüidos de falsos.

"e) En los demás cuadernos del informativo aparecen documentos en los cuales se apoyó la sentencia condenatoria como es el caso de los "vales" de folios 138 a 144 del cuaderno Nº 1, por valor de $ 173.500, plenamente reconocidos por la acusada Ferro Camacho, y a los cuales el fallo en folio 142 otorgó el valor que les correspondía.

"f) La sentencia recurrida se ocupa de la prueba testimonial y en particular de las declaraciones de Gilberto Garzón, José Ignacio Céspedes, Ismael Pedraza y Bertha Vargas quienes se refirieron a algunas de las actuaciones de la acusada en desempeño del cargo.

"g) La condenada Lucía Ferro sostuvo prolongados careos con José Ignacio Céspedes y Luis J. Orjuela y tanto ella como su apoderado tuvieron la oportunidad de controvertirlos.

"En resumen, la materialidad de la infracción, como claramente se indica en folio 137 y 138 del fallo impugnado, se dedujo de las actas de visita, las inspecciones oculares, los dictámenes periciales, los comprobantes sobre entrada y salida de dineros de la institución, otros documentos, testimonios, etc., "... todo eso nos está indicando con la más absoluta y plena evidencia de que en este caso está demostrada la existencia del corpus crimini de la infracción que se llama peculado, con la modalidad a que alude el artículo 32 del Código Penal, es decir de un delito continuado".

"Por consiguiente, la objetividad de la infracción no se dedujo de la sola "presunción legal" a la cual se refirió la Corporación en último término al recoger unos comentarios equivocados de su colaborador fiscal.

"En conclusión, el cargo formulado carece de la entidad que se le dio en el libelo porque la presunción legal comentada no deci-

dió la sentencia condenatoria ya que el Tribunal se ocupó de otros elementos probatorios y aquella apenas constituyó uno de los fundamentos en que apoyó su decisión. Bien puede prescindirse de ella porque los demás elementos probatorios mantienen la incolumidad del fallo". (Cuaderno de la Corte, Fls. 40 ss.).

Huelga toda otra consideración que quisiera hacerse con relación a este cargo, ya que de las expuestas se concluye que no fue únicamente en virtud de la sola presunción a la cual tantas veces se ha hecho referencia y la cual, en efecto, no es de recibo en derecho penal, la que determinó el fallo condenatorio, sino un acervo probatorio de la mayor entidad y respeto, como se deja demostrado, el que llevó al Tribunal a anclar aquella decisión. En consecuencia, este cargo tampoco habrá de prosperar.

Tercera. Causal primera

A) Bajo el amparo de esta misma causal y como subsidiaria de la anterior, el actor acusa la sentencia por "Violación indirecta de la ley sustantiva originada en errores evidentes de hecho en la apreciación de las pruebas, por aplicación indebida de los artículos 3º del Decreto 1858 de 1951 y 64 del Código Penal; y por falta de aplicación de los artículos 203, 204, 210 a 215, 224 y 272 del Código de Procedimiento Penal".

Hace consistir este cargo "en la circunstancia de haberse dado por probado el desfalco, a pesar de que tal circunstancia solo surge de una inspección ocular nula, como ya se demostró, por carecer de formalidades legales. Y en haber interpretado erróneamente el acervo probatorio, principalmente la prueba testimonial y algunos documentos que obran en autos".

Su argumentación para demostrarlo, por cuestión de método que facilite su estudio, puede presentarse por separado, así:

1º El Tribunal Superior de Ibagué transgredió el artículo 3º del Decreto 1858 citado, aplicándolo indebidamente, al estimar comprobado el cuerpo del delito de peculado doloso, no estando establecida la apropiación por parte de la acusada.

2º Arguye que no es indicio contra la procesada "el hecho de que "accedió muy tardíamente a facilitar la apertura de la caja"; porque nunca fue requerida para que entregara la llave de la caja fuerte y que no se le notificó que se iba a llevar a cabo esa apertura, lo cual explica, unido a su grave estado de salud, su no asistencia a esa diligencia.

3º Dice que tampoco "Ningún indicio se desprende contra la procesada, por el hecho de que postergara, algunas veces, la legalización de los sorteos de la Lotería", porque ella, en 1966 "muy pocas veces concurrió a la oficina, y el trabajo, a pesar de que la reemplazaba en todo ese tiempo el señor José Ignacio Céspedes, sufría continuos retrasos, y por lo tanto, las legalizaciones de los sorteos".

4º Agrega que "El Tribunal aprecia erróneamente un haz de probanzas testimoniales, al no estimarlas en ningún valor a pesar de tratarse de testimonios contestes, armónicos, responsivos y de personas de la más alta calificación moral (Fol. 145). Las señora Fabiola Rodríguez de Gámez (Fl. 162), Sixta Tulia Ortiz (Fol. 163), Ana Berrío (Fol. 173), Flor Magali Borda (Fol. 177) y Ercilia Guzmán (Fol. 178), "Son acordes en manifestar, que nunca vieron que le entregaran dineros a la señorita Lucía Ferro". (Fol. 252, cuaderno Nº 11).

5º Afirma que se omitió la prueba grafológica, solicitada por los apoderados de la sindicada para establecer que "en el curso del año de 1966 fue el señor José Ignacio Céspedes el que manejó la Caja Pagaduría la mayor parte del tiempo, como se demuestra de los documentos, tales como libros, cheques, recibos, vales, etc., hechos de su puño y letra". Cita lo pertinente de la indagatoria de Lucía Ferro a ese respecto y otros pasajes en los cuales ésta habla de su enfermedad, por la cual muy poco asistió a su oficina y que luego de recluída en la Clínica del Rosario, debido al tratamiento

psiquiátrico a que fue sometida, muy poco puede decir, ya que perdió la memoria casi de manera total. Por ejemplo, no recuerda haber salido de la clínica el 29 de diciembre de 1966, fecha esta en la acual "afirma Garzón haber entregado en la propia sede de a Caja Pagaduría, $ 75.000.00 a la señorita Lucía Ferro Camacho". Agrega que el hecho de que Garzón no le hubiera pedido recibos de caja, es fuerte indicio de que éste falta a la verdad cuando afirma haberle entregado aquella suma.

6º Dice que en cuanto a los sorteos de la lotería, "está demostrado que doña Lucía Ferro Camacho hizo la legalización correspondiente hasta la víspera de su ingreso a la clínica, en el mes de septiembre de 1966", para sustentar lo cual cita un aparte de la declaración de Gilberto Garzón.

7º Luego de transcribir parte de la declación de José Ignacio Céspedes, en donde dice que desde fines de enero de 1966 él llevó los libros de contabilidad y en presencia de la señorita Ferro percibía los dineros y venía a ser su mano derecha, se pregunta por qué el juzgador no puso la debida atención en ese aparte de tal declaración.

8º Pone de presente que la señorita Ferro en varias ocasiones, verbalmente y por escrito, por motivos de enfermedad, presentó renuncia de su cargo, la cual no le fue aceptada y que ella, antes de retirarse, según su manifestación en un careo, pidió autorización al Gerente Floro Saavedra a fin de que se le practicara arqueo de caja ya que "en esa época había una suma crecida en vales y cheques chimbos que yo necesitaba que el gerente me legalizara para poder retirarme tranquila".

Para finalizar este cargo, concluye:

"Tenemos, pues, un error evidente de hecho por haberse dado por probado, por el Tribunal, el faltante, a pesar de que tal circunstancia emerge solo de una inspección ocular, nula por estar huérfana de formalidades legales. No habiendo asistido la sindicada, y menos su apoderado, por no haber sido citados o notificados, no pudo aquella ejercer el derecho de defensa. Por lo tanto, de tal inspección no puede surgir como prueba legalmente producida, ni el faltante, ni la apropiación, y, por ende, tampoco la responsabilidad. Se trata de un error evidente de hecho. Al Tribunal incumbía rechazar el acta de visita como prueba, como si no existiera. (Art. 39, Decreto 1358 de 1964).

"En cuanto a la apropiación, el Tribunal dejó de examinar las pruebas testimoniales en lo que se refiere a que nunca, en el hospital, recibió doña Lucía Ferro Camacho, un solo centavo proveniente de la Beneficencia. Si el Tribunal hubiera analizado estas pruebas, o sea los testimonios, cuya credibilidad nunca fue puesta en duda, habría llegado a la conclusión espontánea y lógica de que no hubo apropiación de dineros por parte de la procesada Ferro Camacho. No lo hizo así, y por lo tanto, incurrió en el error mencionado".

".....

"La ausencia de comprobación de uno de los elementos esenciales para la estructuración del delito de peculado, en su modalidad dolosa, hacen incurrir al Tribunal en error evidente de hecho, al aceptar como demostrado lo que no cuenta en el proceso con ningún apoyo, y, a través de ese error, en impropia aplicación del artículo 3º del Decreto extraordinario 1858 de 1951.

"Si el error incide sobre la existencia misma del hecho, al ser declarado con fundamento en el mismo responsable doña Lucía Ferro Camacho, y al aplicársele la sanción de reclusión durante un año en una Colonia Agrícola y otras accesorias, es obvio que el citado error es la causa genitora de la responsabilidad y de la sanción impuesta.

"El cuerpo del delito no ha sido, pues, comprobado como lo exigen los artículos 272 y 273 del Código de Procedimiento Penal. La sentencia impugnada carece, por lo tanto, de fundamento jurídico, como consecuencia de la falta de demostración de la tipificación del delito" (Cuaderno de la Corte, Fls. 26 sgt.).

Dentro de las consideraciones de la Sala, se harán las citas pertinentes del concepto del Ministerio Público.

B) Consideraciones de la Sala

1. La atenta lectura de la demanda en relación a este cargo, lleva a darle razón al Procurador cuando observa que "El actor comenta determinadas pruebas pero no las enjuicia, conforme a la técnica de casación, para demostrar el error de hecho en que incurrió por el fallador sea por haber dado valor probatorio a hechos inexistentes o sea por haberlo negado a hechos realmente acaecidos"; que "No se demostró lo "manifesto", lo evidente del yerro en los casos en que se alegó" y que "Tampoco se comprobó la infracción de cada una de las normas sustantivas mencionadas, a pesar de que los cargos formulados al fallo son de muy distinta naturaleza jurídica y, obviamente, con diferentes consecuencias en este ámbito" (id. Fl. 44). Mas la Sala, no obstante, lo anterior, pasa a referirse a las impugnaciones reseñadas, algunas de las cuales, como se anotará en su oportunidad ya habían sido expuestas y consideradas con motivo de cargos anteriores estudiados, agregando ahora, en los casos pertinentes, las citas correspondientes tomadas del concepto del Ministerio Público.

2. Al ordinal 1º: En aparte anterior de esta providencia se puso de presente cómo en la de segunda instancia sí se demostró, por medio de las pruebas pertinentes, el cuerpo del delito de peculado, en la modalidad de continuado. No es, pues, del caso, repetir tal argumentación.

Al ordinal 2º: Como lo anota la Procuraduría en su respuesta, "Se trata de un comentario a la forma como se efectuó la apertura de la Caja fuerte cuya llave se encontraba en poder de la responsable de la oficina señorita Lucía Ferro quien no la facilitó a pesar de que la diligencia se aplazó veinticuatro días. Conforme a la técnica de casación no se demuestra el error de hecho manifiesto en los autos en que pudo haber incurrido el juzgador de segunda instancia al referirse a este aspecto de la visita fiscal iniciada el 9 de febrero de 1967" (id. Fl. 45).

Además, también se demostró en pasaje anterior del presente fallo cómo no era legalmente necesaria la presencia de la empleada en la diligencia de apertura de la Caja bajo su cuidado, ya que esta diligencia se cumplió dentro de aquellas de carácter "reservado" a las cuales se refieren los artículos 8º de la Ley 58 de 1946 y 3º del Decreto 2119 de 1960. Con posterioridad a tal diligencia bien hubieran podido formularse toda clase de reclamos, pero, según transcripción de palabras de la misma acusada, ésta acepta que dentro de la Caja lo que se encontraba eran vales y cheques chimbos, todos entrados a ella, se agrega, bajo su responsabilidad y que ella dice haber querido legalizar. Pero esta legalización no la llevó a efecto en ningún tiempo posterior.

Al ordinal 3º: No tiene ningún mérito este cargo porque el delito de peculado, según se constató anteriormente, no se dedujo ni tipificó por la sola y simple postergación de la legalización de los sorteos de la Lotería, sino también "por apropiación continuada de distintas sumas de dinero que llegó a la cantidad ya conocida", lo cual se desprende de las distintas visitas fiscales legalmente producidas, como lo anota el Ministerio Público quien, líneas antes y con relación a este mismo cargo había consignado: "tampoco en este se demuestra el error de hecho y más bien parece que se trata de error de derecho al otorgar el valor de indicio a un hecho que no reúne los requisitos legales para así considerarlo" (id. Fl. 45).

Al ordinal 4º: Aquí, en realidad, no se estaría frente a un error de hecho, como lo presenta el actor, sino a uno de derecho, por negarse a determinadas pruebas, determinado valor probatorio. Por donde fallaría el cargo por falta de técnica. Pero es procedente recordar lo que anteriormente se consignó en el curso de esta misma providencia: El lapso dentro del cual se consumó el peculado no se contrajo únicamente al tiempo en que los declarantes citados dicen que no vieron que a la señorita Lucía Ferro se le entregara dinero, sino a uno mucho más amplio que se inicia con anterioridad a aquel al cual se refieren los deponentes, y cuando la

procesada Ferro aún no había ingresado a la clínica, lo cual ocurrió en septiembre de 1966.

Al ordinal 5º: Si se alega la omisión de la prueba grafológica pedida por los apoderados, es innegable, como lo sostiene el Ministerio Público que 'la impugnación no se acomoda a la técnica propia de la causal primera de casación sino que bien podría considerarse como un menoscabo del derecho de defensa relativo a otro motivo de casación diferente al invocado" (id. Fls. 46 sgt.), lo cual sería suficiente para prescindir de considerar este aspecto del cargo, ya que a la Corte le está vedado entrar a enmendar los yerros de la demanda. Mas con relación a este mismo punto cabe recordar que el peculado continuado no se cometió por José Ignacio Céspedes, cuya conducta quedó claramente establecida por lo cual fue sobreseído definitivamente, ni únicamente tuvo realización durante el período dentro del cual él prestó su ayuda a la empleada Ferro Camacho, sino desde fecha muy anterior a la correspondiente a ésta.

Y, en cuanto hace relación a que existe indicio de que Gilberto Garzón no entregó a Lucía Ferro los $ 75.000.00 a los cuales se refiere en tal aparte del cargo, basta tener en cuenta, como lo recuerda el Procurador que "al folio 138 del cuaderno Nº 1, aparece un vale por esa suma de dinero firmado por Lucía Ferro, documento que éste reconoció en el careo que sostuvo con José Ignacio Céspedes (Fl. 188 del cuaderno Nº 3)" (id. Fl. 47).

Al ordinal 6º: Con relación a este cargo, nada tiene que agregar la Corte a los siguientes razonamientos del Ministerio Público que por encontrarlos acertados y ajustados a la realidad procesal, hace suyos:

"Como se observó al iniciar el estudio de este motivo de casación en este cargo como en los anteriores no se enjuicia la sentencia para demostrar el error de derecho o el error de hecho en que se pudo haber incurrido sino que se formula un comentario de carácter general sobre el hecho objeto de este cargo.

"Sin embargo, se anota que el fallo sí se ocupó de ese tópico al hacer suyos los comentarios del dictamen de folios 286 y 287 del cuaderno primero el cual, se recuerda, explicó detalladamente la forma como se acumuló el faltante de fondos y concluyó con la observación que, al practicar el arqueo el 10 de febrero de 1967, el Visitador de la Contraloría del Tolima no encontró dinero efectivo en caja a pesar de que el estado diario de fondos indicaba lo contrario.

"El señor José Ignacio Céspedes ejerció las funciones de visitador hospitalario y se le pidió colaborar con la cajera-pagadora en cuanto a "la parte mecánica" pues ella seguía de titular del cargo y por tanto responsable del giro de cheques, control del movimiento de caudales y confección de los estados de caja. Asumió la responsabilidad de la oficina entre septiembre de 1966 y febrero de 1967 y en este lapso los visitadores fiscales encontraron correcto su desempeño y fue sobreseída en forma definitiva en las instancias. En conclusión, este cargo tampoco prospera por las razones expuestas" (id. Fls. 47 sgt.).

Al ordinal 7º: En cuanto hace relación a éste pretendido cargo, queda contestado con lo dicho en la última parte de lo expuesto con relación al numeral inmediatamente anterior, por lo cual no hay necesidad de repetirlo.

Al ordinal 8º: Tiene razón el Ministerio Público cuando, con relación a lo expuesto por el demandante sobre este punto, expone: "El aspecto relativo a las repetidas renuncias presentadas por la acusada Ferro Camacho y su no aceptación por la Gerencia de la entidad, apenas merece algunos comentarios por parte del actor pero no se presentan consecuencias orientadas al enjuiciamiento del fallo condenatorio y por tanto, opina este Despacho, que por sustracción de materia no hay nada qué examinar" (id. Fl. 48). Y, efectivamente, nada hay por estudiar sobre este punto, ya que no precisa qué alcance quiere darle a esa manifestación, siendo de advertir apenas que, cuando tales renuncias se produjeron, el peculado en su modalidad de continuado y por el

cual se ha deducido responsabilidad a la acusada Ferro, ya venía cumpliéndose desde largo tiempo atrás.

3. El examen que viene de hacerse de todos y cada uno de los cargos traídos a colación para fundamentar esta causal, lleva a la conclusión de que aquellas a las cuales llegó el demandante y que se dejaron literalmente transcritas en la finalización de la presentación de aquellos, a más de pecar en su mayoría contra la técnica propia del recurso de casación, no tienen ningún fundamento en el expediente, razón por la cual los cargos formulados bajo el amparo de la causal primera que se han examinado en este capítulo, no pueden prosperar.

Cuarta. Causal primera

A) Bajo esta causal, el actor formula otro cargo que enuncia así: "Violación directa por aplicación indebida del artículo 29 del Código Penal; del artículo 11 del Código Penal, por falta de aplicación; también por aplicación indebida, de los artículos 3º del Decreto 1858 de 1951 y 64 del Código Penal. Asimismo, por falta de aplicación el Art. 203 del C. de P. P. Otrosí, el Art. 272, ibídem, también por falta de aplicación'.

Lo hace consistir en que "El Tribunal, en el proveído que se impugna, aplicó indebidamente el artículo 29, al aceptar como cometida una "infracción", y dejó de aplicar el artículo 12 del Código Penal, al considerar que la conducta imputable o referible psíquicamente a la procesada es intencional o dolosa, siendo así que los inimputables no pueden incurrir en dolo ni en culpa, no solo por disponerlo así dicho precepto, sino la propia psicología. En otras palabras, la inimputabilidad excluye la culpabilidad. Consecuencialmente, se violó el artículo 3º del Decreto extraordinario 1858 de 1951 (Peculado doloso), por aplicación indebida, lo que condujo al Tribunal a aplicar la sanción prevista en el artículo 64 del Código Penal" (id. Fl. 28).

Para demostrar el cargo expone: que el Tribunal insiste en que "el cometido por Lucía Ferro Camacho es un "delito de peculado intencional" (Fl. 134)", que "el hecho cometido por doña Lucía Ferro Camacho, encaja dentro de la previsión del artículo 3º del Decreto extraordinario 1858 de 1951 (Fl. 135)" y que "el delito de peculado por apropiación, no exige dolo específico (Fl. 137)".

Luego, razona: quien obra en estado de grave anomalía psíquica lo hace "sin lucidez en la conciencia ni rectitud en el discernimiento o por ímpetu involuntario o superior a su voluntad". Y, continúa: "Si no hay voluntad, ni conciencia, es imposible que haya culpabilidad. Por eso el tratadista y Profesor Luis Eduardo Mesa Velásquez, escribe: "La culpabilidad necesita como antecedente imprescindible la imputabilidad. No se puede ser culpable si no se es primero imputable". Más adelante agrega: "Tratándose de menores o anormales el elemento psíquico es también anormal, no pudiéndose por lo tanto calificar de doloso o culposo, y basta entonces la comisión material del hecho prohibido para que nazca la responsabilidad. En este caso podríamos decir que se suprime la culpabilidad, a lo menos entendida en su concepto puro (dolo o culpa), pues en el proceso de acusación se pasa de la imputación física a la responsabilidad. Y si se insiste en hablar de culpabilidad, habría que considerarla como integrada por el elemento psíquico atípico, sin contenido de dolo o culpa" (Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Editorial Universidad de Antioquia, Medellín - Colombia, 1962, Págs. 233 y 234)".

Insiste en que "el anormal no puede cometer jamás dolo, si es que es cierto que no puede querer ni entender", de donde síguese que 'Si se trata de una mera imputabilidad física, lo que en el fondo se trata es de declarar responsable a la señorita Ferro Camacho por la simple demostración del faltante. Por donde vemos que, fuera de la demostración de la apropiación se da por demostrado el elemento psicológico o moral del delito, en su forma más intensa: la dolosa".

De todo lo cual concluye: "Se ha violado el artículo 29, en cuanto se aplicó indebidamente al dar por admitida la infracción. Se violó también el artículo 12, por falta de

aplicación, ya que de haberlo aplicado no se habría hablado, como lo hizo el Tribunal, de intención o dolo, porque tal precepto veda o inhibe al juzgador el entrar a indagar el elemento psicológico, porque parte de la base de que ello es inútil e improcedente, por contrario a los dictados de la psicología y de la psiquiatría, en tratándose de inimputables. Y esto, consecuencialmente, llevó al Tribunal a aplicar el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951 (peculado doloso o intencional) indebidamente, y, a aplicar también indebidamente el artículo 64 (sanción) del Código Penal" (id. Fls. 28 ss.).

B) El Ministerio Público luego de presentar las disposiciones penales que sobre responsabilidad y excepción de ella estima pertinentes y de formular críticas sobre algunas, expone: es indiscutible que Lucía Ferro "padecía de una depresión psicógena calificada como grave anomalía síquica por los dictámenes médicos", lo cual fue reconocido por el Tribunal como uno de los correspondientes al artículo 29 del Código Penal. Y, a continuación, concluye:

"... a juicio de esta Procuraduría Delegada, el Tribunal Superior de Ibagué aplicó en forma acertada las disposiciones legales relativas a la responsabilidad penal en este caso en concreto. En efecto:

"a) Aceptó el dictamen pericial en el cual se reconocía una grave anomalía síquica en la acusada Lucía Ferro Camacho.

"b) Conforme a los artículos 11 y 29 del estatuto mencionado y teniendo en cuenta que se encontraba plenamente comprobado el aspecto objetivo del delito de peculado, declaró la responsabilidad penal de la acusada y como consecuencia la condenó a la medida de seguridad contemplada en el artículo 64 del Código Penal, ajustándose así a lo prescrito en el artículo 61 de la misma obra.

"c) La prueba allegada al proceso demostró que se trataba de apropiación de dineros que por razón de sus funciones estaba encargada de recaudar y como esta situación de hecho estaba prevista en el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, el juzgador procedió a dar aplicación a esta norma.

"No podía ni puede corresponder a otro tipo delictivo porque en materia de peculado esa es la única figura delictiva que contempla la apropiación y por tanto las demás formas delictivas (artículos 150 y 154 del Código Penal) resultan ajenas a los hechos realizados (atipicidad).

"d) De acuerdo con el artículo 12 del Código Penal, la sentencia hizo expresa referencia, en el párrafo transcrito en la demanda, al dolo y a la culpa para excluírlos.

"e) La prueba testimonial y las manifestaciones de la acusada enseñan que ejerció por seis años el cargo de cajera-pagadora de la Beneficencia del Tolima y en el año de 1966 lo continuó ejerciendo con ausencias temporales por motivos de enfermedad.

"Con estos antecedentes se quiere significar que la acusada no padeció durante todo ese lapso de enajenación mental o de grave anomalía síquica con ausencia total y permanente de sus facultades mentales. Los médicos legistas reconocieron en el dictamen antes mencionado que "... los disturbios mentales que no han alcanzado todavía la categoría de demencias pueden tener períodos de remisión o de menor agudización" y que por tanto no les era posible afirmar que el estado síquico que padecía la acusada fuera permanente o esporádico en 1966. Por lo demás, esta opinión es acertada porque la psiquiatría enseña que la sicosis depresiva permite a quienes la padecen realizar sus actividades las cuales se interrumpen periódicamente a causa de la enfermedad.

"Las consideraciones anteriores nos permiten concluír con apoyo en la prueba allegada al informativo y los principios generales en materia de siquiatría orientados al tipo de perturbación síquica sufrido por la acusada, que ésta ejecutó los hechos a ella atribuídos con conciencia y voluntad y no, como se sostiene en el libelo sin fundamento probatorio alguno, con ausencia total de esas facultades. Y aun en esta última situación, como ya se ha explicado, subsiste la responsabilidad penal.

"En conclusión, en opinión de este Despacho, la sentencia de segunda instancia no desconoció las normas penales sustantivas citadas en el libelo sino por el contrario les dio acertada aplicación y por tanto el cargo al amparo de la causal primera de casación no puede prosperar".

C) Consideraciones de la Sala

Estas se reducirán al planteamiento que hace el actor por violación de los artículos 29, 12 y 64 del Código Penal y 3º del Decreto 1858 de 1951, ya que en cuanto se refiere a la violación de las otras normas citadas en el cargo, no intentó, en el curso de la fundamentación, la menor demostración al respecto, omisión que a la Corte no le está permitido remediar.

1. Parece que el actor, al formular este cargo y argumentarlo en la forma en que lo hizo, partió de una concepción equivocada acerca del concepto de responsabilidad establecido en el Código Penal, de sus consecuencias y del procedimiento que debe seguirse para llegar a aplicar medidas de seguridad. En efecto:

Campea en la actual legislación penal colombiana, como lo han sostenido reiteradamente esta Corporación y numerosos tratadistas, el principio de origen positivista de la imputabilidad y de la responsabilidad legal, consagrado por el artículo 11 del Código respectivo, en los siguientes términos: "Todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal será responsable, salvo los casos expresamente exceptuados en este Código. Se infringe la ley penal por acción u omisión". Las expresas excepciones a las cuales se refiere son las contenidas en los artículos 23, 24 y 25 del mismo estatuto y, como señala el Tratadista Pérez, algunas otras que pueden encontrarse en los artículos 141, 382, inciso 3º, 430 y 431 de la misma obra ("Tratado de Derecho Penal", Tomo I, Edit. Temis —Bogotá— 1967, Pág. 532). Y como la norma transcrita no hace excepción ninguna —y mal podría hacerla en atención al principio que la orienta— entre normales y anormales, síguese que salvo en los casos expresamente exceptuados por ella, toda persona que infrinja la ley penal, es responsable.

Según el artículo 12 del mismo Código "Las infracciones cometidas por personas que no estén comprendidas en las disposiciones del artículo 29, son intencionales o culposas". Y, de acuerdo con el 29, "Cuando al tiempo de cometer el hecho, se hallare el agente en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquier otra sustancia, o padeciere de grave anomalía psíquica, se aplicarán las sanciones fijadas en el Capítulo II del Título III de este Libro". De manera que toda persona que cometa un hecho definido y sancionado como delito, sea ella normal o anormal, es responsable. La diferencia que media entre las normales y las del artículo 29 hace relación únicamente a la clase de sanción a la cual sean merecedoras: Para las primeras, las "Penas" del Capítulo I del Título III y para las segundas, las "Medidas de seguridad" del Capítulo II del mismo Título. De ahí que con toda razón haya podido decir el tratadista citado por el demandante, en la misma obra que invoca:

"El Art. 29 se refiere a delitos cometidos por enajenados mentales, intoxicados crónicos por el alcohol o cualquiera otra substancia, o por anómalos psíquicos. Tratándose de esta clase de personas anormales, en quienes los procesos mentales se cumplen en una forma atípica o irregular, su responsabilidad penal se afirma atendiendo únicamente a la realización física o material del hecho previsto como delito y a la peligrosidad revelada por el agente con su conducta. Basta, para la formulación de la imputación, la ejecución objetiva del hecho, sin referencia a la intención o a la culpa, de las cuales no son jurídicamente capaces para los fines de la ley penal; la incriminación tiene por objeto la imposición de las medidas de seguridad contempladas en los Arts. 61 y ss. Conviene recordar aquí lo dicho por los Comisionados para la redacción del Código Penal:

"En caso de infracción cometida por anormales basta la simple imputabilidad material para que al autor del hecho se le apliquen las sanciones o medidas de seguridad que se establecerán oportunamente. De suerte pues que las figuras del dolo y de la culpa solo deberán estudiarse en las infracciones cometidas por normales" ("Lecciones de Derecho Penal" - Luis Eduardo Mesa Velásquez. Editorial Universidad de Antioquia. Medellín. 1962, Págs. 103 s.). Y, en un párrafo de la cita que el demandante omite: "En el sistema positivista, siempre se es imputable, pero se puede ser o no culpable, según que exista o no vinculación subjetiva del agente con el hecho cometido" (id. Pág. 233).

Mas para que pueda hablarse de responsabilidad por infracción de la ley penal así como también de "Sanción", trátese de "Penas" o de "Medidas de seguridad", usando la terminología del Código, en atención esto último al estado mental del agente activo del delito, es preciso establecer de manera clara y concreta qué norma penal tipificadora de un delito se quebrantó, cuál fue la disposición infringida que señala tales elementos.

Entonces, desde el punto de vista procedimental, se hace necesario adelantar la correspondiente investigación penal, la cual habrá de culminar con auto de sobreseimiento temporal o definitivo, con aplicación del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal vigente (antes 153) o con auto de llamamiento a juicio de la persona o personas sindicadas y por determinado delito o delitos. Cuando ocurre esto último, en la pieza enjuiciatoria tienen que precisarse y concretarse los cargos y debe señalarse, en la parte motiva, la norma o las normas expresas que se consideran violadas y por cuya infracción debe responder el acusado. De manera que es indispensable formular esta precisión: saber cuál norma concreta es la infringida. Porque si no se establece infracción alguna de la ley penal, no cabe el que se deduzca ninguna clase de responsabilidad de esa índole contra determinada persona, sea esta normal o sea anormal, según las voces del artículo 29 ya transcrito, punto este de anormalidad que llegado el caso también debe quedar plena y claramente definido.

De manera que cuando el juez competente procede con arreglo a lo que viene de esbozarse, no puede decirse que por tratarse de un sindicado anormal, haya procedido con violación de la ley sino, todo lo contrario, con sujeción a ella, que es lo que ocurre en el caso sometido a estudio:

2. Por auto de 6 de mayo de 1968 el Juzgado Promiscuo del Circuito de Ibagué abrió causa criminal contra Lucía Ferro Camacho, Luis José Orjuela Navarrete y Carlos Emilio Galeano Segovia, por el delito de Peculado continuado, habiéndose reconocido expresamente, con relación a la primera, el que había obrado dentro de la grave anomalía psíquica de la cual trata el artículo 29 antes citado (Cuaderno Nº 11, Fls. 1 ss.). El Tribunal confirmó en todas sus partes esta providencia, inclusive los sobreseimientos definitivos que en ella fueron proferidos en favor de Floro Saavedra Espinosa, José Ignacio Céspedes Guzmán y Gilberto Garzón Moreno (id. Fls. 102 ss.). Es de mandato legal que en el auto de proceder, según se ha recordado, se precisen con toda exactitud, los cargos que se formulan contra los sindicados, particularizando la norma que se considere violada y también las circunstancias de anormalidad dentro de las cuales pueda haber operado el agente activo del ilícito, cuando ello es procedente. Y eso, según se deja reseñado, fue lo que cumplió a cabalidad el juez de la causa, en providencia que fue confirmada, cuando subió al superior en virtud de recurso de apelación.

La tramitación procesal que se ha cumplido dentro de estas diligencias obliga tanto para los normales como para los anormales del artículo 29. De manera que si se consideraba que los hechos probados en el expediente implicaban la violación de determinada norma concreta, en este caso del artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, se imponía, de manera necesaria, el que así se sentara en el auto de calificación y el que, en consecuencia, se llamara a juicio por el quebrantamiento de esa misma norma con-

creta y no de ninguna otra, ya que era aquélla la que erigía en delito los hechos que se consideraron plenamente probados en el informativo.

Luego de cumplida la tramitación de rigor, se dictó la sentencia recurrida en casación. En ella, siguiendo las directrices anteriormente expuestas, y la manera como se produjo el llamamiento a juicio con relación a la procesada Ferro, el juzgado tomó la norma tipificadora de los hechos como delito no para aplicar ninguna de las "Penas" de las cuales trata el Capítulo I del Título II del Libro 1º del Código Penal, sino precisamente en acatamiento a lo dispuesto por el artículo 29 de la misma obra, una de las "Medidas de Seguridad" consagradas en el Capítulo II del mismo título.

De manera que en estas condiciones no hubo "Violación directa por aplicación indebida" de los artículos 29, 11 y 64 del Código Penal, ni tampoco del 3º del Decreto 1858 de 1951, como lo pretende el demandante, por lo cual el cargo formulado bajo el amparo de la causal que acaba de estudiarse, tampoco habrá de prosperar. En cuanto hace relación a las demás normas citadas en la enunciación del cargo, la Corte no podrá entrar en su consideración porque, como ya se indicó, ni siquiera se intentó la fundamentación correspondiente.

De todo lo expuesto es preciso concluir, como en sus debidas oportunidades se ha señalado, que los cargos contra la sentencia impugnada no pueden prosperar, por lo cual, en cumplimiento de lo dispuesto en la ley (C. P. P., antiguo, Art. 569, nuevo 582), habrá de desecharse el recurso extraordinario interpuesto.

Sin lugar a otras consideraciones, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 19 de agosto de 1970, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué dentro de las presentes diligencias.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

ESTAFA

Elementos estructurales de este tipo penal. Alcance de los términos. Artificio, engaño y error. Relación causal entre los elementos estructurales de la estafa. El perjuicio de otro debe consistir en una lesión o daño efectivo al patrimonio de una persona determinada o determinable y ha de ser de contenido rigurosamente económico. La frustración de una mera expectativa, de una esperanza no apoyada en un derecho subjetivo, no constituye lesión patrimonial ni tiene el alcance del daño propio y característico de la estafa.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veinticinco de octubre de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez).

(Aprobado: Acta Nº 41 de 18 de octubre de 1971).

Vistos

Surtidos los trámites de rigor, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por los procesados Luis Eduardo Baena Correa, Jaime Larrea Hernández, Santiago Calle Henao y Gilberto Giraldo Gómez contra la sentencia de 9 de septiembre de 1968 del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual fueron condenados en segunda instancia a las penas principales de cuatro años de prisión, el primero, y tres años de prisión, los últimos, por el delito de "estafa en perjuicio de los intereses del Hipódromo de Techo y de sus apostadores".

Hechos

1. El domingo 26 de abril de 1964 se celebró en el Hipódromo de Techo de la ciudad de Bogotá la reunión de carreras Nº 17, y aproximadamente a las cinco de la tarde se corrió la denominada 6ª válida para el Concurso del "5 y 6", prueba en la que se juega, además, un premio especial llamado "marcador".

2. Minutos antes de dicha carrera los comisarios del Hipódromo, funcionarios designados por la Alcaldía del Distrito para vigilar, como suprema autoridad, el desarrollo de las carreras y oficializar sus resultados, dispusieron el cambio de jinetes que deberían conducir los caballos, como medida de precaución para evitar arreglos o componendas entre ellos, y la prueba se realizó con la participación de los siguientes ejemplares y jinetes:

Coradín, con la monta de Pedro Bustos.

Diva, con la monta de Gonzalo Aristizábal.

Niza, con la monta de Genaro Taboada.

Toledano, con la monta de Jaime Larrea.

Rescoldo, con la monta de Alfonso Matiz.

Fanfani, con la monta de Guillermo Sánchez.

Nudista, con la monta de Alberto Cardona.

Premiosa, con la monta de Santiago Calle.

Peregrino, con la monta de Carlos Silva.

Ociosa, con la monta de Salvador Godoy.

3. Los cuatro primeros ejemplares en pasar por la meta fueron, en su orden: Premiosa, Fanfani, Niza y Coradín. Este resultado fue confirmado por los jueces de llegada y por los tres comisarios, por observación directa.

4. Pasada la competición, no obstante que dos de los comisarios, el doctor Rafael Lescano Robles y el General Miguel Angel Hoyos, estimaban que aquélla había sido "sospechosa"; que los "veedores" Eduardo Gómez Martínez y Ricardo Escobar Reyes informaron a los comisarios acerca de varias irregularidades percibidas desde sus casillas de observación en distintos lugares de la pista, y que el jinete Alberto Cardona expresó igualmente a los referidos funcionarios, al llamarle éstos la atención, que la prueba había sido "arreglada", los comisarios, como suprema autoridad de las carreras, elaboraron el acta sin observaciones, dando así por regular y válida la competencia ameritada.

5. El lunes siguiente, 27 de abril de 1964, siguiendo la costumbre, después de ver la proyección de las películas de las carreras, los comisarios, atendiendo al reglamento correspondiente, "oficializaron" todas las pruebas del día anterior, significando así que ellas habían sido normales.

Al día siguiente, martes 28 de abril, se presentó a las oficinas del Hipódromo de Techo el señor Luis Eduardo Baena a cobrar el único formulario del seis con marcador que resultó ganancioso, sellado por él, y obtuvo en pago la suma de $ 1.876.024.60, que le fue entregada por la Gerencia.

Conviene anotar que en la reunión de carreras del domingo 26 de abril mencionado hubo, además del único formulario con seis aciertos y marcador perteneciente al señor Baena, veintidós formularios con seis aciertos, mil ciento ochenta y siete formularios con cinco aciertos y mil ciento cuatro formularios con acierto del marcador, y que los valores de los dividendos fueron de $ 30.320.57 para los formularios con seis aciertos, $ 411.25 para los de cinco aciertos y $ 63.11 para los formularios con marcador (Fl. 143, Cuad. Nº 1).

7. Pagados los distintos premios, circuló el rumor de que el nombrado Baena había tramado con el preparador de caballos Jesús Giraldo un soborno a los jinetes de la sexta prueba, a fin de que los ejemplares arribaran a la meta en el orden en que los tenía en su formulario, pues había acertado ya en las primeras cinco carreras válidas, que en realidad Giraldo, en acuerdo con su hermano Gilberto, quien también preparaba caballos del Hipódromo, había logrado a través del jinete Carlos Silva disponer la llegada de los animales en la forma en que ocurrió.

8. El rumor determinó a los comisarios a hacer una investigación privada, que concluyó con dos informes: uno suscrito por el doctor Rafael Lescano Robles y por el General Miguel Angel Hoyos, en el que se solicitaba la imposición de sanciones a los dos preparadores (Jesús y Gilberto Giraldo) y a los diez jinetes que montaron las bestias de la sexta carrera válida, pues en su concepto se había hecho fraude en ella por instigación de Eduardo Baena, y otro firmado por el doctor Joaquín Caro Escallón en el que apenas se reclamaba sanción para los preparadores Giraldo y el jinete Carlos Silva, ya que en su opinión no se disponía de elementos de convicción suficientes para castigar a los demás individuos mencionados y la investigación debía proseguir para esclarecer completamente los hechos.

9. La Junta Directiva del Hipódromo de Techo acogió el informe de mayorías y dispuso cancelar las patentes de los dos preparadores y los diez jinetes, en resolución que se dio a conocer del público por la prensa y la radio.

10. Con base en las publicaciones, el doctor Rodolfo Valero "en su calidad de ciudadano colombiano y en uso del deber impuesto por el Código Penal", formuló denuncia

criminal, la que ratificó el 21 de junio de 1964, pues tales informaciones daban cuenta de actos dolosos "que afectan los intereses de los ciudadanos que juegan y apuestan en el concurso del cinco y seis".

Actuación procesal

Agotada la investigación, el Juez Segundo Superior de Bogotá la declaró cerrada por auto de 17 de noviembre de 1964, en providencia ajustada a las previsiones del Decreto 1358 de 1964, y el 17 del mes siguiente sobreseyó en forma definitiva en favor de todos los sindicados con relación al cargo de estafa por el cual fueron vinculados al proceso.

Dicha providencia fue recurrida en apelación y el Tribunal Superior de Bogotá la revocó en la suya de 6 de octubre de 1965, disponiendo en su lugar "abrir causa criminal, por la vía ordinaria, en contra de Luis Eduardo Baena Correa, Salvador Juvenal Godoy Alvial, Jesús Giraldo Gómez, Jaime Larrea Hernández, Santiago Calle Henao, Heriberto Guillermo Sánchez Castro, Gilberto Giraldo Gómez, Pedro Bustos Bustos, Genaro Taboada Santiesteban y Carlos Silva Díaz, en su calidad de coautores responsables del delito de estafa, consumado en las circunstancias de lugar, tiempo y modo de que se habló en el cuerpo de esta providencia".

Contra el auto del superior interpusieron algunos de los defensores el recurso de reposición, que fue denegado, circunstancia que determinó la ejecutoria del enjuiciamiento.

Observando nuevas normas de competencia contempladas en el Decreto 528 de 1964, el proceso pasó al Juzgado 58 Penal Municipal, en el que se dio impulso regular a la causa hasta la sentencia de primer grado, proferida el 12 de abril de 1967, en la que se absolvió a todos los acusados.

El fallo fue consultado con el Tribunal Superior de Bogotá, y esta Corporación lo revocó mediante sentencia de 9 de septiembre de 1968, para en su lugar condenar a los procesados a diversas penas.

Contra la decisión del ad-quem propusieron el recurso extraordinario de casación varios de los sentenciados y algunos de los defensores, recurso que fue admitido por la Corte en auto de 8 de noviembre de 1968, en el que se dispuso, además, correr traslado a los recurrentes por el término legal para la formulación de las correspondientes demandas.

La impugnación solo fue sustentada por los procesados Luis Eduardo Baena Correa, Jaime Larrea Hernández, Santiago Calle Henao y Gilberto Giraldo Gómez, quienes presentaron las demandas a través del doctor Gustavo Rendón Gaviria, constituído en apoderado especial para ese fin.

Los libelos impugnatorios se declararon ajustados a las exigencias de la ley por auto de esta Sala de 27 de abril del presente año. En el mismo proveído se declaró desierto el recurso de casación interpuesto por los procesados Jesús Giraldo Gómez, Genaro Taboada Santiesteban, Salvador Juvenal Godoy, Carlos Silva Díaz, Pedro Bustos y Guillermo Sánchez Castro, porque no formalizaron la acusación (Fls. 162 del C. de la Corte).

Las demandas de casación

El apoderado común de los procesados recurrentes ataca la sentencia de segunda instancia, en primer término y básicamente, con fundamento en la causal 1ª del artículo 56 del Decreto 528 de 1964 (hoy 1ª del Art. 580 del C. de P. P.), por considerarla violatoria de la ley penal sustancial, concretamente del Art. 408 del C. P., que describe y sanciona el delito de estafa, norma que en su opinión se aplicó indebidamente en el fallo, por errónea interpretación de la misma, a los hechos que el Tribunal ad-quem tuvo por demostrados.

Dicho cargo lo postula el actor en los cuatro escritos de demanda, y lo desarrolla alegando que la conducta imputada a los incriminados no es coincidente con la que contempla el artículo 408 del estatuto punitivo, en cuyo análisis jurídico se adentra con erudición, pues aquellos no indujeron en

error a persona o personas determinadas, ni emplearon artificios o engaños capaces de obrar directa y ciertamente sobre un sujeto pasivo de la infracción, "aun admitiendo que la prueba hípica que se dice "arreglada", se hubiera desarrollado en forma irregular o con el empleo de acuerdos entre el recurrente y los jinetes, pues ese hecho incierto no indujo en error a quienes concursaron en el juego, a nadie en particular, y la prueba hípica fue aceptada por las autoridades a quienes corresponde esa función, o sea, los comisarios".

Expresa también el señor apoderado, para sustentar la censura, que en el caso subjudice no existió el "perjuicio de otro", exigido para la tipicidad de la estafa en la disposición que reputa infringida por el juzgador de segundo grado, o sea el artículo 408 del C. P., aserción que apoya en estas consideraciones:

"Además, no puede hablarse de perjuicio de otro, porque ese otro no existe, siendo física y metafísicamente imposible indicar el perjudicado o perjudicados, pues en el juego toman parte millares de personas, que intervienen buscando acertar, sin lograrlo, bajo una ley de azar, y entre esas muchas personas, tratándose de un acumulado, ni siquiera hipotéticamente serían estimables como ofendidos, no sabiéndose de una regla de juego que dé la seguridad de acertar.

"Si el daño o perjuicio no se concreta en persona determinada, singular o pluralmente considerada, y si las maniobras que inducen el error no han operado sobre esas personas, el daño patrimonial no existe, o mejor, no puede hablarse de perjuicio en un sentido abstracto, anónimo o inidentificable, todo lo cual impide la integración de la estafa. En los juegos (y más en la hípica), suele haber lo que se denomina "trampas", que de hecho favorecen a sus autores, pero a la vez a personas ajenas a las componendas que por simple azar hacen el mismo juego de los tramposos, sumándose así a los beneficiarios de manera en un todo fortuita y en un todo inocente.

"Si no se contrae el daño en un sentido particular sobre quienes son víctimas de la inducción en error, y si no hay de modo cierto sujeto pasivo del ilícito, el delito de estafa no puede existir, cuestión esta que la Corte ha reconocido, muy en particular en fallo de 6 de diciembre último, emanado de la Sala de Casación Penal y con ponencia del honorable Magistrado Dr. Samuel Barrientos Restrepo, dictado en la causa contra Roberto Murillo Alvarez y Ofelia Cadavid".

Agrega el demandante que el Hipódromo de Techo no fue perjudicado con los hechos que son el tema del proceso, pues no sufrió mengua alguna en su patrimonio económico, en razón de que el dinero que recibió Luis Eduardo Baena no era de la empresa sino de anónimos jugadores y lo entregó por orden de los comisarios, que no podía desconocer; y que tampoco los apostadores fueron desposeídos de cosa alguna que contaran de manera cierta e inequívoca en su haber patrimonial. Los jugadores de la hípica —dice el actor— corren siempre un álea, aspirando a ganar; si pierden no entienden el resultado adverso como un fraude a su patrimonio, y si ganan "nunca saben si su suerte dependió de la técnica, del azar o de arreglos hechos por los profesionales de ese juego, por los dueños de los ejemplares, por los preparadores o jinetes, etc.", riesgos todos a los que voluntaria y conscientemente se exponen.

Por las razones que se dejan resumidas, pide el representante judicial de los acusados que se case el fallo impugnado, pues los hechos que el ad-quem estimó probados, aun dándolos por realmente demostrados, no permiten tener por establecido o jurídicamente integrado el delito de estafa, aunque su alcance pudiera considerarse como de contenido fraudulento en el ámbito social o colectivo.

En un segundo plano, el actor formula en los diversos libelos otros cargos contra la sentencia recurrida, tales como el de haberse violado en ella de modo indirecto el artículo 408 del Código Penal, "por error de

derecho o de hecho, por apreciación equivocada de algunos elementos de juicio, o falta de apreciación legal de otros", los cuales señala el impugnante, causal de casación a la cual se refería el inciso 2º del ordinal 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964 y que hoy se contempla en el inciso 2º del ordinal 1º del artículo 580 del C. de P. P.; y el haberse dictado el fallo acusado en juicio viciado de nulidad, causal de casación que establecía el ordinal 4º del artículo 56 citado y que se conserva en el artículo 580 del estatuto procesal, consistente la nulidad en error cometido en el auto de proceder respecto del nombre de la persona ofendida, motivo de nulidad previsto en el numeral 5º del artículo 210 del C. de P. P. (antes Núm. 5º del Art. 37 del Dec. 1358 de 1964), por cuanto en el proveído de vocación a juicio se consagró la existencia de dos sujetos pasivos (el Hipódromo de Techo y los apostadores) "que no pueden tener al mismo tiempo esa calidad jurídica, ni derivar de allí una personería sustantiva para la acción civil que autoriza el artículo 2286 del Código Civil", pues la empresa del Hipódromo no fue perjudicada porque no era propietaria de los fondos del juego, ni tampoco se puede considerar como sujeto pasivo de la estafa "el total de los apostadores", como se hizo por el juzgador, ya que muchos de los que sellaron formularios en la fecha conocida ganaron el premio del seis, otros acertaron el marcador, y no pocos obtuvieron el premio de ganador.

La Corte se abstiene de precisar las razones en que el demandante sustenta los cargos de violación indirecta de la ley penal sustancial y de nulidad del juicio, como también las respuestas que a ellos da el Agente del Ministerio Público, pues encontrando, como en realidad encuentra y por las consideraciones que más adelante se expresarán, procedente el ataque a la sentencia presentado en primer lugar, que es el de mayor ámbito y proyección, no es ello necesario.

Concepto de la Procuraduría

El Procurador Primero Delegado Penal, en vista calendada el 9 de julio último, después de puntualizar los hechos materia del proceso y la actuación judicial cumplida, rebate los distintos cargos postulados por el apoderado de los recurrentes contra el fallo de la segunda instancia y termina solicitando de la Corte que deseche el recurso de que se trata, pues en su opinión ninguna de las causales de casación aducidas ha sido demostrada.

Con relación al primer motivo de glosa a la sentencia, postulado como se dijo al amparo de la causal 1ª de casación, por violación directa de la ley penal, específicamente del artículo 408 del Código represor, porque en sentir del impugnador los hechos de autos no son de los gobernados por esa norma, el colaborador fiscal, para oponerse a su admisión, dice, en síntesis:

a) Que existió ardid o engaño, pues mediante el acuerdo y la actividad de los procesados se varió el resultado que ha debido tener la aludida prueba hípica y se logró que los caballos entraran a la meta en el orden en que los había señalado el acusado Baena en el formulario que resultó ganador.

b) Que tal engaño actuó sobre los comisarios, funcionarios oficiales a quienes compete declarar la validez de las carreras y autorizar los pagos, puesto que se les indujo por esos medios en error, al convencerlos de la legalidad de la prueba correspondiente a la sexta carrera válida para el juego del cinco y seis realizada el 26 de abril de 1964.

c) Que "en lo atinente a la negación del perjuicio, es alegación que no puede admitirse, debido a que éste fue sufrido por cada una de las personas que concursaron mediante el aporte o depósito de cierta cantidad de dinero de su patrimonio, determinadas por la posibilidad remota de ganar, pero quienes como resulta obvio no hubieran intervenido o concursado si hubieran tenido conocimiento del resultado previamente convenido o concertado, en virtud del ardid o engaño; por manera que el perjuicio existe

respecto a cada una de estas personas, sin que lo impida el que no puedan ser concretamente determinadas, por ser millares, lo cual da al mismo el carácter de público e igual extensión a la estafa y es preciso en cuanto a cada una de estas personas".

d) Que "los dineros recibidos por los autores del hecho, como resultado de la maniobra por ellos urdida, representan un claro enriquecimiento ilícito, equivalente al daño sufrido por los millares de jugadores, quienes depositaron, para obtener una apariencia de intervenir en la suerte, el fondo del concurso; y en tal forma, el provecho obtenido por los procesados, resulta indudablemente ilegal, pues carece de causa jurídica y solo es el resultado de su maniobra engañosa".

e) Que el perjuicio sufrido por el Hipódromo de Techo "surgiría de haberse cumplido el hecho por personal autorizado por la entidad, con la consiguiente responsabilidad, aunque no se relacione directamente con los dineros de su propiedad o de su patrimonio".

f) Que para la integración del delito de estafa no es indispensable la identidad entre quienes son víctimas del error, por causa del artificio o engaño y los que sufren el perjuicio correspondiente al provecho ilícito logrado por los agentes de la infracción.

g) Que "resulta establecido que el ardid indujo en error a los comisarios, quienes en uso de facultad suficiente autorizaron los pagos, con perjuicio de los apostadores y con el provecho ilícito o enriquecimiento indebido consiguiente por parte de los autores del punible, queriéndose significar que éste admite la calificación de estafa, por reunir los caracteres esenciales contemplados por la norma legal (Art. 408 C. P.), afirmándose que existe la relación de causalidad entre el engaño como determinante del error, con base en el cual se produjeron los pagos de premio o disposición patrimonial, con el consiguiente perjuicio.

h) Que el fallo de la Corte que invoca el demandante contempló una situación distinta a la de autos, pues en él se llegó a la conclusión de que no había existido perjuicio patrimonial para persona alguna en el caso que se juzgó.

i) Que estando en este caso identificado y debidamente conformado el delito de estafa no se quebrantó en la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá el artículo 408 del Código Penal, ni el artículo 26 de la Constitución Política, ni ningún otro precepto legal, por lo cual el ataque a la sentencia, por violación directa de la ley sustancial, debe rechazarse.

El Agente del Ministerio Público manifiesta también su criterio adverso a la aceptación de los demás cargos esgrimidos en la demanda, con argumentos que no es necesario relacionar, por la razón anotada anteriormente.

Consideraciones de la Corte

Primera. Para determinar si en verdad se violó en la sentencia recurrida la ley penal sustancial, por indebida aplicación al evento sub-judice del artículo 408 del estatuto punitivo, motivada en errada interpretación de esta norma por parte del Tribunal adquem, importa fijar primero el contenido al alcance de aquella disposición.

Segunda. El referido artículo 408 encabeza el capítulo que trata de la estafa, y prescribe:

"El que induciendo a una persona en error por medio de artificios o engaños, obtenga un provecho ilícito con perjuicio de otro, incurrirá en prisión de uno a siete años y multa de diez a dos mil pesos".

A términos de la disposición copiada, el tipo penal que ella contempla reclama la coexistencia de estos elementos estructurales, ninguno de los cuales puede estar ausente:

a) Despliegue de un artificio o engaño, dirigido a suscitar error en la víctima.

b) Error o juicio falso de quien sufre el engaño, determinado por el ardid.

c) Obtención, por ese medio, de un provecho ilícito.

d) Perjuicio correlativo de otro.

e) Sucesión causal entre el artificio o engaño y el error, y entre éste y el provecho injusto que refluye en daño patrimonial ajeno.

El artificio y el engaño son fenómenos equivalentes, expresivos en el fondo de la misma cosa. Consisten en todo medio habilidoso para transfigurar la verdad. Son sinónimos de astucia, doblez, ardid, trampa, artimaña o maquinación empleada para dar apariencia de verdad a la mentira.

El artificio o engaño, con el que se inicia toda estafa, debe ser puesto en acción por el agente para inducir en error.

Error, a los fines penales, "es ignorancia o falso conocimiento de una situación de hecho", como dice Maggiore (Derecho Penal, Vol. V, Pág. 128). Debe derivar, en la infracción que define el artículo 408 de la ley penal colombiana, de la maquinación fraudulenta empleada por el sujeto activo. Mas en este punto cabe obsevar que no es preciso que el error surja necesariamente por iniciativa del delincuente. El puede tener origen en una equivocada creencia del ofendido, que es luego afianzada con artimañas del estafador. Por ello observa Manzini, en concepto que recoge Maggiore, que "induce en error, tanto el que crea el error mismo, como el que lo aumenta, lo consolida o de otra manera lo hace más fuerte y más invencible". Lo que si no basta en la legislación colombiana, que en la descripción de la estafa sigue muy de cerca la italiana, es el simple aprovechamiento del error ajeno, situación que en otros códigos, como el alemán y el búlgaro, se equipara a la inducción en error.

La obtención de un provecho ilícito es el elemento material de la estafa. Hacia ese fin se orienta la acción del culpable. Provecho ilícito es toda utilidad o beneficio, de cualquier naturaleza, aunque no sea directamente económico, conseguido sin título legal, sine-jure (sin derecho).

El provecho puede resultar de prestaciones de dar, de hacer o de no hacer una cosa, referidas a bienes de cualquier clase, que resulten benéficas para el autor del hecho o para otros, pues no se requiere identidad entre el sujeto de la infracción y el favorecido con la estafa, que puede ser un tercero.

La injusta utilidad lograda por el responsable, para sí o para otros, debe ser el efecto de la inducción en error por el artificio o engaño, de modo que se pueda afirmar que de no haber mediado el error el beneficio no se habría consumado.

El perjuicio de otro es la lesión o daño efectivo al patrimonio de una persona determinada o determinable de algún modo (natural o jurídica), y ha de ser de contenido rigurosamente económico, pues la estafa es un delito contra la propiedad. Puede recaer sobre bienes muebles o inmuebles, sobre un derecho o cualquier otro interés económicamente apreciable.

El perjuicio tiene que ser cierto y se consuma cuando la víctima ha sido privada de la cosa o de su derecho, vale decir, cuando se ha realizado la desposesión. "Por consiguiente —anota Febres Cordero— el daño potencial no es suficiente para que la estafa se considere consumada" (Curso de Derecho Penal —Delitos contra la Propiedad— Pág. 162). "El daño —dice Manzini— debe provenir de la privación o del menoscabo de un derecho existente y cierto. En consecuencia, causar una simple decepción, frustrar una mera exceptativa que no deriva de un derecho (por ejemplo, una herencia), no constituye el daño que se requiere para la imputabilidad de la estafa" (Tratado de Derecho Penal, Vol. VIII, Pág. 318)

Víctima del perjuicio puede ser quien ha sufrido el error, por causa del engaño, o persona distinta. Uno puede ser el inducido en error, y otro el que recibe el daño patri-

monial. Se puede estafar, verbigracia, al propietario engañando al tenedor material de sus bienes. Pero en todo caso el damnificado es el sujeto pasivo de la infracción.

La relación causal entre los elementos integrantes de la estafa, necesaria para la tipicidad del delito, se tiene cuando el artificio o engaño ha sido determinante del error, y éste a su vez ha determinado la prestación que es útil para el estafador y perjudicial para otro. Por ello enseña Soler que "Dentro del proceso sucesivo de los hechos que integran una estafa, la situación del error podría decirse que es central. Debe ocupar un lugar intermedio entre el ardid y la disposición patrimonial, y con ambas ha de mantener una estrecha relación de razón suficiente. El ardid debe haber determinado el error y éste, a su vez, debe haber determinado la prestación. Si no existe esa perfecta consecutividad, tampoco hay estafa" (Derecho Penal Argentino, Vol. IV, Pág. 351).

Tercera. Fijados en la forma que se deja expuesta los presupuestos del delito de estafa, de acuerdo con el artículo 408 del Código Penal, es necesario confrontar los hechos que el fallador de segunda instancia estimó probados con los que integran aquella conducta delictiva, para determinar si son coincidentes en sus diversos aspectos.

Se afirma en la sentencia recurrida que los procesados urdieron un ardid en la sexta carrera válida para el juego del "5 y 6", en la fecha de autos, con el cual engañaron a los comisarios encargados de su vigilancia, quienes por error declararon válida la prueba, lo que determinó el pago de los premios a quienes resultaron ganadores, entre ellos el que se entregó al acusado Baena, y que con el proceder doloso y benéfico para los incriminados se causó perjuicio al Hipódromo de Techo y a sus apostadores, configurándose así el delito de estafa.

En punto concreto al "perjuicio de otro", elemento indispensable, como antes se dijo, para la consumación del referido ilícito, se lee en el fallo que es objeto de la impugnación:

"Es indudable que el sujeto pasivo de la infracción lo constituye el total de apostadores del veintiséis de abril de mil novecientos sesenta y cuatro, pues pagaron en busca de un premio que no podían ganar, porque dolosamente fue señalado su beneficiario. En fin, porque pagaron para concursar y la bolsa del concurso, que todos y cada uno contribuyeron a formar, ya tenía un destinatario ilegítimo. También es sujeto pasivo el Hipódromo de Techo, S. A., por razón de la responsabilidad que puede asumir ante los apostadores" (Fls. 74 Cd. Nº 10).

La Corte estima que las apreciaciones del ad-quem en el párrafo transcrito no corresponden a la realidad, ni con ellas se puede dar por demostrado el requisito del perjuicio de otro, en la forma en que jurídicamente es exigido para la conformación de la estafa, por las siguientes razones:

1. Quienes apostaron en las carreras celebradas en el Hipódromo de Techo el 26 de abril de 1964, sellando formularios o de otra manera, lo hicieron —según los hechos que el Tribunal sentenciador tuvo por comprobados— sin que al tiempo de hacer las apuestas mediara ningún artificio o engaño, sin que hubieran sido inducidos al juego por error, y tuvieran opción a los premios parciales en las cinco primeras carreras válidas para el "5 y 6", realizadas sin fraude conocido, y en las cuales muchos de los apostadores obtuvieron ciertamente utilidades.

2. Si la maniobra engañosa se cumplió solo en la última carrera, por acuerdo entre los procesados efectuado minutos antes de la competición, no puede ella retrotraerse al momento de las apuestas, que habían sido hechas con anterioridad, para sostener, como se hace en la sentencia acusada, que todos los jugadores fueron defraudados porque pagaron en busca de un premio que no podían ganar ya que dolosamente se había señalado de antemano su beneficiario.

3. Con relación al fondo acumulado para formularios del seis con marcador, que le fue pagado al sindicado Baena, a cuya entrega sí precedió un ardid determinante de error de los comisarios, según los hechos

narrados en el fallo que se estudia, a ese premio habrían tenido oportunidad, no el total de apostadores, como se da entender en la sentencia, sino quienes poseyeran formularios con marcador y hubieran acertado en las cinco primeras carreras, pues sin tal condición no tenían ninguna posibilidad de ganar el acumulado. A ese grupo de apostadores, constituídos por personas no identificadas en el proceso, se les frustró una esperanza, una expectativa, y no un derecho cierto al monto del premio o siquiera a parte del mismo, pues solamente si se pudiera saber —cuestión absolutamente imposible— cómo habría sido el resultado de la última carrera si no hubiera habido el fraude que se dice consumado, habría sido factible precisar al perjudicado o perjudicados con la maniobra engañosa.

4. La frustración de una mera expectativa, de una esperanza no apoyada en un derecho subjetivo —lo que puede aceptarse que sucedió en el caso de autos con respecto a algunos de los que apostaron en el Hipódromo de Techo en la fecha conocida— no constituye ciertamente lesión patrimonial, ni tiene el alcance del daño propio y característico de la estafa, que ha de consistir en la privación o deterioro de un derecho efectivo de contenido económico y de persona o personas determinadas o determinables de algún modo, como se explicó en otro pasaje de esta providencia.

5. Tampoco el Hipódromo de Techo sufrió perjuicio con motivo del premio que le fue pagado al señor Luis Eduardo Baena, por el formulario del seis con marcador sellado por éste, pues ese dinero no era de la empresa, que apenas tenía sobre él mera tenencia, sino que correspondía a un fondo de bolsa de apuestas de jugadores anónimos, y la entrega que de tal dinero hicieron los directivos del Hipódromo se cumplió en obedecimiento de una decisión de los comisarios, que no eran agentes suyos sino delegados de la administración pública del Distrito Especial de Bogotá, circunstancia que obligaba a la empresa a acatar las resoluciones de aquellos funcionarios y que la liberaba de toda responsabilidad por los pagos que hizo en acogimiento de órdenes de los mismos.

Cuarta. De lo dicho se colige que en los hechos por los cuales fueron condenados los procesados recurrentes no se aunan todos los componentes del delito de estafa contemplados en el artículo 408 del Código Penal, disposición que aplicó el Tribunal Superior de Bogotá para sancionar a los imputados. Falta en ellos el elemento "perjuicio de otro" entendido como se explicó anteriormente, y su ausencia impide integrar jurídicamente la referida infracción.

Quinta. Por lo tanto, asiste razón al apoderado de los inculpados cuando afirma que la sentencia impugnada es violatoria de la ley penal sustancial, específicamente del artículo 408 del estatuto represor, por aplicación indebida de esta norma a la conducta imputada a los acusados, que no encuadra en sus prescripciones.

Sexta. Como la Corte encuentra procedente la causal 1ª de casación, por infracción directa de la ley penal sustancial, es innecesario el estudio de los demás cargos aducidos en las demandas de casación.

Séptima. Obrando de acuerdo con la previsión del artículo 583 del C. de P. P., admitiendo como en verdad se admite que los hechos objeto del proceso y que se hallan plasmados en la sentencia acusada no dan tipicidad al delito de estafa, por falta de uno de los elementos estructurales de la infracción (el perjuicio cierto de otro), se invalidará el fallo de que se ha hecho mérito y se dictará el que corresponde, que obviamente no puede ser otro que el de absolución, porque los hechos imputados a los procesados no son constitutivos del delito por el cual se les llamó a responder en juicio.

Octava. La invalidación de la sentencia se hará únicamente con respecto a los procesados que sustentaron el recurso extraordinario que ahora se decide, no obstante el mo-

tivo que la determina, pues con relación a los demás procesados el fallo se ejecutorió e hizo tránsito a la cosa juzgada, atacable solamente por la vía de la revisión.

Fallo

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del colaborador fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha 9 de septiembre de 1968, en cuanto por medio de ella se condena a diversas penas a los procesados Luis Eduardo Baena Correa, Jaime Larrea Hernández, Santiago Calle Henao y Gilberto Giraldo Gómez, a quienes se absuelve por el cargo de estafa que se les formuló en el presente juicio.

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

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Rafael Latorre Fonseca, Conjuez. *Luis Eduardo Mesa Velásquez, Simón Montero Torres,* Conjuez. *Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.*

J. Evencio Posada V., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Los suscritos magistrados integrantes de la Sala Penal que decidió el recurso de casación interpuesto ante la Corte por los procesados Luis Eduardo Baena Correa, Jaime Larrea Hernández, Santiago Calle Henao y Gilberto Garrido Gómez, contra la sentencia de 9 de septiembre de 1968, del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual fueron condenados en segunda instancia a las penas principales de cuatro años de prisión, el primero, y a tres de prisión los últimos, como responsables del delito de estafa en perjuicio de los intereses del Hipódromo de Techo y sus apostadores, muy comedidamente consignamos a continuación los motivos de nuestro disentimiento con el criterio que informó la decisión de la mayoría.

1º Debemos destacar que la sentencia recurrida parte de la base inequívoca, aceptada por el recurrente, que el día 26 de abril de 1964, tuvo ocasión en el Hipódromo de Techo la reunión de carreras Nº 17. En esta oportunidad y antes de correrse la prueba "sexta válida" para el concurso del "5 y 6", prueba en la que se jugaba además el premio especial denominado "marcador", Luis Eduardo Baena se confabuló con el preparador de caballos Jesús Giraldo para sobornar a los jinetes de la sexta prueba, a fin de que los ejemplares arribaran a la meta en el orden que los tenía él en su formulario, asegurando por este modo la ganancia del "seis con marcador" cuyo premio alcanzó la suma de un milón ochocientos setenta y seis mil veinticuatro pesos con sesenta centavos ($ 1.876.024.60), que recibió de manos de la gerencia del Hipódromo.

Los autos dan cuenta de que Baena había acertado en las cinco carreras anteriores. La confabulación se contrae, en consecuencia, a la última prueba.

2º "Veintidós formularios con seis aciertos, mil ciento ochenta y siete formularios con cinco aciertos y mil ciento cuatro formularios con acierto del marcador", recibieron los siguientes dividendos, respectivamente y en su orden. Treinta mil trescientos veinte pesos con cincuenta y siete centavos, cuatrocientos once pesos con veinticinco centavos, sesenta y tres pesos con once centavos.

3º El recurrente, cuyo planteamiento comparte la mayoría de la Sala, discurre, en síntesis, en la forma que sigue:

La conducta imputada a los sindicados no es coincidente con la contemplada por el Art. 408 del estatuto punitivo. "En los juegos (y más en la hípica), suele haber lo que se denomina trampas, que de hecho favorecen a sus autores, pero a la vez a personas ajenas a las componendas, que por simple azar hacen el mismo juego que los tramposos, sumándose así a los beneficiarios de manera en un todo fortuita y en un todo inocente.

"Si no se contrae el daño en sentido particular sobre quienes son víctimas de la inducción en error, y si no hay de modo cierto sujeto pasivo del ilícito, el delito de estafa no puede existir, cuestión ésta que la Corte ha reconocido..."

El actor y la Sala aceptan que aun en la hipótesis sustentada por el fallador en la sentencia de segundo grado —inducción de los jueces en error, previo el engaño de que fueron víctimas a manos de preparadores y jinetes de la carrera denominada "sexta válida", que permitió a Luis Eduardo Baena y sus cómplices obtener un provecho ilícito en cuantía aproximada a los dos millones de pesos, la estafa no fue posible, pues, según ellos, el perjuicio no se concretó ni podía concretarse, por la naturaleza misma del azar, en persona determinada. No puede hablarse de "perjuicio de otro", elemento tipificante del delito de estafa "porque ese otro no existe, siendo físicamente y metafísicamente imposible indicar al perjudicado o perjudicados, pues en el juego toman parte millares de personas, que intervienen buscando acertar, sin lograrlo, bajo una ley de azar, y entre esas muchas personas, tratándose de un acumulado, ni siquiera hipotéticamente serían estimables como ofendidos, no sabiéndose de una regla de juego que dé la seguridad de acertar".

4º Se dice, por último, que ninguno de los apostadores que intervinieron en las pruebas de la reunión hípica Nº 17, recibió perjuicio mayor al que pudiera estar representado por una simple expectativa o esperanza no apoyada en un derecho subjetivo. Así, aunque pudiera aceptarse que algunos apostadores de ese día, estuvieron en dicha circunstancia, pues ciertamente tenían a su favor el derecho de participar en la última prueba con la esperanza incierta de ganar el "seis con marcador", ninguno de ellos, en cambio, puede ostentar en forma concreta el título de perjudicado.

5º Como se ve, por este modo, el actor y la mayoría de la Sala incurren en notorias confusiones que, con el debido respeto, pasamos a puntualizar.

a) El acumulado del "6 con marcador" se había formado, es cierto, con el concurso de los apostadores de esa fecha y de fechas anteriores, algunos o muchos de los cuales quizás, no participaron en la reunión Nº 17. Pero todos ellos contribuyeron a formar la "bolsa del juego" de buena fe y a sabiendas de que si no participaban en la carrera en que el azar favoreciera a uno o varios apostadores con el premio del "5 y 6 con marcador", no tenían perjuicios que reclamar, acordes con las reglas del juego que aceptaron libremente.

b) Es asimismo cierto que por la naturaleza del juego, no es posible pretender ganar el premio del "seis con marcador" si no se ha logrado acertar en los resultados de las cinco primeras carreras, inmediatamente anteriores a la "sexta válida", y que para concursar en él se requiere además haber llenado el formulario correspondiente, con la indicación concreta del orden de llegada de los cuatro primeros ejemplares. En fin, que la prueba, es prueba de azar por excelencia, difícil de acertar. Su ganador, por obvias razones, es indeterminado, y determinable solamente por el azar, mientras se observan con limpieza las reglas del juego. Si el ganador se escoge previamente, excluyendo el azar, todos los que tenían opción para ganar el "seis con marcador" han sido burlados en su derecho inequívoco a participar en un juego honesto y perjudicados en algo más que la frustración de una mera expectativa: cada quien en el valor de su contribución a la "bolsa del juego", hubiese o no participado en la prueba.

c) Ya se ha dicho que la "bolsa del juego", en el acumulado se forma con los participantes en más de una carrera, pues de otro modo no se hablaría del "acumulado". Por ello la sentencia reconoce que en la reunión hípica Nº 17, se jugaba, además, el premio especial denominado "seis con marcador". A la prueba en que se juega el acumulado bien pueden no concurrir ni participar quienes jugaron en reuniones anteriores. No por ello "la bolsa del juego" es cosa de nadie. Su depositario responsable es el "Hipódromo de Techo". Sus propietarios actuales son los apostadores pasados y presentes que con sus apuestas han contribuído a formarla. Sus destinatarios, los apostadores del "seis con marcador" que el azar determine en la prueba en que uno o varios apostadores resulten favorecidos con el acumulado. Estos apostadores y propietarios de la "bolsa del juego" tienen derecho a invocar, en conjunto, el perjuicio patrimonial representado en el provecho ilícito obtenido por quienes escamotearon el premio del acumulado, excluyendo el azar, determinando previamente el ganador y birlando la "bolsa del juego". de manos de su depositario, el "Hipódromo de Techo".

d) Quienes sellaron formularios con marcador para la reunión de carreras del 26 de abril de 1964, tenían un derecho cierto a participar en ella con la seguridad de que solamente el azar determinaría los ganadores de la sexta carrera válida y, en su caso, del "seis con marcador".

A la frustración de este derecho cierto a participar en una competencia honesta corresponde un perjuicio igualmente cierto. Este perjuicio concreto, realísimo, está representado en el valor de cada formulario sellado para las competencias de ese día, pero también en los formularios sellados en carreras anteriores y que en cuantía determinada contribuyeron a formar la "bolsa del juego" para el acumulado del "seis con

marcador". Las víctimas del perjuicio son la totalidad de apostadores, en su conjunto, quienes recibieron un doble perjuicio. Uno, común a todos ellos, por el simple hecho de haber sellado formularios para las carreras, con o sin "marcador". Es su derecho a participar en las carreras escogidas, en competencias honestas. Otro es el derecho de quienes sellaron formularios con marcador y acertaron en las cinco carreras anteriores a la "sexta válida". Al perjuicio común a todos los apostadores, como dueños de la "bolsa del juego", agregan ellos el de haber sido frustrados en la opción de ganar el codiciado premio, cuyo ganador fue señalado anticipadamente.

Cuando el azar se excluye y el ganador se determina previamente, en él se conjugan el provecho ilícito y el perjuicio sufrido por los apostadores en conjunto y por el ganador sustituído. Este ganador será el primero que señale el azar en próximas competencias cuyo perjuicio montará igualmente a la suma recibida por el falso ganador de la reunión de carreras número 17, cuyos dineros faltarán en las sumas que reciba como ganador auténtico.

e) Aclarado el error que entraña confundir la 'bolsa del juego" con el premio especial —"el seis con marcador—" cuyo monto se extrae de aquella, una vez que el azar determina el ganador, queda igualmente claro que uno es el propietario del "premio especial", su ganador y otro el propietario de "la bolsa del juego", el público apostador. Verificado el juego, señalados por el azar los ganadores, la propiedad común de los apostadores se individualiza en cabeza de cada uno de aquellos.

f) No es discutible que en la misma reunión de carreras Nº 17, numerosos apostadores ganaron diversos premios, honestamente. Pero solamente Luis Eduardo Baena cobró el "seis con marcador", previo el ardid anotado por el fallador de segundo grado y que la sentencia de la Corte no discute. Por ello se dice que los primeros acertaron al azar en el juego de los tramposos. Es cierto. Solamente que si el azar hubiese señalado los ganadores de la "sexta válida", sin el concurso de los tramposos, otros hubieran sido los resultados. Su buena fe los excusa de responsabilidad por los beneficios obtenidos, pero no enjuga el dolo de sus benefactores. También por estos aspectos hubo perjuicios ciertos y expectativas frustradas. Se giró sobre los fondos comunes por ganadores supuestos. Por quienes acertaron al azar el juego de los tramposos "de manera en un todo fortuita y en un todo inocente" y ganaron, ignorando el origen fraudulento de su buena suerte.

g) Se afirma que el fraude se contrae a la última carrera. De esta premisa evidente se concluye que las víctimas del perjuicio no podían ser todos los apostadores de esa fecha, pues muchos de ellos acertaron en las cinco primeras carreas, válidamente, y ganaron los premios correspondientes. No se discute el aserto. Pero quienes acertaron de buena fe en las cinco primeras carreras y ganaron diversos premios, acrecentaron sus expectativas para ganar el "seis" y, algunos, el "seis con marcador", de cuya posibilidad fueron excluídos dolosamente.

Quienes acertaron de buena fe los resultados de la sexta carrera, en cuanto favorecidos, lo fueron por obra de la confabulación de preparadores y jinetes con el ganador del único "seis con marcador". El artificio indujo en error a los jueces de la carrera. Por ello impartieron la orden al Hipódromo de Techo, como depositario de la "bolsa del juego", de pagar los premios correspondientes a la "sexta válida", sin excluir el "seis con marcador".

Si se admite que preparadores y jinetes se confabularon con el ganador del premio especial denominado "seis con marcador" y determinaron fraudulentamente los resultados de la última competencia, como natural consecuencia de la premisa anterior debe admitirse también que, dicha prueba, en cuanto favoreció a los apostadores que inocentemente acertaron el juego de los tramposos, ofreció un resultado diverso al que

hubiera ofrecido el azar sin el auxilio fraudulento. El ganador confabulado y los que de buena fe acertaron con él los resultados de la sexta carrera, extrajeron sus premios de los fondos comunes. El perjuicio cierto lo recibieron todos los apostadores, sin discriminación, no confabulados, que, en una u otra forma, en distintas proporciones y fechas contribuyeron a formar la "bolsa del juego", para ser disputada al azar en una o más competencias.

h) Se sostiene que la maniobra de los confabulados no indujo en error a los apostadores directamente, ya que para el tiempo del fraude, anterior solamente a la última carrera, los formularios del "seis con marcador" estaban sellados. Es evidente. Habría sin embargo que observar cómo del acierto de la última carrera dependían, en su posibilidad, el premio especial denominado "seis con marcador" y otros premios, igualmente significativos, que comienzan con el acierto en la primera válida y culminan en la sexta carrera, cuando se logra una cifra en los aciertos que convierte la expectativa de los apostadores en derecho a percibir los premios de la "bolsa del juego". En todos estos casos, a contrario de lo que se afirma en la sentencia que motiva nuestro disentimiento, el fraude que vicia los resultados finales, retrotrae sus efectos y daña por igual todas las competencias cuya culminación exige el acierto en la "sexta válida".

No era indispensable, ciertamente, que la maniobra indujera en error directamente a los apostadores, para que ellos pudieran reclamar el perjuicio equivalente al provecho ilícito del falso ganador. La sentencia reconoce que en la estafa ocurre con alguna frecuencia que uno es el sujeto del fraude y otro la víctima del perjuicio. Ya hemos visto, como efectivamente, en la reunión de carreras número 17, celebrada en el Hipódromo de Techo en el mes de abril de 1964, víctimas del fraude fueron los jueces de la competencia, y víctimas del perjuicio la totalidad de apostadores que con sus apuestas contribuyeron a formar la "bolsa del juego", de la cual se extrajeron los fondos para cubrir los premios del fraudulento ganador del único "seis con marcador" y de los que acertaron inocentemente en el juego de los tramposos y sustituyeron a los ganadores que hubiera señalado un azar honesto, no inducido confabuladamente.

i) Por último y para finalizar, coincidimos con nuestros colegas de mayoría en la afirmación de que la "bolsa del juego" se forma, para los efectos del premio especial del marcador, cuando hay acumulado, con el concurso de apostadores de reuniones de carreras anteriores, que si no participan en la fecha del acierto, sellando el respectivo formulario, no tienen derecho a reclamar, pues abandonaron la apuesta a sabiendas, con pleno conocimiento de las reglas del juego. Esto es así cuando el acierto se da, como se dijo, en una competencia honesta. No hay en este caso perjuicio para los apostadores ausentes de la prueba. Pero otro es el evento cuando el resultado ha sido determinado fraudulentamente. En esta ocurrencia, los no participantes de la prueba, tenían derecho a intervenir como apostadores en la próxima competencia que pusiera en juego el premio especial del "marcador" y, lógicamente, sus expectativas de ganar un premio creciente, acumulado, se ven disminuídas en la misma proporción en que el falso ganador de la carrera fraudulenta menguó ilícitamente, sin derecho, la "bolsa del juego". Su perjuicio es igual, entonces, al monto de sus respectivas apuestas, en tanto que con ellas hubiesen contribuído al "enriquecimiento sin causa" del falso ganador.

Así las cosas, no es discutible que por medio de un artificio e induciendo en error a los jueces de la carrera, el falso ganador del premio especial denominado "seis con marcador" y sus cómplices, obtuvieron para sí un provecho ilícito, con perjuicio de otro.

El perjuicio de otro existe, no importa que por su multiplicidad no pueda ser determinado, en forma inmediata sino en su conjunto, en su totalidad todavía no individualizada, mientras el futuro real, absolutamente cierto, permite que el azar, en próxima competencia, señale al ganador honesto del "marcador", víctima concreta del perjuicio evidente sufrido por los apostadores, en su

conjunto, en la reunión de carreras número 17, cuando el burlador de la competencia se llevó los fondos, que, acumulados nuevamente, debieran entregársele.

En nuestro concepto, si se parte de la hipótesis sustentada por el Tribunal Superior de Bogotá, en la providencia de segunda instancia, no discutida por el recurrente y compartida por la Sala, el delito de estafa se configuró plenamente, pues el **perjuicio de otro,** exigido por el Art. 408 de nuestro estatuto penal, para que se tipifique el delito de estafa, no se requiere un sujeto pasivo concreto y actualmente determinado. Basta, como en el caso de autos, que sea conocido en su pluralidad, y determinable por el azar, en una competencia honesta. Pues sobra decir que el perjudicado singular con el provecho ilícito obtenido por el falso ganador, no puede ser otro que el ganador auténtico. Pero el perjuicio de otro, en forma innominada, mientras ocurre el evento previsto líneas arriba, lo reciben, como sujetos pasivos, la totalidad de los apostadores.

Por lo demás el engaño que indujo en error a los jueces de la competencia y los determinó a reconocer a favor del falso ganador el premio especial del "seis con marcador", fue provocado dolosamente por los confabulados, como lo reconocen el recurrente y la mayoría de la Sala, antes de la última prueba indispensable para determinar el ganador o ganadores de los premios pendientes. Es decir que el dolo antecedió a la maniobra y ésta a la entrega de los premios, con provecho ilícito de Luis Eduardo Baena y sus cómplices y perjuicio cierto de los apostadores de buena fe, propietarios de la "bolsa del juego". Allí donde se da un provecho ilícito existe el perjuicio correlativo de otro, no importa si ese "otro" se integra por el conjunto de unos apostadores anónimos. Redactó, José María Velasco Guerrero.

Son las razones de nuestro salvamento de voto.

Bogotá, fecha ut supra.

Simón Montero Torres, Rafael Latorre Fonseca, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CASACION. — CAUSAL 1ª.

Para que prospere el recurso de casación, sustentado en base al inciso segundo numeral primero del artículo 580 del C. de P. P. es necesario, no solo alegar que hubo apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, sino, además debe demostrarse que se incurrió en error de hecho o de derecho y que este es de carácter manifiesto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, noviembre tres de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

(Aprobado: Acta número 43 de noviembre 8 de 1971).

Vistos

Contra la sentencia de 13 de noviembre del año en curso, pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá y por medio de la cual, revocó la del Juzgado Diez y Nueve Penal del Circuito, absolvió a Bernardo Sandoval y a Ligia Sánchez por el delito de violencia carnal y condenó a la segunda a la pena de dos meses de arresto por el delito de lesiones personales en Hermelinda Valero, interpuso oportunamente el Fiscal Cuarto del Tribunal, recurso extraordinario de casación, que le fue concedido y que sustentó por medio de demanda declarada formalmente ajustada a los preceptos legales. De ella se dio traslado a la Procuraduría para los fines del artículo 571 del C. de P. Penal habiéndolo descorrido el Procurador Primero Delegado en lo Penal con la manifestación de que no ampliaba dicha demanda por no estar de acuerdo con ella sino con los razonamientos expuestos por el fallador de instancia.

Hechos y actuación procesal

De los primeros aparecen en los autos dos versiones, que se resumen a continuación, sustentada una por la denunciante y ofendida Hermelinda Valero y la otra por los sindicados Bernardo Sandoval y Ligia Sánchez.

De acuerdo con la Valero, quien dice trabajaba en el grill "Bachué" de esta ciudad como mesera, en la noche del nueve al diez de junio de 1969 estuvo en dicho establecimiento hasta las cinco, más o menos, de la mañana, hora en que se disponía a salir cuando el dueño del mismo Bernardo Sandoval, le dijo que se esperara y procedió a cerrar la puerta y luego él y su amante Ligia Sánchez la cogieron violentamente, la golpearon, le rasgaron los vestidos hasta dejarla desnuda y Sandoval, con la ayuda de la Sánchez, procedió a accederla carnalmente por dos ocasiones, desflorándola, y obligándola, entre tanto, a que introdujera los dedos en los órganos genitales de la Sánchez en tanto que esta hacía lo mismo con ella. Termina diciendo que salió de allí como a las doce del día 10 para dirigirse a su casa en donde tuvo que acostarse a causa de los golpes y demás lesiones que le propinaron las dos personas mencionadas, levantándose solo para poner la denuncia.

Según la otra versión, suministrada en principio por Ligia Sánchez, contradicha por Sandoval y finalmente aceptada por és-

te, Hermelinda Valero se prestó voluntariamente al acto carnal, previo convenio de pagarle quinientos pesos como precio de su virginidad. Cuando ya consumaron el coito y estaban tratando sobre el pago, Ligia Sánchez quien se había quedado dormida, despertó y oyó cuando la Valero le reclamaba a Sánchez la suma en cuestión y preguntó la razón por la cual debía éste entregarle a aquella tal dinero, contestándole Hermelinda que era lo que habían convenido, al oir lo cual, llena de furia la Sánchez se abalanzó contra la Valero golpeándola, arañándola y rasgándole las ropas.

Es bueno advertir que estas versiones no fueron suministradas desde la primera intervención de las personas mencionadas y mantenidas a través de todas sus declaraciones sino que discrepancias entre una declaración y otra.

Así, Hermelinda Valero en su instructiva manifiesta en careo con Ligia Sánchez que entre ésta y Sandoval le ofrecieron un cheque de quinientos pesos, cosa de que no habló en su instructiva. Agrega que luego de golpearla, le hicieron tomar, por la fuerza, un trago de brandy, que nuevamente la volvieron a golpear, después de eso Ligia puso el radio obligándola a bailar con ella y tanto la procesada como Sandoval trataban de forzarla a introducir su mano en las partes genitales de Ligia, afirmaciones que tampoco aparecen en la instructiva. Asimismo agrega en el careo mencionado que antes de derribarla entre los dos sindicados para que Sandoval tuviera acceso carnal con ella, aquellos, esto es, Sandoval y su amante, practicaron el acto carnal de pie y luego el procesado la accedió carnalmente, después de lo cual ella se fue a bañar y él se puso a observarla, volviendo luego a forzarla carnalmente. En su instructiva si bien habla de que Sandoval la accedió dos veces, presenta ambos hechos como un acto continuo.

En ambas versiones habla de que, en determinado momento Ligia y ella se desnudaron y se pusieron a bailar, pero mientras en la primera dice que la procesada puso discos, en la segunda afirma que bailaron mientras sonaba la radio.

Igualmente se encuentran discrepancias en las versiones de los sindicados a más de la ya señalada de que mientras Ligia Sánchez daba la que se deja transcrita, Sandoval negó en un principio, haber tenido acceso carnal con la Valero, hecho que solo reconoció más tarde, en una ampliación de indagatoria. Así se tiene que mientras en un principio, reconocido ya por el sindicado que sí había accedido carnalmente a la ofendida, aquel manifestó que se había ensuciado, y que la mujer le dijo que se limpiara para que Ligia no se diera cuenta de que estaba untado de sangre, luego de lo cual, en la misma diligencia, manifiesta que ninguno de los dos se ensució pues ambos estaban desnudos.

Al interrogársele en la diligencia que se acaba de mencionar por qué había variado su primera versión, en la que sostenía no haber tenido relaciones carnales con la Valero, aceptando después ese hecho en la ampliación de indagatoria, contestó que lo había negado en un principio porque unos presos se lo habían aconsejado.

También obra en los autos la declaración de María del Carmen Martínez, que trabajaba con Hermelinda en el mismo Grill "Bachué" y quien dice que Ligia Sánchez le preguntó, la noche de los hechos, si Hermelinda Valero estaría virgen agregando que tenía curiosidad por saberlo y que para averiguarlo era capaz de mandar al marido. Agrega que esa misma noche Bernardo Sandoval le dijo que él quería estar con la Valero pero que ella no quería y fue a contarle esto a la Sánchez.

Obra en los autos un examen médico legal de la ofendida en el cual se dice:

"**Hermelinda Valero Gutiérrez.** Examinada hoy presenta el himen desgarrado, hacia el meridiano de las seis (6) con colgajos tumefactos, lo que indica que ha sido desflorada y que la desfloración es reciente. Como signos de violencia presenta extensa equimosis y algunas erosiones superficiales sobre el seno derecho: extensas equimosis sobre el seno izquierdo, equimosis sobre la región malar derecha, pequeñas equimosis

en la región de la nuca, erosión circular sobre la parte inferior de la rodilla derecha, equimosis en la pierna izquierda en su tercios medio y superior, equimosis en la región sacro-coccigea. Lesiones ocasionadas por contusión. Con buen tratamiento y sin complicaciones le ocasiona una incapacidad de quince (15) días desde la fecha de las lesiones. No presenta signos de embarazo. Por su aspecto, actitud y demás signos somáticos revela aproximadamente veinte (20) años de edad".

Por auto de 20 de febrero del año pasado, el Juzgado Diecinueve Penal del Circuito de Bogotá, llamó a Bernardo Sandoval y a Ligia Sánchez a responder en juicio por los delitos de violencia carnal y lesiones cometidos en coautoría en la persona de Hermelinda Valero Gutiérrez.

Luego, por sentencia de 21 de mayo del mismo año, los condenó a la pena de treinta y un meses de prisión como responsables por los delitos mencionados.

En esta última providencia menciona como fundamentos de la condena, en primer término, la declaración de Carmen Martínez, que prueba según el Juzgado la apetencia previa demostrada por Bernardo Sandoval. En segundo lugar, cita el hecho de que los procesados hubieran entretenido en el bar a la ofendida mientras su compañera salía a buscar un taxi, después de lo cual procedieron a cerrar el establecimiento, lo que, a decir del Juez, establece que la ofendida se le impidió la salida del "grill" con el propósito de violarla. Luego enumera el hecho de que Ligia Sánchez arremetiera contra Hermelinda, le impidiera la salida por encima de la puerta, la golpeara y la amenazara con pegarle un tiro.

Estima, además, que la versión de la ofendida no fue infirmada de manera alguna y que, por el contrario, se encuentra demostrada con el dictamen médico y con los antecedentes que se dejan citados.

Por su parte, el Tribunal, en la providencia que se revisa dice que de las lesiones que en el dictamen médico se reseñaron como encontradas a la ofendida, deben descartarse algunas como indicativas de violencia carnal porque no demuestran, de modo inequívoco, que esta hubiera tenido lugar. Y que solo podrían ser indicios de ella, las sufridas en la pierna izquierda, siempre que los médicos legistas hubieran dicho que estaba localizada en la parte interna de esa extremidad porque eso indicaría que se trató de abrirle las piernas a la ofendida para obtener el acceso carnal, pero que, desafortunadamente los forenses omitieron señalar la ubicación de esas lesiones.

Desecha, asimismo, las versiones de la ofendida como prueba de la violencia por cuanto esta no dice que le abrieran las piernas por la fuerza. Señala que ésta en un principio dice que los maltratamientos en los senos fueron anteriores al acceso carnal y luego, en otra intervención, afirma que ocurrieron después. Y si bien no niega el a-quo que los golpes en otras partes del cuerpo puedan servir para vencer la resistencia de la víctima y permitir que sea violada, faltan en el caso de autos otros medios de prueba que permitan sacar esa conclusión ya que de las exposiciones de la denunciante, no se desprende tal cosa, ni es posible, dadas las contradicciones en que incurrió, tenerla como expresión de la verdad ni darle el valor de plena prueba.

Por lo que hace a las lesiones personales, en sí, acepta la versión suministrada por Ligia Sánchez, agregando que no sería verosímil que una mujer, que vive con un hombre del cual depende sexual, espiritual y hasta económicamente, facilitara el acceso carnal de éste con otra mujer que pudiera arrebatárselo en forma permanente. Y que esta apreciación no se desvirtúa por el dicho de Carmen Martínez sobre la curiosidad que Ligia Sánchez manifestara en cuanto a si Hermelinda se encontraba virgen, porque esta testigo, en concepto del Tribunal, es mentirosa ya que falta a la verdad sobre la hora de su salida del "grill" pues habiendo abandonado este establecimiento a las tres de la mañana el día de autos, según el dicho de la misma ofendida, de Sandoval y de la Sánchez, la Martínez dice que solo salió a las seis de la mañana.

En síntesis, con base en la confesión de la Sánchez, la considera responsable por el delito de lesiones personales, pero estima no demostrado el de violencia carnal, por lo cual absuelve de responsabilidad, en cuanto a este ilícito a ambos sindicados.

Demanda de casación

En dicha demanda el recurrente solo hace un cargo a la sentencia, acusándola, al amparo de la causal 1ª, de violación de la ley por interpretación errónea de las pruebas ya que, según el demandante entre dos acervos probatorios contradictorios, el Tribunal escogió el tachable y desechó aquel que no tenía tacha.

En el escrito con que sustenta el recurso, el recurrente reitera los argumentos que presentara ante el Tribunal cuando pidió que se confirmara la sentencia de primera instancia.

Dice, en efecto, que erró el ad-quem al negarle a los hechos el valor probatorio que tenían para demostrar la existencia de los delitos de violencia carnal y de lesiones personales y que los interpretó también erróneamente al estimar que la imputación de responsabilidad de los dos procesados por esos mismos delitos no estaba demostrada, equivocación notoria que condujo al Tribunal a absolverlos cuando merecían ser condenados.

Hace en seguida una transcripción literal de las principales pruebas que obran en el expediente, como la denuncia de Hermelinda Valero, la ampliación de la misma, el reconocimiento médico-legal, la declaración de María del Carmen Martínez, el careo entre esta declarante y Ligia Sánchez, la indagatoria de esta última, el careo entre ella y la Valero, la indagatoria de Bernardo Sandoval, el careo entre este y la Valero y la ampliación de indagatoria del mismo, para concluir que de las exposiciones de ésta aparece en forma nítida e incontrovertible que Sandoval accedió carnalmente a ella sin su consentimiento, contando con la colaboración eficaz de su amante Ligia Sánchez y empleando la violencia cuyas huellas quedaron en el cuerpo de la ofendida.

Ataca en seguida, las argumentaciones del Tribunal para lo cual se vale de las expuestas por el Juez de primera instancia, que hace suyas, agregando otros razonamientos para concluir que el dicho de la denunciante, el dictamen médico legal, el indicio consistente en que no dejaron que la Valero abandonara el "grill" y las mentiras de los procesados, constituyen prueba plena o completa de la responsabilidad de estos.

En consecuencia solicita que se revoque la sentencia recurrida y en su lugar se condene a Bernardo Sandoval y a Ligia Sánchez como responsables, en calidad de coautores, de los delitos de violencia carnal y lesiones personales cometidos en concurso material.

Consideraciones de la Corte

La causal de casación alegada por el recurrente, o sea la que contempla el inciso segundo del numeral primero del artículo 580, dice que "Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en error de derecho o error de hecho que aparezca manifiesto en los autos".

Es decir, que para que se case una sentencia con base en esta causal es necesario, no solo alegar que hubo apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, sino, además y por sobre todo, que se demuestre que se incurrió en error de hecho o de derecho y que este era de carácter manifiesto.

De manera que si se alega pero no se demuestra el error, o si se demuestra pero no se establece que este sea de carácter manifiesto, no se puede casar la sentencia.

Ahora bien, manifiesto, según la Academia es lo "descubierto, patente, claro" de manera que un error de esta naturaleza es

aquel que aparezca demostrado sin mayor esfuerzo, o en otras palabras, aquel cuya percepción no requiera complicados razonamientos.

No es eso lo que ocurre en el caso de autos.

En efecto, al recurrente le han sido necesarias prolijos análisis probatorios, meticulosas comparaciones entre unas pruebas y otras para hacer la afirmación de que, en su concepto, unas son dignas de crédito y otras no.

En el proceso aparecen dos versiones, como ya se advirtió, la de los sindicados, y la de la ofendida.

Los hechos no tuvieron más testigos que aquellos y ésta. Las demás pruebas provienen de personas que no presenciaron los hechos, como la testigo María del Carmen Martínez, o de peritos, como los médicos legistas.

Ahora bien, los declarantes aparecen actuando al mismo tiempo como protagonistas del caso sub-judice. Así que en materia de sinceridad e interés están en el mismo plano. No se puede afirmar que unos sean más desinteresados o sinceros que otros.

De otra parte la prueba pericial tanto puede apoyar el dicho de estos como el de aquellos.

Y tampoco se puede decir que los unos se contradijeron en sus versiones y los otros no y que por lo tanto aquellos sean más dignos de crédito que estos, porque ya se vio que todos incurrieron en contradicciones.

Finalmente los sindicados niegan haber ejecutado una violencia carnal, pero uno de ellos, Ligia Sánchez, confiesa haber lesionado a la Valero.

Ante las ya señaladas características de la situación probatoria, el Tribunal se limitó a aceptar esa confesión. Y no puede decirse que incurriera en error manifiesto al adoptar esta actitud.

El demandante no ha podido demostrar lo contrario, ya que, en el fondo, su demanda se reduce a tratar de hacer valer sus opiniones sobre la prueba y a sustituir, con sus razonamientos, los consignados en la sentencia pero sin que sus argumentaciones alcancen a demostrar, la equivocación del ad-quem y lo notorio y protuberante de ella.

El cargo, por lo tanto, debe rechazarse.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Cuarto del Tribunal Superior de Bogotá contra la sentencia de 13 de noviembre del año en curso por la cual se absuelve a Bernardo Sandoval y a Ligia Sánchez por el delito de violencia carnal en Hermelinda Valero y se condena a la segunda por lesiones personales en ésta.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL

Cuando los jueces de hecho contestan al cuestionario que contiene los elementos estructurales del homicidio voluntario diciendo: "Sí es responsable sin que podamos establecer el propósito de matar", debe darse aplicación al principio universal del "in dubio pro reo" y sancionar al procesado como responsable de homicidio preterintencional. — Pena imponible al autor de un homicidio preterintencional. — Los motivos de agravación del homicidio de propósito y las lesiones personales intencionales pueden presentarse con idéntica razón en el homicidio preterintencional. — Cuando se han reconocido en el auto de proceder y en los fallos de primera y segunda instancia circunstancias de menor peligrosidad, ellas deben tener incidencia en la dosificación de la pena. — Su omisión implica violación directa al Art. 38 del estatuto represor por falta de aplicación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, tres de noviembre de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez).

(Aprobado: Acta número 43).

Vistos

El Juzgado Segundo Superior de Neiva, por sentencia de 23 de octubre de 1970, condenó a Nonato o Ramón o Chepe Cardoso Villa a la pena principal de diez años de presidio, a la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por igual tiempo, a la pérdida de la patria potestad y al pago en abstracto de los perjuicios civiles causados por la infracción, "como responsable del delito de homicidio en su modalidad de preterintencional, cometido en la persona de Abel Acevedo González".

El procesado y su defensor apelaron del fallo, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva lo confirmó en todas sus partes en el suyo de 18 de febrero del corriente año.

Contra la sentencia de segunda instancia interpusieron las mismas partes el recurso de casación, el que fue concedido por el referido Tribunal y admitido por esta Sala de la Corte mediante auto de 27 de abril último.

La impugnación extraordinaria fue sustentada por apoderado especial designado al efecto, en demanda que se declaró ceñida en su forma a las condiciones legales por proveído de 2 de junio postrero y de la cual se corrió traslado al Ministerio Público como parte no recurrente.

Habiéndose agotado el trámite propio del recurso ameritado, procede la Corte a decidirlo.

Hechos y actuación procesal

Aproximadamente a las 7 de la noche del 24 de marzo de 1968, después de ingerir licores con otras personas por espacio de varias horas en la casa de Laureano Miranda, situada en el punto denominado "El Callejón", jurisdicción del Municipio de Colombia (Huila), el sindicado Nonato Cardoso

Villa, sin móvil aparente, le causó la muerte mediante una puñalada en el hemitórax izquierdo al señor Abel Acevedo González, en momentos en que se dirigían, junto con otras personas con las que habían departido momentos antes, al sitio de diversión conocido como "El Banquito", en la carretera que de la población de Colombia conduce a Baraya.

La investigación del caso fue iniciada el día siguiente por la Alcaldía del lugar, y una vez perfeccionada se calificó por el Juzgado Segundo Superior de Neiva con auto de proceder contra Cardoso Villa, proferido el 19 de octubre de 1968, en el que se le formuló al imputado el cargo de homicidio, precisado en los considerandos como asesinato por la concurrencia en la ejecución del hecho de la causal 5ª del Art. 363 del C. P., pues estimó el juez del conocimiento que el inculpado había colocado a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad "con insidia y alevosía".

El enjuiciamiento fue confirmado sin modificaciones en providencia de 30 de enero de 1969 del Tribunal Superior de Neiva, al conocer de él por vía de apelación.

Impulsado el juicio se celebró la audiencia pública, la que se inició el 6 de marzo de 1970. En ella el Fiscal solicitó al jurado que afirmara sin reservas la responsabilidad del acusado por el delito a él acriminado. Y el defensor finalizó su intervención demandando, tras larga exposición sobre las pruebas, que al cuestionario se respondiera: "no es responsable", o "no es responsable por falta de pruebas".

Concluídas las alegaciones deliberó el jurado y por unanimidad emitió al pie del cuestionario respectivo, que se elaboró con sujeción al pliego de cargos, el siguiente cuestionario: "Sí es responsable sin que podamos establecer el propósito de matar" (Fl. 84).

Consta en el acta de la audiencia que el defensor, al conocer aquella respuesta, pidió a los jurados "que aclararan lo referente a si el encausado tuvo o no intención de matar", a lo cual contestaron aquellos "que ellos estaban en su conciencia convencidos de que Nonato o Chepe Cardoso era el responsable de la muerte de Abel Acevedo González, al causarle la herida conocida pero que no podían establecer de las pruebas que les habían mostrado si éste tendría o no la intención de matar ya que muchas veces únicamente se tiene la intención de herir siendo por ello muy difícil decir si tuvo o no la intención de matar" (Fls. 95 y 96 del C. Nº 7).

El juez de la instancia interpretó el veredicto como condenatorio por homicidio preterintencional y condenó al procesado a las penas de que se hizo mención, fundándose en las siguientes consideraciones:

"Como el reato de homicidio preterintencional, según el Art. 365 en su penalidad se remite a la señalada para el delito de homicidio común (Art. 362), entonces, la pena mínima de ocho años de presidio que allí se contempla será la base para efectuar la disminución ordenada en la primera disposición y luego hacer los aumentos de rigor que legalmente deben hacerse de conformidad con los Arts. 36 y 37 del C. Penal. Por tanto, en primer lugar, dicha pena habrá de disminuírse en una tercera parte, o sea, a sesenta y cuatro meses de presidio, y en segundo término, habrá de aumentarse a 10 años de presidio, precisamente por la gravedad, la modalidad especial que revistió el hecho delictivo y las circunstancias de mayor peligrosidad que concurrieron en su realización, como fueron el haber obrado por motivos innobles, el tiempo, el lugar y el modo de ejecución escogidos que dificultaron la defensa del ofendido, el abusar de las condiciones de inferioridad personal de éste y el de ejecutar el hecho con insidias o artificios, circunstancias éstas que son índices reveladores de una insensibilidad moral en el momento de perpetrarlo y por tanto de una mayor peligrosidad".

El Tribunal ad-quem, al conocer por apelación de la sentencia, la acogió íntegramente y la confirmó en la que ahora es objeto del recurso de casación.

La demanda

Con invocación, en su orden, de las causales 2ª y 1ª del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, vigente entonces, se acusa la sentencia de última instancia, así:

Basándose en la causal 2ª solicita el demandante que se case el fallo impugnado y se dicte por la Corte el que deba reemplazarlo, el que en sentir de aquel ha de ser absolutorio o a lo sumo condenatorio por homicidio culposo, pues la sentencia recurrida está en desacuerdo con el veredicto del jurado, en el que se negó el propósito de matar y no se afirmó el de lesionar, por lo cual "no podía el honorable Tribunal acomodarle la intención que integra el homicidio preterintencional de que habla el Art. 365 del C. P." Dice el actor que el jurado no reconoció el elemento subjetivo propio del homicidio voluntario, ni tampoco el exigido para la tipicidad del homicidio ultraintencional por lo cual han debido los juzgadores absolver al acusado o condenarlo a título de culpa, ya que el jurado negó toda intención dañina en la acción del sindicado pero pudo "llegar a la convicción moral de que el acto de Nonato Cardoso al golpear con el arma a Abel Acevedo no era intencional, ni aun con el propósito de matar ni tampoco de lesionar, sino un acto culposo, por cuanto el arma cortopunzante se hundió en el pecho de Abel Acevedo por simple imprudencia de Nonato Cardoso, sin mediar los perjudiciales efectos".

Con fundamento en la causal 1ª se objeta la sentencia del Tribunal Superior de Neiva de ser violatoria, en forma directa, de la ley penal sustancial, por motivos que pueden resumirse del modo siguiente, haciendo un esfuerzo de interpretación de la confusa y no muy técnica argumentación del apoderado:

1. Se aplicó al procesado Cardoso Villa una pena de diez años de presidio, rebasando los límites fijados en el artículo 365 del Código Penal, en concordancia con el 362 de la misma obra.

2. Se infringieron los artículos 36 y 37 del C. P., por aplicación indebida, pues si el jurado negó el propósito de matar en la conducta del acusado desapareció igualmente la caual de agravación prevista en el numeral 5º del artículo 363, y el sentenciador no podía apreciar la misma circunstancia, que fue tenida en el proceso como "elemento constitutivo del homicidio agravado", como de mayor peligrosidad.

3. Las circunstancias de mayor peligrosidad tenidas en cuenta por los juzgadores de las instancias, para determinar la pena imponible al procesado, no están probadas en los autos, "por cuanto ningún testigo declaró sobre tales circunstancias", y por ello se conculcaron los artículos 36 y 37 citados, que no son aplicables al presente caso.

4. Finalmente, hubo infracción directa, por falta de aplicación del artículo 38 del C. P., porque "no se reconocieron a favor de Nonato Cardoso las siguientes circunstancias de menor peligrosidad:

"a) La embriaguez voluntaria, de lo cual existe en los autos abundante prueba;

"b) El haberse presentado voluntariamente a la Policía;

"c) No registrar antecedentes penales (Fls. 43 v. del cuaderno Nº 1);

"d) Fue una sola la herida, de frente, la que recibió la víctima dentro de las circunstancias desconocidas en autos".

Termina el demandante el desarrollo de la causal que viene de puntualizarse, diciendo:

"En consecuencia, como no existen circunstancias de mayor peligrosidad **sino únicamente circunstancias de menor peligrosidad**, entonces la pena que debe purgar Nonato Cardoso es la de **cuarenta y ocho (48) meses de presidio**, y no diez (10) años o sean ciento veinte (120) meses de presidio que se le impuso en el fallo acusado".

Respuesta de la Procuraduría

Con ocasión del traslado que se le dio del libelo de demanda, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, después de describir los hechos y la actuación judicial cumplida, precisa los cargos aducidos contra la sentencia y los contesta expresando que deben ser desechados por carecer de demostración. Conceptúa que el veredicto recaído en la causa fue correctamente interpretado por los falladores de las instancias, cuando lo apreciaron como condenatorio del acusado Cardoso por homicidio preterintencional; que es inaceptable la alegación de que por haber negado el jurado el propósito de matar negó también las circunstancias de agravación del hecho contenidas en el cuestionario; que "no puede existir aplicación indebida del artículo 36 del Código Penal porque se trata de una norma imperativa para el juzgador y de carácter general que se desarrolla en concreto en las disposiciones siguientes; que "en cuanto a la infracción del artículo 37 del estatuto penal sustantivo baste decir que el concepto de la violación se apoya en consideraciones relativas a la prueba que no se tuvo en cuenta en las instancias para reconocer las circunstancias agravantes y por consiguiente, conforme a la técnica de casación, el cargo está mal formulado pues no se refiere a la violación directa de la ley penal sustantiva sino a la violación indirecta"; y, por último, que la misma crítica vale sobre "la acusación por infracción directa del artículo 38 del Código Penal por falta de aplicación, ya que el concepto de la violación pretende apoyarse en motivos propios de la vía indirecta".

Concluye su vista el colaborador fiscal solicitando de la Corte "no casar la sentencia del Tribunal Superior de Neiva que condenó a Nonato Cardoso Villa por homicidio en Abel Acevedo".

Consideraciones

I. Es para la Corte incuestionable que los juzgadores de las instancias interpretaron acertadamente el veredicto recaído en el juicio, al estimarlo como condenatorio del acusado Cardoso Villa por homicidio preterintencional, descrito en el Art. 365 del C. P., cometido en la persona de Abel Acevedo, pues no es exacta la aseveración del apoderado demandante de que el jurado negó en su veredicto no solo el propósito de matar sino también el de perpetrar una lesión personal, en la acción atribuída al procesado, como que lo que los jueces de conciencia plantearon fue una duda acerca de si el acusado había obrado con intención de matar o simplemente de herir, al consumar el hecho por el cual declararon responsable. Y aplicando el universal y equitativo principio "in dubio pro reo", que opera no solo en la estimación de las pruebas sino también en la fijación de los alcances de una ley oscura y en la precisión de toda situación que ofrezca alternativas con respecto al imputado, el recto entendimiento de la respuesta que en el presente caso dio el jurado al cuestionario debatido en la audiencia no podía ser distinto del que se le dio por el Juzgado Segundo Superior de Neiva y por el Tribunal de ese Distrito.

En consecuencia, el cargo presentado por el actor en el marco de la causal 2ª de casación, contra la sentencia de segundo grado, carece de fundamento y será desechado, ya que aquélla guarda consonancia con el veredicto.

II. La pena imponible al autor de un homicidio preterintencional, infracción por la cual fue condenado, como queda dicho, Nonato Cardoso Villa, es de presidio de cuatro a nueve años y cuatro meses, de conformidad con lo prescrito en el Art. 365 del C. P., que dice:

"El que con el propósito de perpetrar una lesión personal ocasione la muerte de otro, incurre en la sanción establecida en el artículo 362, disminuída de una tercera parte a la mitad".

Si la sanción mínima prevista en el Art. 362 es de ocho años de presidio, y la máxima reducción que autoriza el Art. 365 es de la mitad, es obvio que la pena mínima para el homicidio preterintencional es de cuatro años de presidio. Y si la sanción máxima contemplada en el Art. 362 es de catorce

años, y la mínima reducción que sobre ella se faculta en el Art. 365 es de la tercera parte, equivalente a cuatro años y ocho meses, el máximo de pena imponible al agente del homicidio ultraintencional es necesariamente de cuatro años y cuatro meses de presidio.

Por lo tanto, como al acusado Nonato Cardoso Villa se le aplicó una pena principal de diez años de presidio, resulta palmar el exceso de los juzgadores en la imposición de la sanción, explicable por errónea interpretación del Art. 365 al que se dio en lo tocante a la penalidad un alcance que no tiene, con lo cual se violó la ley penal sustancial, concretamente la norma citada, como también el Art. 36, que manda aplicar la sanción al delincuente "dentro de los límites señalados por la ley".

Por consiguiente, pese a las deficiencias del escrito de demanda en la presentación del cargo atinente a la pena impuesta al incriminado Cardoso, la Corte encuentra procedente la primera de las tachas formuladas en el ámbito de la causal 1ª de casación, y hará en consecuencia la declaración correspondiente para corregir el yerro y restaurar el derecho violado.

III. El hecho de que el jurado niegue el propósito de matar, respecto de un cuestionario que contenga circunstancias calificantes de agravación de las señaladas en el Art. 363 del C. P., como sucedió en el asunto subjudice, no implica, como equivocadamente opina el demandante, que se desconozca la existencia de las mismas, y si es verdad que para la aplicación de la sanción correspondiente al homicidio preterintencional no puede tomar el juez como base la establecida para el asesinato, porque el Art. 365 remite únicamente a la sanción prevista en el Art. 362 omitiendo inexplicablemente remitir también al Art. 363, ya que los motivos que agravan el homicidio de propósito y las lesiones personales intencionales pueden presentarse con idéntica razón en el homicidio preterintencional, que ocupa lugar intermedio entre aquellas dos infracciones, también es cierto que cuando tales circunstancias se presentan en ese tipo degradado de homicidio el juez debe considerarlas para medir la gravedad del hecho y la peligrosidad del agente, observando lo dispuesto en el Art. 36, para adecuar la sanción al culpable, como se hizo en el caso a examen.

Consiguientemente, la segunda glosa hecha por el actor a la sentencia, por haberse tenido en cuenta en ella como motivo de gravedad del delito y de peligrosidad del agente la indefensión en que colocó a la víctima por la insidia o alevosía del ataque, carece de fundamento jurídico.

IV. El cargo de violación del Art. 37 del C. P., en razón de que ninguna de las circunstancias de mayor peligrosidad deducidas en el fallo impugnado contra el procesado Cardoso fue demostrada, adolece de falta de técnica, está mal formulado y no puede ser materia de estudio en el fondo, pues el apoderado demandante lo presenta como una violación directa de la ley, postulación que por su enunciado supone la aceptación de los fundamentos fácticos de la sentencia, y lo desplaza a renglón seguido a la violación indirecta, modalidad ésta que presupone el desacuerdo con los hechos que el sentenciador declaró probados y la demostración del error notorio en que éste incurrió en la estimación de las pruebas.

V. En lo que concierne a la infracción directa de la ley sustantiva por falta de aplicación del artículo 38 del C. P., acusación que el actor apoya en que no se reconocieron a favor del procesado varias circunstancias de menor peligrosidad de las establecidas en aquella norma, a pesar de estar probadas en autos, la Sala observa:

a) Es acogible la censura, por la vía elegida por el demandante, en cuanto dice relación a la inobservancia en la sentencia del artículo 38 (causal 5ª), pues no solamente está demostrado en el expediente que el incriminado Cardoso Villa se hallaba en estado de embriaguez cuando ejecutó el hecho por el cual fue responsabilizado, sino que esa

circunstancia fue aceptada expresamente en el auto de proceder y en los fallos de primera y segunda instancias, sin que se hubiera insinuado siquiera que la embriaguez fue preordenada al delito. Por ello ha debido el Tribunal sentenciador tomar en cuenta ese motivo de menor peligrosidad, al dosificar la pena, y al omitirlo violó de modo directo, por falta de aplicación, el artículo 38 del estatuto represor, en relación con el 36 ibídem.

En ese punto asiste razón al recurrente.

b) Con respecto a las demás circunstancias de menor peligrosidad a que alude la demanda, como de ellas no se hace mención alguna en la sentencia, el actor ha debido formular el cargo contra aquélla, no por violación directa del artículo 38, sino por violación indirecta del mismo, demostrando a la Corte, en la forma exigida por el inciso 2º del ordinal 1º del artículo 580 del C. de P. P., que el ad-quem apreció erradamente o dejó de apreciar determinadas pruebas e incurrió en error manifiesto, con la consiguiente infracción de la norma legal sustancial. Como no lo hizo así el demandante, el reparo a la sentencia resulta inadmisible.

VI. De las consideraciones que preceden se concluye:

1. No es procedente en este caso la causal 2ª de casación, por no existir desacuerdo entre la sentencia acusada y el veredicto del jurado.

2. Procede la causal 1ª de casación. por haberse violado de modo directo en la sentencia la ley penal sustancial, violación consistente en interpretación errónea del artículo 365 del C. P., en lo referente a la sanción aplicable a la figura de homicidio allí definida, y también por haberse infringido en igual forma el artículo 38 ibídem, porque no se tuvo en cuenta por el juzgador la circunstancia de menor peligrosidad del ordinal 5º de tal disposición, a pesar de haberse reconocido la embriaguez voluntaria del procesado al momento de los hechos.

3. Los demás cargos específicos formulados por el actor con invocación de la causal 1ª de casación fueron presentados con graves e insubsanables errores de técnica, por lo cual la Sala no puede estudiar en el fondo las cuestiones que en ellos se plantean, y lógicamente no prosperan.

VII. Como la Corte acepta como justificada la causal 1ª, con los alcances y limitaciones anotados, casará el fallo recurrido y dictará el que debe reemplazarlo, observando la norma del Art. 583 del C. de P. P.

VIII. De acuerdo con el veredicto recaído en el juicio, interpretándolo en la forma más favorable al procesado, el acusado Nonato Cardoso Villa fue declarado responsable de hechos que configuran un homicidio preterintencional en la persona de Abel Acevedo, cometido con "insidia y alevosía" que colocaron a la víctima en condiciones de "indefensión o inferioridad".

La sanción establecida para ese tipo de homicidio, según el artículo 365 del C. P., es la señalada en el Art. 362 (de 8 a 14 años de presidio), 'disminuída de una tercera parte a la mitad", no obstante que en la ejecución del hecho hubieran mediado circunstancias de las indicadas en el artículo 363, pues la disposición primeramente citada omitió hacer referencia al Art. 363 para la elección de la pena básica, como se apuntó anteriormente.

La presencia de causales de agravación de las enunciadas en el artículo que reprime el asesinato en un caso de homicidio preterintencional, dan a esta infracción una gravedad mayor de la común, lo que impide al juez imponer el mínimo de cuatro años de presidio determinado para la conducta ilícita (Arts. 365 y 362) tomando en cuenta la norma del artículo 36, como lo expresó la Corte en sentencia de 9 de febrero de 1951.

Como además de la gravedad en sí del hecho, por la razón apuntada, existen y así se reconoció en la sentencia impugnada circunstancias de mayor peligrosidad de las enumeradas en el artículo 37, que acentúan la responsabilidad del agente, tales como el

haber obrado por motivos innobles o fútiles (Ord. 3º), y la insensibilidad moral revelada por el culpable por las modalidades en que cometió el delito (Ord. 6º), se individualizará la pena principal que debe sufrir el acusado Nonato Cardoso Villa, dentro de los límites mínimo y máximo correspondientes (4 años y 9 años y 14 meses de presidio), en 8 años de presidio, y se le impondrá como sanción accesoria la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por igual tiempo (Ley 16 de 1969, Art. 12), y la obligación de pagar todos los perjuicios causados por la infracción.

Fallo

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del colaborador fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de 18 de febrero de 1971 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, de la cual se ha hecho mención en la parte motiva, y en su lugar CONDENA a Nonato o Ramón o Chepe Cardoso Villa, de las condiciones civiles conocidas en autos, a la pena principal de ocho (8) años de presidio, a la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la pena principal, y al pago en abstracto de todos los perjuicios civiles causados por la infracción, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Abel Acevedo González.

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

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.,

LESIONES PERSONALES. CUESTIONARIOS

El cuestionario formulado a los jueces de hecho debe contener los elementos que constituyen la infracción y las circunstancias en que se realizó la conducta sin darle denominación jurídica. Cuando en el cuestionario se utiliza la expresión "Sin intención de matar", consagrada en los artículos 371 del C. P. y 202 del C. de Justicia Penal Militar, se está haciendo referencia a uno de los elementos del delito de lesiones personales en su modalidad dolosa ya que la especie culposa de la infracción tiene consagración específica en los artículos 370 del C. P. y 210 del C. de Justicia Penal Militar.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, tres de noviembre de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

(Aprobado: Acta Nº 43, noviembre 3 de 1971).

Vistos

Entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior Militar, de 15 de diciembre de mil novecientos setenta, por la cual le fue impuesta al Agente de la Policía Nacional, José Roberto Chía Aldana, la pena principal de treinta (30) meses de presidio, como responsable del delito de lesiones personales cometido en la persona del particular José Benigno Castro Gil.

Conoció en primera instancia el Comando del Departamento de Policía Cundinamarca, con sede en Bogotá.

Hechos y trámite del proceso

El Procurador Delegado para las Fuerzas de la Policía Nacional hace la siguiente síntesis de lo ocurrido y del desarrollo del negocio:

"Hechos

En la Inspección de Policía Valparaíso, jurisdicción del Municipio de Pulí, Departamento de Cundinamarca, el día 24 de febrero de 1969, aproximadamente a las 18:30 horas estaban comiendo en el restaurante de Inés Moreno los Agentes de la Policía Nacional Darío García Moreno, Anatolio Beltrán Castillo y José Roberto Chía Aldana. Al lugar penetró en avanzado estado de embriaguez el sujeto Gilberto Cañón Forero quien exigió la presencia del Agente Chía Aldana en la calle en donde lo esperaban también en avanzado estado de embriaguez los hermanos José Benigno y Amín Alfonso Castro Gil. Ya reunidos en la calle los mencionados particulares y el Agente, apareció el Comandante del Puesto de Policía del lugar Cabo 2º Carlos Alberto Romero Romero, a quien Cañón Forero y los hermanos Castro Gil dieron quejas relativas al comportamiento del Agente y, acto seguido, todos tres lo atacaron a puñetazos y puntapiés, hasta el punto de que los demás Agentes se vieron obligados a conducir a los hermanos Castro Gil a los calabozos, momento que fue aprovechado por Cañón Forero para emprender la huída, siendo perseguido y capturado y conducido también al calabozo por el Agente Chía Aldana, quien poco después se dirigió al lugar donde estaban los hermanos Castro Gil e introduciendo la "trompe-

tilla" del fusil por un orificio de la puerta del calabozo disparó el arma, causándole una herida a José Benigno". (Fl. 45, Cuaderno 3).

"El proceso

Inició la investigación el Juzgado 48 de Instrucción Penal Militar que durante el curso de la misma, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 394 del 18 de marzo de 1969 —que reorganizó la planta de la Justicia Castrense de la Policía Nacional—, cambió su denominación por el de Juzgado 65 de Instrucción Penal Militar. Durante la etapa instructiva fue oído José Benigno Castro Gil en declaración juramentada, al igual que los Agentes Darío García Moreno, Anatolio Beltrán Castillo y los particulares Amín Alfonso Castro Gil, Pablo Moreno Rodríguez, Abundio Castillo, Fabio Helí Páez Díaz, Luis Eduardo Moreno, Juan Bautista Rodríguez, Humberto Cañón Forero, Celidónea Arévalo de Mojoco, Inés Moreno, María Inés Triana Rodríguez y el Cabo 2º Carlos Alberto Romero Romero. En indagatoria lo fue el sindicado Chía Aldana, a quien una vez acreditada su calidad de miembro de la Institución y el estar en ejercicio de atribuciones y funciones el día de los hechos, se le dictó auto de detención el 19 de abril de 1969.

"Practicados algunos careos, el 29 de abril de 1969, por vencimiento del término de instrucción, pasó el expediente al respectivo Juez de Primera Instancia quien por auto del 11 de septiembre comisionó al mismo Investigador para perfeccionar el sumario. Devuelto el expediente, nuevamente por auto del 6 de abril de 1970 se comisionó al Juez 65 de Instrucción Penal Militar para agotar la etapa instructiva y, a su vez, éste subcomisionó al Juez Promiscuo Municipal de Pulí. Enviado el proceso al Juez de Primera Instancia, nuevamente se comisionó al 65 de Instrucción Penal Militar para la práctica de la diligencia de inspección ocular, diligencia que tuvo lugar el 23 de julio del año próximo pasado.

"Por hallarse turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional, para el juzgamiento del Agente Chía Aldana se dio aplicación a lo dispuesto en el artículo 588 del C. de J. P. M., convocando un Consejo de Guerra Verbal que comenzó a sesionar el 17 de agosto de 1970 y culminó con la lectura de la sentencia el 25 del mismo mes, que condenó al citado Chía Aldana a la pena principal de dos (2) años de presidio. Consultado el fallo, el H. Tribunal Superior Militar lo reformó en cuanto impuso treinta (30) meses de presidio". (Fls. 45 sgt., cuaderno Nº 3).

Demanda y respuesta del Ministerio Público

Invoca el demandante varias causales, así:

a) Causal cuarta

Dice que el fallo acusado fue proferido en un juicio viciado de nulidad y señala los siguientes cargos:

1º Que en el cuestionario sometido a los vocales que intervinieron en el Consejo Verbal de Guerra no se preguntó por el elemento subjetivo del delito de lesiones personales, en tal caso, la intención de causar un daño en el cuerpo o en la salud o una perturbación síquica, sin intención de matar. Y que el juez de derecho, al dar por aceptado ese elemento síquico para condenar a Chía Aldana, invadió la esfera del juez de conciencia, lo que constituye una violación de las garantías previstas en el artículo 26 de la Carta, por haberse adelantado el juzgamiento con inobservancia de las formas propias del proceso.

2º Que la "inexactitud del cuestionario en cuanto a la naturaleza del delito, al no consignar el elemento síquico del delito, no precisó si se juzgaba por un delito intencional o culposo de lesiones personales", y como ese cuestionario, en los procesos militares con intervención de jueces de conciencia es equivalente al auto de proceder, se dio una inexactitud en la calificación jurídica de los hechos, lo que constituye una pretermisión de las formas propias del juicio y, por ende, violación de las garantías señaladas en el citado artículo 26 de la Carta.

3º Que el cuestionario no acogió la circunstancia específica de atenuación de la responsabilidad, "consistente en el estado de ira e intenso dolor padecido por el sindicado y determinante de su conducta"... provocados por las injustas agresiones de que fue víctima por parte de los hermanos Castro Gil; y, por tanto, no se elaboró la pregunta que debían responder los vocales en la forma prevista en los Arts. 431 y 540 del C. de J. P. M., lo que conlleva, también, una violación de las formas de trámite señaladas en la ley y desconocimiento de las garantías señaladas en el citado artículo 26 de la Constitución Nacional.

b) Causal segunda

Expresa que la sentencia no está de acuerdo con los cargos señalados en el auto de proceder y propone los cargos siguientes:

1º Luego de anotar que en el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales el cuestionario resulta equivalente al auto de proceder, anota que "los vocales afirmaron la responsabilidad del procesado, excluyendo el propósito de matar, y el Tribunal sentenciador afirma esa misma responsabilidad, pero calificando las lesiones personales como intencionales o dolosas", no obstante que no se les interrogó sobre la intención de lesionar.

De lo anterior se desprende que ha debido absolverse al acusado, puesto que al no pronunciarse los jueces de hecho sobre el elemento subjetivo y no existiendo delito sin parte síquica (intencional o culposa), no podía imponerse pena alguna al recurrente.

2º Insiste en que, al no ser preguntado el Jurado por la intención de causar lesiones personales, el veredicto excluye la responsabilidad y, por tanto, alega un desacuerdo entre el fallo acusado y la respuesta de los jueces de hecho.

Concretamente dice el actor:

"El desacuerdo existente entre el veredicto del jurado y la sentencia recurrida consiste en que el jurado no se pronunció sobre la clase de lesiones personales causadas, pero a pesar de ello el H. Tribunal Superior Militar afirmó en la sentencia impugnada que se trataba de un delito de lesiones personales dolosas".

c) Causal primera

Asevera el actor que la sentencia impugnada es "violatoria de la ley sustancial por aplicación indebida".

"De una parte, anota que se dejó de aplicar la Ley 16 de 1969, que "consagra una rebaja de pena, la que debe reducirse en la misma sentencia", y, de otra, que le fueron impuestas al recurrente sanciones accesorias que fueron abolidas por la Ley 40 de 1968.

En cuanto a lo último, anota que se tiene "infracción directa de la ley sustancial, en razón de que el H. Tribunal Superior Militar aplicó en calidad de penas accesorias la pérdida de las prestaciones sociales, de recompensas de carácter militar o policial y demás prestaciones de igual naturaleza, dándole vida a una norma, como es el Art. 58 del C. P., que había sido derogado por la Ley 16 de 1969, texto que fue omitido en la sentencia.

El Procurador Delegado para las Fuerzas de la Policía Nacional encuentra demostrados los dos primeros cargos que hace el demandante a través de la causal cuarta de casación y pide que se case el fallo del Tribunal Superior Militar para que se reponga el procedimiento a partir, exclusive, de la providencia por la cual fue convocado el Consejo Verbal de Guerra en este negocio.

Dice que "las consideraciones anteriores lo relevan del deber de estudiar los demás argumentos consignados por el demandante, para sustentar las causales primera y segunda, también invocadas en el libelo".

A las razones traídas por el Ministerio Público habrá de referirse la Corte en seguida".

Considera la Corte

Examinados los cargos que el actor hace a la sentencia objeto del recurso, se tiene lo siguiente:

I Causal cuarta

No prospera este motivo de casación, pues ninguna de las tachas propuestas a través de este motivo resulta probada.

Se tiene en efecto:

Primer cargo

Dice el artículo 559 del C. de Justicia Penal Militar que "el cuestionario se formulará así: El acusado N. N. es responsable, SI o NO, de los hechos (aquí se determina el hecho materia de la causa conforme al auto de proceder, especificando los elementos que lo constituyen, y las circunstancias en que se cometió sin darle denominación jurídica)".

El delito de lesiones personales está especificado en el Código de Justicia Penal Militar, así:

a) El intencional (Art. 202): "El militar que, con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo y sin intención de matar, cause a otra persona daño en el cuerpo o en la salud o una perturbación psíquica, incurrirá en las sanciones de que tratan los artículos siguientes: . . ."

b) El culposo (Art. 210). "El que por culpa cause alguna de las lesiones previstas en este Capítulo, quedará sometido a las sanciones respectivas, disminuídas de las tres cuartas partes a la mitad y en lugar de la prisión se aplicará el arresto y del presidio, la prisión".

El cuestionario propuesto a los vocales fue el siguiente:

"El procesado Agente de la Policía Nacional, en servicio activo, José Roberto Chía Aldana, de anotaciones civiles y calidades militares demostradas en el proceso, es responsable SI o NO, de haber disparado su fusil de dotación, sin intención de matar, lesionando al particular José Benigno Castro Gil y causándole treinta (30) días de incapacidad definitiva y la perturbación funcional transitoria, en la forma descrita por los Médicos Legistas; hechos que tuvieron ocurrencia con ocasión del servicio, el día veinticuatro (24) de febrero de mil novecientos sesenta y nueve (1969), en la Inspección Departamental de Policía de la localidad de Valparaíso, Municipio de Pulí, Cundinamarca, dentro de las circunstancias de tiempo, modo y lugar contenidas en el proceso?"

En esta pregunta a los jueces de hecho se especificó el delito intencional de lesiones personales conforme al precepto que lo define y que se dejó transcrito.

Si la modalidad culposa de la misma infracción penal se hubiera tratado, entonces el cuestionario, ciñéndose a la especificación del artículo 210 del Código de Justicia Penal Militar, habría señalado ese elemento de la culpa, para que sobre esta se hubieran pronunciado los vocales.

Así, pues, en ningún desconcierto podía caer la defensa, como anota el demandante y acepta el Ministerio Público, por no haberse indicado en el cuestionario algo que no se trae, como elemento especificativo, en la definición del delito doloso de lesiones personales: la intención. Si a alguna condición subjetiva se refiere el artículo 202 del estatuto castrense, es a la ausencia de la intención de matar, y en la pregunta que se hizo a los jueces de hecho se incluyó esta especificación de los hechos.

Si solamente se tienen dos hipótesis de culpabilidad en el delito de lesiones personales, la intencional y la culposa, y si a esta última no se refiere el cuestionario (que de haberse tratado de lesiones culposas forzosamente ha tenido que aludir a la pregunta hecha a los vocales, por ser elemento especificativo de la definición que trae el citado Art. 210), es obvio que tal cuestionario se refiere, al delito intencional de lesiones personales.

No se violó, en consecuencia, la norma 599 del Código de Justicia Penal Militar y mucho menos se quebrantaron las formas propias del juzgamiento.

Segundo cargo

Se apoya el actor en la misma tacha que señala en el cargo anterior, para deducir una equivocada calificación de los hechos en el cuestionario y una supuesta infracción a las normas propias del juicio.

Atendido lo que la Corte expresa al examinar el cargo primero, es obvio que este segundo no tiene demostración alguna.

Tercer cargo

Si el Presidente del Consejo de Guerra Verbal no incluyó en el cuestionario propuesto a los vocales la circunstancia de "la ira y del intenso dolor causados por injusta y grave provocación", es obvio entenderlo que así se abstuvo porque, en el convencimiento que le trajeron los elementos de juicio, no se tenía demostrada esa circunstancia modificadora de la responsabilidad.

De otra parte, en el debate oral la defensa planteó a los vocales la ocurrencia de ese motivo de atenuación de la pena, la que no fue aceptada en el veredicto.

Entonces, no se infringió derecho alguno del procesado y mucho menos se violaron formas del juicio, pues, precisamente, la ley manda que se propongan en el cuestionario las circunstancias en que el hecho se haya cometido, pero solamente aquellas que el juzgador estime que estén probadas.

El cargo, por tanto, no resulta comprobado.

No prospera, según lo señalado anteriormente, la causal cuarta de casación propuesta.

II. Causal segunda

No se tiene desacuerdo alguno entre el veredicto y la sentencia acusada.

El demandante, insistiendo en una inexistente decisión absolutoria de los jueces de hecho por cuanto el cuestionario no se propuso la intención de causar lesiones a la víctima, estima que ha debido el juzgador en derecho proferir una sentencia declarando la falta de delito.

Ya señaló la Corte que el cuestionario se acomoda a las exigencias del artículo 559 del Código de Justicia Penal Militar y en él está especificado, por sus elementos, el delito de lesiones personales doloso.

No se tiene, en consecuencia discordancia alguna entre el veredicto y el fallo objeto del recurso.

Tampoco prospera esta causal de casación.

"III. Causal primera

En cuanto a la rebaja de la sanción privativa de la libertad impuesta al recurrente, es de anotar que la Ley 40 de 1968, según lo previsto en su artículo 1º, la concede en una quinta parte para los sindicados por delitos cometidos antes de su vigencia. Esa ley entró a regir el 18 de noviembre de dicho año. Obviamente no incurrió en yerro el juzgador en las instancias al no tomar en cuenta aquel precepto, porque los hechos averiguados en este negocio tuvieron ocurrencia en febrero de 1969. Esto es, que el delito por el cual fue condenado Chía Aldana ocurrió en fecha posterior a la vigencia de ella.

En cambio, sí incurrió en yerro el fallador de segunda instancia al imponer al recurrente la sanción accesoria de "pérdida del sueldo de retiro, pensión o recompensa de carácter oficial", pues ciertamente el artículo 12 de la Ley 16 de 1969 modificó el artículo 58 del Código Penal en el sentido de suprimir aquella sanción de que trata el demandante.

Prospera la causal primera de casación, en cuanto al cargo que se acaba de estudiar, y debe aplicarse lo que señala el numeral 1º del artículo 583 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, CASA PARCIALMENTE la sentencia del Tribunal Superior Militar, a la cual se ha hecho referencia, en el sentido de excluir la sanción accesoria de pérdida del sueldo de retiro, pensión o recompensa de carácter oficial".

En lo demás rige el fallo recurrido.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

LEY FAVORABLE

No se incurre en nulidad Constitucional, cuando se retrotrae el procedimiento para dar aplicación a la norma más favorable al procesado, y dicha determinación es notificada legalmente a las partes. La identificación del sujeto pasivo del delito de homicidio (ordinal 5º, artículo 210 del C. P. P.), se refiere a la identidad física entre la víctima del delito y aquella por cuya muerte responde el procesado en juicio.

(Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, tres de noviembre de mil novecientos setenta y uno).

(Magistrado Ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

(Aprobado: Acta Nº 43, noviembre 3 de 1971).

Vistos

Agotados como se encuentran los trámites procesales respectivos, debe decidir la Corte acerca del recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de Antonio José Arbeláez Arbeláez contra la sentencia de segunda instancia proferida el 3 de marzo del año en curso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali que confirmó en todas sus partes la de primera del Juzgado Tercero Superior de esa misma ciudad por medio de la cual Arbeláez Arbeláez fue condenado a la pena de quince (15) años de presidio, a más de las accesorias de rigor, como autor responsable del delito de homicidio en Rosa Paz Alarcón.

Primero. Hechos

De acuerdo con las constancias procesales, son sintetizados en la providencia impugnada, así:

"Mas o menos a las tres y media de la mañana del día veintisiete de julio de mil novecientos cincuenta, se encontraban tomando cerveza en la cantina "El Papayo", ubicada dentro de la zona de tolerancia del área urbana de Buenaventura, Antonio José Arbeláez A. y Luis A. Barrera, cuando entró a dicho establecimiento Rosa Paz Alarcón; Barrera le llamó la atención a la mujer y cuando ésta se acercó, el procesado le dio un abrazo que rechazó la Paz porque le dijo que no tenía confianza con él, motivando con su actitud la cólera de Arbeláez quien después de golpearla con los puños y con los pies, le causó con arma inciso-punzante una herida perforante del pericardio y penetrante del ventrículo derecho del corazón que determinó la muerte" (Fl. 310).

Segundo. Actuación procesal

El mismo día en que ocurrieron los hechos la Inspección Tercera Municipal de Policía de Buenaventura inició su investigación y, luego de oir en indagatoria a Antonio José Arbeláez Arbeláez y a Luis Aurelio Barrera Mora y de practicar algunas otras pruebas, decretó la detención preventiva de los dos sindicados (Fls. 29 ss.), quienes se fugaron del establecimiento carcelario el 7 de octubre de ese mismo año (Fl. 37). Las diligencias se remitieron al Juzgado Superior de Cali (reparto) (Fl. 38) y el Segundo, a quien le correspondieron (Fl. 38 vto.), dispuso la práctica de algunas pruebas (Fl. 39) y, una vez cumplidas, se declaró cerrada la investigación por auto de 4 de febrero de 1953

(Fl. 102). El 25 de enero de 1958 el Juzgado del conocimiento llamó a responder en juicio, con intervención del jurado, al sindicado Arbeláez Arbeláez, por el delito de homicidio en Rosa Paz Alarcón, "agravado en la forma vista en la parte motiva" de la providencia y sobreseyó definitivamente en favor del otro sindicado, Luis Aurelio Barrera Mora (Fl. 108 ss.). Como no se lograra la captura de Arbeláez, se le emplazó en legal forma, se le declaró reo ausente, se le designó defensor de oficio (Fls. 114 ss.), quien, debidamente posesionado (Fl. 121), interpuso recurso de apelación contra el auto enjuiciatorio (Fl. 121 vto.). El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, por auto de 9 de diciembre del año últimamente indicado resolvió "CONFIRMAR, como en efecto confirma la providencia consultada y apelada" (Fls. 131 ss.).

El Juzgado del conocimiento por auto de 17 de diciembre (1958), abrió el juicio a prueba, "de conformidad con el Art. 4º del Decreto 1231 de 1951" (Fl. 134 vto.). Se practicaron algunas pruebas tendientes a establecer "el **verdadero nombre** de quien figura como occisa dentro de este negocio", según lo ordenó oficiosamente el Juzgado, en auto de 4 de febrero de 1959 (Fl. 135 vto.). El 2 de marzo siguiente se señaló día y hora "para que tenga lugar la diligencia de sorteo general de jurados en la presente causa" (Fl. 140). Se practicó la diligencia y resultaron sorteados los señores Madrid González, Camilo Torres S. y Víctor Piedrahita C., "El señor Juez declaró a los citados señores legalmente elegidos miembros del jurado en la presente causa" (Fls. 140 vto. sgt.). El 30 de marzo de 1959 dos de los jurados sorteados, al parecer, según las firmas, Torres y Piedrahita, fueron notificados y, se agrega en la respectiva diligencia que no está firmada por el Secretario ni por ningún otro empleado del Juzgado: "Les pongo el proceso a su disposición por cinco (5) días y les entrego copia del auto de proceder, pero manifiestan los señores jurados que prefieren tomar el expediente original para mejor información y estudio" (Fl. 146).

En este estado la actuación procesal sufrió una paralización que solo vino a ser interrumpida el 2 de julio de 1966, fecha en la cual el Secretario de Gobierno Municipal de Tuluá le pregunta al Juez del conocimiento si necesita al sujeto "Antonio José Arbeláez Arbeláez quien se encuentra detenido a órdenes de esta Alcaldía" (Fl. 148), a lo cual responde el Juez en la misma fecha que se lo remita con las seguridades del caso (Fl. 147).

Dos días después el Juzgado, en atención a la promulgación del Decreto 1358 de 1964 que "inició su vigencia, a partir del 1º de septiembre de 1964, excepto el artículo 65, según lo ordena el Decreto 1822 de 1964 en su artículo 14", para "volver por la legalidad del procedimiento ahora en vigencia, el cual favorece al procesado, no solo por las normas en sí que están en vigencia, sino porque él se encontraba al margen de la ley y no se presentó nunca a estar a derecho en el juicio", decretó "la nulidad de todo lo actuado en este proceso a partir del auto de proceder de segunda instancia exclusive (Fls. 134 vto. del cuaderno principal), por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y acorde con el artículo 200 del C. de P. Penal. ORDENAR, como en efecto ORDENA, reponer la actuación procesal, con base en el procedimiento del Decreto 1358 de 1964" (Fl. 150).

En cumplimiento del artículo 6º del Decreto 1358, se abrió el juicio a prueba, se ordenó el avalúo de los daños y perjuicios ocasionados por la infracción (Fl. 159), lo cual se llevó a término (Fl. 162).

Por auto de 20 de septiembre de 1968 se aprobó el dictamen pericial y, además, "obrando acorde con el artículo 19 del Decreto 1358 de 1964, por medio de atento oficio solicítese a la Sala Penal del H. Tribunal Superior de este Distrito Judicial, efectúe sorteo general de jurados de conciencia en esta causa contra **Antonio José Arbeláez Arbeláez** por el delito de "HOMICIDIO" (Fl. 167), diligencia que se cumplió por el Superior el 1º de octubre de ese año, habiendo salido sorteados, como principales: Guillermo Izquierdo C., Marco A. Pinzón R. y Carlos Villalobos Roca y como suplentes, Alberto Lenis B., Alvaro Llano B. y Alvaro Sinis-

terra A. (Fl. 168). Acorde con el artículo 25 del Decreto 1358 tantas veces citado se tuvo a los mencionados señores como jurados principales y suplentes, en su orden (Fl. 169). Esta providencia fue notificada al Ministerio Público, al Defensor, al procesado y a todos los jurados, menos al suplente Alvaro Sinisterra A., porque no llegó a conocerse su residencia, motivo por el cual, el 13 de noviembre de 1969 se dispuso el sorteo parcial para reemplazarlo, habiendo salido sorteado David Cabrera, quien fue declarado electo para tal cargo y quien fue notificado de esa designación (Fls. 185 ss.).

El procesado Arbeláez solicitó se declarara la prescripción de la acción penal (Fls. 170 sgt.), lo cual fue denegado (Fl. 173) por medio de providencia que confirmó el Tribunal cuando de ella conoció por apelación (Fl. 177).

Por nuevo repartimiento continuó conociendo de este asunto el Juzgado Tercero Superior de Cali (Fls. 175 vto. sgt.), despacho que por auto de 26 de enero de 1970 señaló día y hora para dar comienzo a la celebración de la audiencia pública (Fl. 192). Luego de algunas otras incidencias, ésta se inició el día 16 de abril de 1970 y culminó con el siguiente veredicto del jurado: "Sí mató, pero en estado de intoxicación alcohólica" (Fl. 262). El Juez de primera instancia dándole acogida, condenó al procesado a la pena principal de quince años de presidio a más de las accesorias de rigor (Fl. 279 ss.) y el Tribunal por sentencia de 3 de marzo del año en curso confirmó "en todas sus partes la providencia apelada" (Fls. 310 ss.), fallo éste contra el cual fue interpuesto en tiempo oportuno y, legalmente concedido, el recurso extraordinario de casación que ahora ocupa a esta Sala.

Tercero. La demanda

Bajo el amparo de la causal cuarta de casación: haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad (C. P. P., Art. 580, 4ª), por considerar que hubo "desconocimiento de lo preceptuado en el artículo 26 de la Magna Carta, en primer lugar y por incompetencia del Juzgador, en segundo término", el recurrente luego de una somera presentación de los hechos, formula seis cargos contra la sentencia en cuestión. Ellos se considerarán separadamente, dejando para último término el presentado como primero, ya que algunos de los otros afectarían mayor extensión del proceso. En su lugar oportuno y en lo pertinente, se traerá a colación el concepto que le merecen al Ministerio Público, representado en esta oportunidad por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal.

Segundo cargo

Se hace consistir, como lo reseña la Procuraduría, en que "como el auto por el cual se confirmó el de proceder no determinó en contra del procesado sino una causal de agravación —por inferioridad de la ofendida— y la sentencia contempló también otra circunstancia —alevosía— se quebrantaron las formas propias del juicio y la norma constitucional".

1. Para fundamentarlo manifiesta: La jurisprudencia y la ley (C. P. P., Art. 483, Ord. 3º) exigen que en el auto de proceder se formulen de manera precisa los cargos al sindicado; el auto de segunda instancia que confirmó el de primera, solo dedujo la agravante del ordinal 6º del artículo 363 del Código Penal, por lo cual no podía introducirse la circunstancia del 5º de la norma citada, como se hizo en el cuestionario. Que el hecho de que el Tribunal hubiera confirmado el enjuiciamiento recurrido en apelación, no significa que "haya quedado deducida la alevosía" propuesta en el cuestionario, porque ello equivaldría a "afirmar que para nada vale el recurso de apelación". Que como en el auto de proceder se mencionó la alevosía pero no se citó con precisión su disposición consagratoria, se violó "el artículo 26 de la Constitución ... por no haber permitido juzgar a mi patrocinado con la observancia de la plenitud de las formas propias de su juicio" (Cuaderno de la Corte, Fls. 11 sgt.).

2. Consideraciones de la Sala

Teniendo en cuenta que este cargo "debe ser examinado con base en las providencias

correspondientes dictadas dentro del proceso" y que "el recurso de apelación tiene por objeto examinar toda la actuación para modificar o sostener la decisión del inferior y, en consecuencia, tales providencias se complementan y deben estudiarse en conjunto para precisar los cargos formulados al acusado", el Ministerio Público, para solicitar el que este motivo de impugnación se deseche, formula la siguiente respuesta:

"La providencia del Juzgado dedujo contra el procesado las circunstancias agravantes contempladas por los numerales 5º y 6º del Art. 363 del C. P., como aparece claramente de sus términos y con fundamento suficiente en los hechos, ampliamente examinados, y en la parte resolutiva se llamó a responder al procesado por homicidio "agravado en la forma vista en la parte motiva". Es claro que en este último aparte no se podían precisar las circunstancias agravantes, por expresa prohibición legal (Art. 431 C. P. P.)".

"El Tribunal, al confirmar dicha providencia, si bien no se refirió concretamente a la circunstancia del ordinal 5º de la norma citada, tampoco la rechazó en forma expresa para así modificar la calificación. Por tanto, el cuestionario sometido a la consideración del jurado debía acomodarse al auto de proceder y contemplar las circunstancias agravantes deducidas en aquella pieza procesal" (id. Fl. 24).

Como la Sala está de acuerdo con el razonamiento del Procurador, por encontrarlo ajustado a la ley y a su recta interpretación, lo comparte y, en consecuencia, este cargo no habrá de prosperar.

Tercer cargo

Con invocación del ordinal 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal se hace consistir en que en la providencia enjuiciatoria se incurrió en error relativo al nombre del ofendido.

1. Para fundamentarlo expone que el auto de proceder y el de segunda instancia que lo confirmó "se pronunciaron sobre la base de no existir precisión legal sobre el nombre y apellido o apellidos de la ofendida", para comprobar lo cual basta leer el auto del Juzgado dictado en la etapa del juicio en el cual se ordena establecer "el verdadero nombre de quien figura como occisa dentro de este negocio" por lo cual, dice, lo pertinente era sobreseer en forma temporal, ya que los documentos allegados en cumplimiento del auto citado, no esclarecían el punto. De donde se concluye que al jurado, en el cuestionario, no ha debido preguntársele si era responsable de haber dado muerte a Rosa Paz Alarcón, como se le preguntó, sino que "si era responsable de haber ocasionado esa muerte violenta, con intención ya indicada, a la señora **Rosa Paz Alarcón**, o **Clementina Alarcón** o simplemente a la señora **Clementina Alarcón**, nombre y apellido registrado legalmente en el proceso, del sujeto pasivo del mismo". De donde también concluye que la nulidad es protuberante (id. Fls. 12 ss.).

2. Consideraciones de la Sala

El punto fundamental de este cargo fue tenido en cuenta tanto por el Juez de primera instancia, según se dejó indicado, como por el Fiscal del Tribunal, quien luego de exponer los suyos concluye diciéndole al Tribunal que si considera excesivos sus reparos, le solicita, entonces, "confirmar en todas sus partes el auto materia de la revisión, por estar acreditados los elementos material y moral del reato, bien deducidas las circunstancias de agravación, en cuanto al procesado Arbeláez y demostrada igualmente la inocencia del sindicado Barrera" (Fls. 126 sgt., 130).

Es un hecho cierto que el procesado Arbeláez Arbeláez, en las circunstancias de tiempo, lugar y modo que se dejaron plenamente establecidas en el auto de proceder y que también se tomaron en cuenta en la sentencia impugnada, dio muerte a una mujer, quien, según varios testimonios respondía al nombre de Rosa Paz Alarcón, como figura en el cuestionario (Fl. 261) y, según el acta respectiva de origen civil al de Clemen-

tina Alarcón (Fl. 143). También téngase en cuenta que según el Acta respectiva, se practicó el levantamiento del cadáver de Rosa Paz (Fl. 2) y que la diligencia de autopsia se practicó al cadáver de Rosa Paz, la cual concluye así: "Rosa Paz murió a consecuencia de una herida penetrante del corazón. La herida era mortal de necesidad y la muerte debió ocurrir hace aproximadamente seis horas" (Fl. 4).

Con relación a esta causal de nulidad la Corte tiene dicho: "lo que se debe buscar es que no aparezca como muerto, por ejemplo, quien en realidad está vivo" (sentencias de 8 de octubre de 1946 y 9 de octubre de 1949). Lo que se requiere es la identidad física entre la víctima del delito de homicidio y aquella por cuya muerte responde el procesado en juicio. De manera que no presentándose duda alguna sobre este particular, como, en efecto no se presenta, no hay lugar a la causal de nulidad invocada para sustentar este cargo, por lo cual no prospera.

Cargos cuarto, quinto y sexto

Son acertadamente presentados y contestados por el Ministerio Público en la siguiente forma:

"Cuarto cargo. Consiste en que no se hicieron las averiguaciones necesarias para comprobar o establecer la personalidad del procesado y los motivos que lo indujeron al delito, como lo ordena la norma legal (Art. 412 C. P. P.), sin que en la indagatoria se le interrogara en forma suficiente y esta omisión produce nulidad.

"Se responde

"En la injurada se interrogó al procesado sobre sus condiciones personales, como lo dispone la ley, y después de cumplidas otras diligencias con su intervención, se fugó. En la audiencia pública se procedió por el Juez a interrogar sobre dichos aspectos al procesado e intervino el médico legista (Fls. 269 v. y 270) para determinar el efecto de la embriaguez en aquel al momento de los hechos, y practicados diversos exámenes se concluyó que no padecía de grave anomalía psíquica para ese momento que, se recuerda y así lo puso de presente el legista, se remontaba a veinte años atrás.

"En atención a estas actuaciones, no puede decirse que no se cumpliera con la norma citada ni que, consecuentemente, exista nulidad.

"Quinto cargo. Consiste en no haberse cerrado la investigación por el Juez competente, ya que la correspondiente providencia se dictó por el Fiscal y existe nulidad a partir de este momento procesal.

"Se responde

"Como lo anota el recurrente, el auto de la Fiscalía se dictó en febrero de 1953.

"En este momento se encontraba vigente el Art. 2º del Decreto 1231 de 1951, conforme al cual "Perfeccionada la investigación penal, el Fiscal la declarará cerrada, y dentro de los ocho días siguientes pedirá al Juez la calificación del sumario, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 426 y 427 del Código de Procedimiento Penal".

"Y conforme al Art. 1º de dicho decreto" ... los Fiscales de los Juzgados Superiores, por sí o por medio de comisionado, conocerán de la instrucción de los sumarios por delitos de la competencia de los Jueces Superiores, a quienes sustituyen en todas sus atribuciones como funcionarios de instrucción. Los Jueces Superiores, en consecuencia, solo conocerán de los procesos a partir del momento en que el Fiscal se los pase para calificar el mérito del sumario".

"Esta norma estuvo vigente hasta el 9 de abril de 1954 (Dto. 1154 de 1954, Arts. 1º y 5º), por lo cual dicha providencia se dictó en forma legal y el cargo carece de fundamento.

"Sexto cargo. Radica en que al procesado Barrera aunque sobreseído definitivamente "... en ningún momento ... se le nombró

curador ad-litem para la notificación de todas y cada una de las providencias referentes a él...".

"Se responde

"La casación se ha interpuesto en relación con el procesado Arbeláez, por manera que no resulta procedente una alegación relacionada con otro acusado cuya situación es diferente, lo cual sería suficiente para rechazar esta alegación.

"Por lo demás, la situación de dicho sindicado se resolvió mediante sobreseimiento de carácter definitivo.

"Así, este cargo al igual que los anteriores, debe rechazarse" (Cuaderno de la Corte, (Fls. 26 ss.).

Consideraciones de la Sala

Esta Corporación comparte las réplicas presentadas por la Procuraduría para llegar a la conclusión de que esos cargos deben desecharse, porque tales respuestas se fundan en la realidad procesal y en las normas legales en ellas citadas.

Recuérdese, que con relación al punto fundamental de la personalidad del procesado, el Médico Legista dictaminó que no padecía de grave anomalía psíquica (Cfr. Fls. 269 ss.); que para la fecha en que la Fiscalía respectiva cerró la investigación, tal misión le correspondía por mandato del artículo 2º del Decreto 1231 de 1951, vigente en ese entonces; y, finalmente, se repite con el Procurador que, en materia de casación "no resulta procedente una alegación relacionada con otro acusado" cuya situación jurídica ya había sido definida por medio de auto de sobreseimiento definitivo, debidamente confirmado.

En consecuencia, ninguno de los cargos señalados con los números cuarto, quinto y sexto habrá de prosperar.

Primer cargo

Se hace consistir en que el artículo 26 de la Constitución fue violado cuando el Juez, "sin que existiera ninguna norma legal que se lo permitiera y pretextando una favorabilidad inexistente para el procesado", decretó una nulidad que comprendía el primer sorteo de jurados, sin que ninguno de sus integrantes hubiera renunciado al cargo.

1. Para sustentarlo, luego de presentar una lacónica relación de las incidencias de la tramitación correspondiente a esta etapa, que no se expone ahora puesto que quedó más amplia y debidamente reseñada en la "**actuación procesal**" hecha, razona:

Después, ¿qué aconteció? "Que por sí y ante sí, sin que existiera ninguna norma procedimental que lo permitiera y pretextando una favorabilidad inexistente para el procesado, el señor Juez lejos de haber cumplido con su deber de continuar el curso normal y legal de la causa y haber señalado día y hora para llevar a cabo la diligencia de Audiencia Pública de Juzgamiento con los Jurados que habían sido legalmente sorteados, posesionados y notificados, resuelve retrotraer el proceso, perjudicando notoriamente al encausado, no solamente por el entrabamiento de su causa, las demoras concernientes, el hecho protuberante de que en el procedimiento anterior no existía el avalúo de los perjuicios materiales y morales, sino por no habérsele permitido que su situación jurídica, de hecho, hubiese sido resuelta por los Honorables Miembros del Tribunal Popular que ya había sido nombrado, que habían recibido en traslado el proceso y que lo habían conocido y ninguno de los cuales había presentado renuncia de esa obligación para con la justicia. La flagrante violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, aparece al folio 150 en primer lugar y de ahí en adelante" (id. Fls. 9 y sgt.).

2. Consideraciones de la Sala

Comparte la Corporación el concepto del Procurador en cuanto expone que "no se encuentra en qué se fundamenta la nulidad alegada por el recurrente y tampoco la demuestra" (id. Fl. 20). No argumenta el censor, concretamente, cuál o cuáles de las garantías correspondientes a la plenitud de

las formas propias del juicio, consagradas por el artículo 26 citado en tutela de los derechos de defensa del procesado, fue la que sufrió lesión o quebrantamiento. A la Corte le está vedado entrar a llenar tal vacío por lo cual, esa falta de técnica en la presentación y sustentación del cargo en examen, sería suficiente para desecharlo. Con todo, formulará, además, las siguientes otras consideraciones:

Sea lo primero tener en cuenta con el Ministerio Público "que dicha providencia (la que decretó la nulidad) se notificó al apoderado constituído por el procesado sin que fuera objeto de reclamación alguna como tampoco en el curso de la tramitación y, por otra parte, no se advierte el perjuicio porque, como lo anota la providencia, se permitió, en virtud de la decisión, que se cumplieran con la presencia del procesado actuaciones tan importantes como el período probatorio. No se quebrantó garantía o fórmula alguna del juzgamiento sino que, por el contrario, se ofreció nueva oportunidad de solicitar pruebas. En cuanto a la demora, no se advierte el perjuicio, por haber eludido el acusado la justicia y por último, la tasación de los perjuicios no derivó de la aplicación de las nuevas normas procesales sino del delito que conforme a la legislación sustantiva, ocasiona la correspondiente indemnización como fuente de obligaciones" (id. Fls. 21 sgt.).

La Corte hace suyas las anteriores argumentaciones porque las encuentra ceñidas a la realidad procesal y a la ley. En efecto:

El auto por medio del cual se decretó la nulidad en debate, fue legalmente notificado a las partes, sin que por ninguna fuera protestado. Así, una vez ejecutoriado, se convirtió en ley del proceso, cuya validez y cumplimiento no podían quedar al arbitrio de las partes. Desde el momento de su ejecutoria, tenía que surtir los efectos propios emanados de él.

Mas, desde otro punto de vista, podía el Juez decretar la nulidad que decretó para aplicar, en lo subsiguiente, el nuevo procedimiento, fijado por las disposiciones que entraron a regir con posterioridad a las anteriores actuaciones? El funcionario fundamentó su determinación en que por disposición del Decreto 1822 de 1964, el 1358 de ese mismo año inició su vigencia, excepto en su artículo 65, el 1º de septiembre del 64; este Decreto "señala el procedimiento a seguir en los negocios penales, quedando sin valor alguno normas del procedimiento antiguo"; entonces, "se debe volver por la legalidad del nuevo procedimiento ahora en vigencia, el cual favorece al procesado, no solo por las normas en sí que están en vigencia, sino porque él se encontraba al margen de la Ley y no se presentó nunca a estar a derecho en el juicio" (Fl. 150).

Es cierto que por mandato del artículo 14 del Decreto 1822 de 1964, las normas del 1358 solo se aplicarán a los procesos iniciados a partir del 1º de septiembre de ese año. Mas en su parte final dispone que "podrá aplicarse también a los procesos en curso cuando fuere más favorable al procesado". Y este criterio de favorabilidad fue el que guió al juez para decretar la nulidad, según se consignó en la respectiva pieza. Criterio que es acertado en el caso concreto sometido a estudio ya que, gracias a esa nulidad, el procesado tuvo oportunidad, a más de designar defensor, la de contar en su favor con la etapa probatoria del juicio, de cuya iniciación fue legalmente notificado. En estas condiciones, no se ve en qué se quebrantaron las garantías consagradas en favor de los procesados por el artículo 26 de la Constitución, por lo cual este cargo también habrá de desecharse ya que, por lo demás, como lo anota el Procurador, el exceso en las demoras se debió a que el sindicado se encontraba huyendo de la justicia y, la indemnización decretada, tiene su origen en la ley que obliga a aquella a quien ha cometido delito.

Sin lugar a otras consideraciones, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo

con el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 3 de marzo de este año del Tribunal Superior de Medellín, de la cual se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

TESTIMONIO DE LOS PARIENTES PROXIMOS DEL INCULPADO

El derecho al silencio consagrado en los artículos 25 de la C. N. y 239 del C. de P. P. es renunciable. — El no cumplimiento de lo previsto en el inciso 2º del artículo 239 del C. de P. P., tratándose de testimonios de familiares, no genera nulidad, dicha pretermisión constituye una irregularidad que no compromete la validez del acto. — A más de las nulidades consagradas en los artículos 210 y 211 del C. de P. P., el código prevé la nulidad de determinados actos, por pretermisión de formalidades o requisitos condicionantes, lo que conlleva como consecuencia jurídica el considerar aquellos actos como no realizados, dejando a salvo la legitimidad de toda la restante actuación procesal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, tres de noviembre de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez).

(Aprobado: Acta número 43).

Vistos:

Surtida la tramitación de rigor, procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por el procesado Abel Boada Uribe contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta el 21 de mayo último, mediante la cual fue condenado el recurrente a la pena principal de ocho años de presidio y a las accesorias correspondientes, por el delito de homicidio cometido en la persona de Pedro Alcántara Vejar.

Hechos y actuación procesal

El 25 de octubre de 1961, en el punto denominado "Los Cedros" de la jurisdicción del Municipio de Arboledas (Norte de Santander), el sindicado Abel Boada Uribe le causó con arma corto-punzante la muerte a su cuñado Pedro Alcántara Vejar, después de que éste hizo un disparo de escopeta contra su casa de habitación, por rencillas familiares, y huyó luego del lugar, lográndose su captura en enero del corriente año en Villa Caro.

Una vez clausurada la investigación, el Juzgado Tercero Superior de Cúcuta, por auto de 17 de julio de 1966, contra el cual no se interpuso ningún recurso, llamó a responder en juicio ante jurado al incriminado Boada Uribe, formulándole el cargo de homicidio común u ordinario.

El 26 de febrero próximo pasado se celebró la audiencia pública, con la presencia del inculpado, y en ella se sometió a la consideración de los jueces de conciencia el siguiente cuestionario:

"El acusado Abel Boada Uribe es responsable, sí o no, conforme al auto de proceder, de haber dado muerte a Pedro Alcántara Vejar quien falleció a consecuencia de las heridas que le infirió con arma corto-punzante (cuchilla) descritas en la relación de autopsia médico-legal que obra en el expediente, y en la ejecución de ese hecho dicho acusado procedió voluntariamente y con el propósito de matar, hecho ocurrido en el

punto denominado 'Los Cedros', fracción del 'Helechal', jurisdicción municipal de Arboledas, el día 25 de octubre de 1961?".

En aquel acto, después de que se oyó al procesado, quien confesó haber sido el autor de la muerte de Vejar pero cualificando en el sentido de que había cometido el hecho para repeler agresiones de la víctima, el Fiscal pidió al jurado "que declarara responsable al sindicado, si bien reconociendo que había obrado en estado de ira o intenso dolor por grave e injusta provocación del occiso", y el defensor deprecó la absolución de su acudido por haber actuado éste, al dar muerte a Pedro Alcántara Vejar, "en situación de legítima defensa privilegiada".

Concluídas las intervenciones de las partes deliberó el jurado y pronunció la siguiente respuesta:

"Sí es responsable en estado de ira e intenso dolor".

El juez de instancia interpretó el veredicto como condenatorio por homicidio atenuado a términos del artículo 28 del C. P., y condenó a Abel Boada Uribe a la pena de treinta y dos meses de presidio, a algunas sanciones accesorias y al pago de los perjuicios civiles ocasionados por la infracción, en sentencia de 18 de marzo del presente año.

Contra ese fallo interpuso el defensor el recurso de apelación y el Tribunal Superior de Cúcuta, de acuerdo con el concepto del Fiscal Tercero de la Corporación, lo reformó en el suyo de 21 de mayo siguiente, "en el sentido de condenar a Abel Boada Uribe, de anotaciones personales conocidas en autos, a la pena principal de ocho (8) años de presidio, en lugar de treinta y dos (32) meses impuestos por el juzgado del conocimiento", por estimar que "el veredicto emitido por los jueces de conciencia es condenatorio por homicidio de propósito, sin atenuantes de la responsabilidad del procesado", delito aquel sancionable de acuerdo con el artículo 362 del estatuto represor, cuya pena mínima aplicó.

Contra la sentencia de segundo grado interpuso el procesado el recurso extraordinario de casación, que fue admitido por esta Sala de la Corte en proveído de 14 de julio postrero y sustentado por medio de apoderado especialmente constituído al efecto.

La demanda

En libelo presentado en tiempo y que se declaró ajustado en su forma externa a las exigencias de la ley, el representante judicial del recurrente acusa la sentencia del ad-quem con invocación de las causales 4ª y 2ª de casación previstas en el artículo 580 del C. de P. P.

Causal cuarta

Al amparo de esta causal, que contempla como motivo de casación el haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad, el demandante formula dos cargos contra el fallo ameritado, así:

Primer cargo

Nulidad de carácter constitucional que vicia el proceso desde el auto que lo encabeza, porque en el sumario se recibieron las declaraciones de la cónyuge del incriminado Ana Dolores Vejar de Boada, de sus cuñadas Inés y María del Carmen Vejar, y de su primo tercero Jacinto Gelves, sin la advertencia previa de que no estaban obligados a deponer contra aquel, derecho consagrado en los artículos 25 de la C. N. y 227 del C. de P. P. vigentes entonces, con lo cual se conculcaron las formas propias del juicio y se violó el derecho de defensa del acusado.

Arguye el actor que al exigírseles testimonio con las formalidades legales a las personas nombradas "se desconocieron garantías esenciales del procesado, al obligar a sus parientes a declarar en su contra y se atentó contra las fórmulas legales que son la base del juzgamiento, pues "no era posible llamar a los parientes de Boada Uribe, comprendidos en el 4º grado de consanguinidad civil y 2º de afinidad, para que declararan contra él, y al hacerlo sin tomarles su consentimiento, sin permitirles que se

ampararan en esa garantía que los autorizaba callar, se atropelló el privilegio, se arrebató el amparo de la impunidad de la familia y se llevaron al proceso ilegalmente las pruebas únicas de la responsabilidad del procesado, en las que se apoyó el auto de proceder, el veredicto del jurado y, necesariamente, las sentencias de 1ª y 2ª instancias. Y al impedir la Administración de Justicia el ejercicio de una garantía constitucional y procesal, se afectó directamente el derecho de la defensa, que es lo que en el fondo significa la garantía en comento. De esta manera se produjo la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional y la nulidad deberá decretarse para que se reponga la totalidad del procedimiento".

Segundo cargo

"La sentencia de segunda instancia dictada por la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Cúcuta —expresa el demandante— no dio cabal cumplimiento a las exigencias del artículo 159 del C. de P. P. (vigente cuando se dictó el fallo), especialmente en lo referente a dos requisitos esenciales exigidos por los numerales 1º y 6º de la norma antes citada. Se evidencia lo primero, porque en la sentencia se omitió hacer la narración de los hechos que dieron lugar a la formación del proceso y que constituyen el fundamento fáctico de ella y, lo segundo, porque en la parte resolutiva no se dice por qué infracción se le impone la condenación de ocho (8) años de presidio a Abel Boada Uribe".

Alega el impugnante que las omisiones que apunta en la sentencia la hacen "ineficaz e incompleta", como que "la pieza del proceso resulta insuficiente para determinar, por sí sola, los hechos en que se funda y la razón jurídica misma de la condenación", y que "no sabiéndose por qué hechos, ni por qué delito se condenó al procesado, la pena carece de fundamento fáctico y jurídico", y se incurrió por tanto en nulidad de rango constitucional, por inobservancia de las formas del juicio a que hace referencia el artículo 26 de la Carta.

Causal segunda

En el ámbito de este motivo de casación sostiene el apoderado demandante que la sentencia recurrida está en desacuerdo con el veredicto del jurado, pues en ella se condena al acusado Abel Boada Uribe como agente de un homicidio simplemente voluntario sin atenuación alguna, mientras que en el veredicto se reconoció la atenuante consagrada en el artículo 28 del C. P., no obstante que en éste no se dijo que el estado de ira con que actuó el sindicado al cometer el hecho fue causado por grave e injusta provocación del occiso, puesto que el querer del jurado fue acoger "el pedimento del Fiscal y con el único propósito de disminuir la culpabilidad del acusado".

Respuesta del Ministerio Público

Después de relacionar los hechos y el desarrollo del proceso, el Procurador Segundo Delegado Penal se refiere a los ataques dirigidos contra la sentencia del Tribunal Superior de Cúcuta, para concluir oponiéndose a las pretensiones de la demanda y solicitando de la Corte que no case el fallo.

Respecto de la causal 4ª invocada, el colaborador Fiscal opina que no está legalmente comprobado, en la forma requerida por la Ley 92 de 1938, el parentesco entre el procesado Boada Uribe y los declarantes que cita el impugnador y que, además, aquellos no hicieron cargos al sindicado, pues no presenciaron los acontecimientos en que perdió la vida Pedro Alcántara Vejar. Expresa el Agente del Ministerio Público que la esposa del acusado se limitó a informar a las autoridades que en la fecha de autos su cónyuge salió de la casa de habitación cuando Vejar hizo un disparo contra ella, y regresó minutos después manifestándole "que él tenía que volarse porque lo había matado y yo me fuera para la casa donde vivimos porque ya qué me estaba haciendo ahí sola y después que me dijo eso yo me salí para la casa en compañía de él para la casa después que llegamos yo me quedé en la casa y él se fue y no supe más de él..." Y que Inés Vejar de Velandia, María del Carmen Vejar y Jacinto Gelves "tuvieron

conocimiento de los hechos por la información que les suministró Ana Dolores Vejar de Boada. Los testimonios se refieren a las relaciones de Boada con la familia Vejar, a la que hizo víctima de diversos atropellos, pero no a los acontecimientos".

"En definitiva —conceptúa la Procuraduría—, el cargo no puede prosperar porque no se probó el parentesco conforme a la ley civil y porque los testigos conocían los hechos por el relato que les hizo la esposa del acusado quien le confesó haber dado muerte a Pedro Alcántara Vejar. Por lo demás, el acusado admitió haber cometido el delito cuando fue interrogado en la audiencia pública".

Acerca de la causal 2ª postulada en el escrito impugnatorio, dice el Procurador que el jurado que juzgó a Abel Boada Uribe no aceptó las peticiones del Fiscal ni del defensor, pues afirmó la responsabilidad del acusado haciendo "referencia al estado de ira pero no a su causa ni a su gravedad y tampoco a su injusticia", y que la Corte, en innumerables fallos, "ha establecido que declarar el jurado de conciencia el estado de ira no es suficiente para reconocer la atenuante de la provocación por haberse omitido requisitos fundamentales que el Código Penal exige y que no le es dado al intérprete suponer", por todo lo cual el cargo apoyado en supuesto desacuerdo de la sentencia con el veredicto debe ser desechado.

El colaborador omitió aludir al segundo cargo de nulidad, propuesto en el marco de la causal 4ª de casación, por pretensa imperfección sustancial de la sentencia recurrida.

Consideraciones de la Corte

I. **De conformidad con los artículos 25 de la C. N. y 239 del C. de P. P., nadie puede ser obligado en asunto criminal, correccional o de policía a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil.**

Agrega en su inciso 2º el artículo 239 citado que aquel derecho se hará conocer por el funcionario respectivo a todo sindicado que vaya a ser indagado, y a toda persona que vaya a rendir testimonio. Esta prescripción no existía en el estatuto procesal anterior y se consignó expresamente, no obstante la ficción de que la ley se supone conocida por todos, para una mayor garantía de la facultad de guardar silencio que se reconoce al inculpado y a sus parientes próximos, cuando se trate de asuntos penales o policivos.

II. **El derecho al silencio consagrado en el artículo 25 de la Constitución es renunciable. Esta la razón para que la Corte, en fallo de 6 de diciembre de 1951, declarara inexequible el artículo 227 del anterior Código de Procedimiento Penal (Ley 94 de 1938), que prohibía recibir declaración contra el consorte, los ascendientes, descendientes o hermanos.**

III. **La ley no conmina con sanción de nulidad, tratándose de testimonios de familiares, la omisión de la prevención a que se contrae el segundo miembro del artículo 239 del C. de P. P., seguramente porque las disposiciones legales se presumen conocidas, de modo que no es válida la alegación de su ignorancia (Art. 9º del C. C.). Dicha preterm**isión constituye una irregularidad que no compromete la validez del acto. Importa reproducir aquí lo que expresó esta Sala de la Corte en sentencia de 8 de mayo de 1970:

"La nulidad es la invalidez jurídica de la relación procesal, por falta de presupuestos para su constitución, o de actos realizados en el proceso imperfecta o irregularmente por inobservancia de condiciones de forma, de modo o de tiempo señaladas por la ley como esenciales para que la actuación produzca efecto.

"No toda irregularidad en los actos del proceso o en el desarrollo de éste importa sanción de nulidad. Para que ésta se produzca es indispensable que la ley normativa de la actuación conmine con nulidad la desatención de sus prescripciones, expresando

que será nulo o no tendrá valor alguno o será ineficaz el acto que no se ciña a determinadas exigencias.

"El principio doctrinario moderno de la taxatividad de las nulidades, conforme al cual precisa conminación de la ley para que la inobservancia de sus ordenamientos pueda constituir nulidad, se encuentra consagrado en algunos códigos de procedimiento penal, entre ellos el italiano (Art. 184), y se ha afirmado por esta Corporación en constante jurisprudencia (sentencia de diciembre 5 de 1945, enero 29 de 1947, febrero 5 de 1947 y julio 30 de 1955, entre otras).

"Es tarea propia del legislador, no del juez, señalar las violaciones de la ley procesal que importan la nulidad de toda la actuación o de parte de ella o de un acto en particular. 'El juzgador —ha dicho esta Corte con reiteración— no tiene derecho para deducir nulidades mediante un raciocinio de simple analogía, ni facultad legal para erigir en causales de nulidad hechos que solo constituyen irregularidades. Un vicio de esta naturaleza, si bien implica descuido o alteración de una forma externa en el procedimiento, no lo afecta en cuanto a su contenido esencial viciándolo de nulidad" (fallo de diciembre 5 de 1945, entre otros).

"Si fuera del arbitrio de los jueces el crear nulidades, pocos serían los procesos que llegarían normalmente a la meta final de la sentencia, pues son raros aquellos en que no se descubre alguna informalidad. La discrecionalidad del juzgador para deducir nulidades por vicios in procedendo sería un factor de incertidumbre en la administración de justicia, atentaría contra la seguridad del proceso penal, entrabaría la necesaria y delicada función pública de la represión penal y podría llegar a desconocer los derechos fundamentales de las partes".

IV. Ciertamente en el caso de autos el funcionario de instrucción no previno a la cónyuge del procesado Boada Uribe, ni a sus cuñadas, ni a su primo tercero —admitiendo que existen esos vínculos de parentesco aunque no estén debidamente demostrados con arreglo a la ley civil— que no estaban obligados a declarar contra aquel, al momento de recibirles las declaraciones. Mas esa omisión, como se dejó expresado, no está prevista en la ley como motivo de nulidad de los testimonios. Y no se puede alegar que se violó el artículo 25 de la Carta, como lo hace el apoderado del recurrente, pues no hay constancia alguna que permita afirmar que se obligó de algún modo a los deponentes a declarar contra su voluntad, máxime si se tiene en cuenta que una de las cuñadas del sindicado, la señora Inés Vejar de Velandia, fue la que espontáneamente denunció los hechos que son materia del proceso, lo que hizo ante la Alcaldía especial militar de Arboledas (Fl. 1).

V. Aceptando, por vía de hipótesis, que fueran nulas las declaraciones que cita el demandante, en razón de la causal por él apuntada, la consecuencia jurídica sería la de considerar aquellos actos como no realizados, a voces del artículo 214 del C. de P. P., dejando a salvo la legitimidad de toda la restante actuación procesal. Conviene repetir aquí lo que dijo la Corte, respecto de la inexistencia de determinados actos del proceso por vicios de formación, en el fallo antes ameritado:

"Aparte de esos motivos de nulidad del proceso o de una fase de él, (los que hoy se señalan en los artículos 210 y 211 del C. de P. P.), el Código de Procedimiento Penal prevé la nulidad de determinados actos, por pretermisión de formalidad o requisitos condicionantes, de modo que la nulidad no se comunica a los demás actos, que son independientes de aquel. Tal acontece, verbigracia, con la inspección ocular no decretada como lo ordena el Art. 211, con la declaración del testigo no recibida conforme al Art. 235, con el dictamen de los peritos rendido sin el lleno de las formalidades indicadas en el Art. 261. En estos casos, el acto viciado se estima, para los efectos del juzgamiento y sin necesidad de resolución especial, como no realizado (Art. 39 del Decreto 1358 de 1964, que sustituyó el Art. 202 del C. de P. P.).

"La ineficacia de aquella clase de actos (inspección ocular, testimonio, peritación,

etc.), por falta de formalidades extrínsecas señaladas por la ley con sanción de nulidad, y que opera de jure, no se extiende o comunica a los restantes actos procesales anteriores, contemporáneos o subsiguientes, por no ser consecuencia o presupuestos de éstos ni tener con ellos nexo de dependencia. Si al calificar un sumario o al tiempo de fallar un proceso el juez advierte la nulidad de la declaración de un testigo, de una inspección ocular, de un dictamen pericial, aisla simplemente el acto defectuoso del resto de la actuación, no lo toma en cuenta por ser jurídicamente inexistente, y dicta la providencia con fundamento en la restante actuación legítima".

VI. En consecuencia con lo que se ha expuesto, el cargo de nulidad de todo el proceso postulado por el actor en la órbita de la causal 4ª de casación no puede prosperar, pues no se ha demostrado la presencia de un vicio de nulidad expresamente consagrado en la ley, ni de errores en el procedimiento de naturaleza tal que se puedan catalogar como constitutivos de nulidad constitucional.

Válida es la ocasión para reafirmar lo dicho por la Sala en sentencia de 2 de noviembre de 1965:

"La Corte ha venido notando, no sin sorpresa, que ante la falta de verdaderas nulidades procesales, se recurre a la ya famosa nulidad constitucional pretendiendo que, reales o presuntas informalidades de menor gravedad que las erigidas por la ley como tales nulidades, lo son nada menos que de orden constitucional.

"La jurisprudencia, basándose en el texto del artículo 26 de la Carta Fundamental, en cuanto este precepto garantiza que nadie puede ser juzgado sino con la plenitud de las formas propias del juicio, creó esa nulidad, por lo mismo llamada constitucional, pero no para que se entendiese que cualquier informalidad procesal, de menor categoría que las contempladas en los preceptos citados —artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal— fuese elevada a un rango más alto que las nulidades legales, sino para asegurar los derechos del indiciado cuando se omite un requisito procesal esencial, cuya omisión cause la violación de una garantía fundamental o de un presupuesto básico de la acción y el proceso penal que no esté definido como causa de nulidad legal. Como por ejemplo, cuando la defensa se ha limitado a la posesión del apoderado, o cuando no se ha oído en indagatoria al sindicado presente en el sumario y en el juicio, o cuando falta la prueba del cuerpo del delito.

"Extremar esta tesis, nacida de la interpretación correcta de la Constitución, sería nada menos que convertir a ésta, que debe tutelar el interés del Estado de castigar la delincuencia, en protectora irrazonada de la impunidad. El excesivo celo en favor de pretendidos derechos individuales, conlleva la traición de los intereses de la comunidad".

VII. El segundo cargo deducido por el demandante con apoyo de la causal 4ª de casación, por pretendida imperfección de la sentencia, carece de todo fundamento, por las razones que a continuación se expresan.

En efecto, dice el impugnante que el fallo del Tribunal de Cúcuta no cumple las exigencias del artículo 159 del C. de P. P. vigente cuando se dictó la providencia (hoy Art. 171), porque en él se omitió la narración de los hechos que motivaron el proceso, y también porque no se precisó la infracción por la cual fue condenado el procesado Abel Boada Uribe. Mas acontece que las premisas en que se basa el censor, para idear una nulidad por supuesto quebranto del artículo 26 de la Constitución Política, no corresponden a la realidad, pues en la sentencia del ad-quem se transcribe el cuestionario propuesto a la consideración del jurado, que contiene la síntesis rigurosa de los hechos, y se dice claramente, sin lugar a la más leve duda, que por ella se reforma en parte, en el sentido expresado en el recuento de la actuación procesal, y se confirma en lo demás **"la sentencia recurrida"**, especificada ésta en la parte motiva como la proferida por el Juzgado Tercero Superior de Cúcuta el 18 de marzo del corriente año, por la cual se resolvió condenar a Abel Boada

Uribe a la pena principal de treinta y dos meses de presidio, "por el delito de homicidio en Pedro Alcántara Vejar", indicándose la fecha y el lugar en que el hecho se consumó (ver Fls. 8 y ss. del c. Nº 2).

Luego es obvio que el segundo cargo es inane.

VIII. La adición "en estado de ira e intenso dolor", hecha por el jurado en veredicto en que se afirma la responsabilidad de un acusado por homicidio, como sucedió en el caso sub-judice, es completamente irrelevante, pues esa situación anímica por sí sola, independiente de su causa, no está contemplada en la ley como circunstancia modificadora de la responsabilidad penal, como lo ha sostenido esta Sala en una de sus doctrinas más constantes y elaboradas. Al respecto es pertinente citar algunos de sus fallos:

"El veredicto "Sí es responsable en estado de ira", dado por el jurado en un caso de homicidio como el juzgado en este proceso, es simplemente afirmativo de la responsabilidad del acusado por el hecho descrito en el cuestionario y no ofrece duda ni dificultad alguna de interpretación, pues la agregación hecha al adverbio afirmativo carece de contenido jurídico, puesto que para que la ira sea relevante y adquiera forma de excusa atenuante de la responsabilidad debe estar asociada, en relación de efecto a causa, con una provocación grave e injusta, como lo prescribe el artículo 28 del Código Penal, y dicho motivo determinante tiene que ser expresamente reconocido por el jurado, como que el juzgador no puede adicionar el veredicto". (Sentencia de 13 de noviembre de 1970).

"El 'estado de ira o de intenso dolor', para que pueda acogerse a los efectos de configurar la específica atenuante que establece el artículo 28 del Código Penal, ha de ser causado, según esa misma disposición, 'por grave e injusta provocación', condición que, en obedecimiento a la expresada norma legal, es absolutamente indispensable (sentencia de 14 de octubre de 1969).

"Es cosa bien distinta y de consecuencias jurídicas diferentes el que un delito se cometa en estado de ira, y el que ese mismo estado se manifieste como complemento de la provocación injusta y grave, pues esta segunda forma de explosión si está consagrada como circunstancia modificadora del delito. Pero para ello es forzoso y necesario que esté expresado con absoluta nitidez en la respuesta del jurado". (sentencia de 12 de febrero de 1948).

"La gravedad y la injusticia son requisitos esenciales para que la pena se atenúe por provocación, porque lo que excusa no es simplemente la ira o el dolor, sino la justa causa de la ira o del dolor. Si así no fuere, todo estado emocional o pasional habría de considerarse como índice de una personalidad poco peligrosa, aunque tuviera el origen más innoble y antisocial que pudiera imaginarse, lo cual es inadmisible. Además, ha agregado la Sala, que un veredicto que no hable de esas calidades de la gravedad o la injusticia de la provocación no puede autorizar la disminución de la pena de que habla el artículo 28 del C. P. Por mandato expreso de la ley, quien debe calificar los hechos es el tribunal popular y la sentencia tiene que acomodarse a su veredicto (Art. 480, C. de P. P.). Si el juez de derecho encuentra el fallo de los jueces de conciencia contrario a la evidencia de los hechos, puede así declararlo; pero en ningún caso puede completar el pensamiento del jurado haciéndole decir lo que no dijo expresamente, porque una interpretación caprichosa basada en meras suposiciones o conjeturas no está autorizada por la ley, al contrario, debe considerarse prohibida, porque equivale a desconocer el veredicto (sentencia de 16 de julio de 1947).

IX. El veredicto emitido en la presente causa no calificó el motivo de estado e ira en que, según el jurado, obró el procesado Boada al dar muerte al occiso Vejar, y el juzgador no está facultado para determinar, mediante examen de las pruebas o de los antecedentes de la audiencia, si existió o no ofensa grave e injusta de la víctima, pues por ese sistema podría ocurrir, de llegarse a conclusión afirmativa, que la sen-

tencia se dictara con apoyo conjunto en la respuesta del jurado y en el personal convencimiento del juez, y no con sujeción estricta al veredicto, que es lo que ordena la ley (Art. 519 del actual C. de P. P., que corresponde al 480 del estatuto anterior).

X. Las consideraciones precedentes son bastantes para concluir que el sentenciador de segundo grado no infringió, por falta de aplicación, el artículo 28 del C. P., cuyos extremos no se encuentran en el veredicto en el que se afirmó la responsabilidad del inculpado Abel Boada Uribe por el homicidio por él cometido en la persona de Pedro Alcántara Vejar, y que la sentencia censurada ante la Corte se profirió en rigurosa armonía con la declaración de los jueces de conciencia, por lo cual no puede acogerse la causal 2ª de casación aducida por el demandante.

XI. No habiendo demostrado el actor ninguno de los motivos de casación invocados en la demanda, se desechará el recurso de que se trata y se ordenará devolver el expediente al tribunal de origen, dando cumplimiento al artículo 582 del C. de P. P.

Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Segundo Delegado Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado Abel Boada Uribe contra la sentencia de 21 de mayo de 1971 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, ameritada en la parte motiva.

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

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

VEREDICTO. — INTERPRETACION

Cuando los jueces de hecho responden al cuestionario que contiene los elementos estructurales del homicidio voluntario, diciendo: "Sí le causó la lesión, pero sin intención de matar", no se está frente a un veredicto absolutorio. — Dicha respuesta conlleva, el reconocimiento de la autoría material de la lesión y la voluntariedad en su ejecución, dando origen al homicidio preterintencional.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, noviembre tres de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

(Acta número 42 de 1971).

Vistos

Entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, de dieciocho de marzo último, por la cual le fue impuesta al procesado Luis María Porras Otero la pena principal de cinco años de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en su legítimo hermano Abel Porras Otero.

Conoció en primera instancia el Juzgado Primero Superior de la misma ciudad.

Hechos

Los sintetiza, así, el juzgador ad-quem en el fallo impugnado:

"Indudablemente entre los hermanos Luis María Porras Otero y Abel Porras Otero existía una vieja enemistad y resquemores por un pequeño derecho sucesoral, que tenía Luis María en la pequeña finca ocupada por Abel y que les había quedado como herencia de sus progenitores.

"En varias ocasiones Luis María provocó de diferentes maneras a su hermano Abel para que reaccionara en alguna forma, llegando hasta escupirle la cara, sin que aquel nunca intentara reaccionar violentamente contra su hermano menor. Así marchaban las cosas, cuando el domingo pasado, dieciséis de los corrientes..." (marzo de 1969) ..., "en precisos momentos en que salía Luis María Porras acompañado de Silverio Arias al sitio de 'Los Portones', dio la casualidad de que al mismo camino salía su hermano Abel, y apenas se encontraron se trabaron en la discusión de siempre, es decir, el reclamo de Luis María por el derecho en la finca ocupada por Abel, cruzándose insultos mutuamente; luego de un cruce de palabras, Luis María agarró a Abel, lo enredó con sus propios pies, lo derribó y una vez en el suelo lo dominó completamente el sindicado, le sacó su propio cuchillo y con él le causó una profunda herida en la región inguinal, que le quitó la vida en contados segundos.

"Completamente anonadado el sindicado, por espacio de dos horas se quedó de pie cerca al cadáver de su hermano, hasta que se trasladó a ese sitio la policía, la que le dio captura y lo puso a disposición de la autoridad".

Demanda y respuesta del Ministerio Público

Con apoyo en las causales segunda y primera de casación acusa el demandante la sentencia del Tribunal Superior de San Gil,

pues en su entender se hizo una aplicación indebida de los artículos 36, 362 y 365 del C. Penal, al condenar a su mandante por el delito de homicidio preterintencional.

Son del actor las siguientes consideraciones:

"La sentencia está en desacuerdo con el veredicto del Jurado, y, tal disparidad, llevó a la entidad falladora a violar la ley sustantiva, aplicando indebidamente los artículos ya citados al caso cuestionado...", pues estima el actor que, al decir el Jurado "sí le causó la lesión pero sin intención de matar", profirió un veredicto absolutorio.

Observa que los jueces de hecho guardaron silencio "en relación con la responsabilidad de Luis María Porras, lo mismo que sobre el aspecto de la voluntariedad, lo que en casos como el presente constituye el elemento síquico o subjetivo, indispensable para la integración de un homicidio preterintencional, en la forma establecida en el Art. 365 del C. Penal, de lo que se concluye lógicamente que no condenaron al enjuiciado, sino que lo absolvieron de todos los cargos deducidos en el auto de vocación a juicio".

Recuerda que "el precepto del Art. 365 exige la intención de lesionar a otro, y en este proceso...", anota el demandante..., "no encontraron los jueces populares propósito en Luis María Porras de lesionar a su hermano, lo que se desprende de la respuesta emitida, sí le causó la lesión pero sin intención de matar'; y con ese sí, afirmaron el hecho material de la lesión, pero desconocieron la voluntariedad para su ejecución, lo mismo que la intención de matar".

Expresa, por último, que en el fallo recurrido se infringió el Art. 519 del C. de Procedimiento Penal, e insiste en que "en el cuestionario se habla del elemento sicológico, de voluntad, o sea el animus de herir, pero este interrogante no fue expresamente respondido por el Jurado, como se afirma en la sentencia. Si se guardó silencio sobre el particular, no es lógico que se interprete, en contra de los intereses del acusado".

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal pide que no se case la sentencia objeto del recurso, pues encuentra que el veredicto pronunciado en el proceso "fue bien interpretado en las instancias y por lo tanto no existe desacuerdo entre la respuesta del Jurado y la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Superior de San Gil".

A las razones señaladas por el Ministerio Público habrá de referirse la Corte en seguida.

Considera la Corte

Dice el actor que invoca la causal segunda de casación y que también propone la primera, pero solo como consecuencial de aquella, por lo cual aduce las mismas razones para sustentar una y otra.

Pues bien:

No se tiene en la sentencia impugnada desacuerdo alguno con el veredicto del Jurado.

El cuestionario propuesto, dice:

"Cuestión única: El acusado Luis María Porras Otero **es responsable de haber ocasionado en el cuerpo de su legítimo hermano Abel Porras Otero, la herida de arma corto-punzante descrita en la diligencia de autopsia visible al folio 27 del sumario, herida que produjo la muerte de la víctima, hecho ejecutado voluntariamente, con intención de matar y, consumado en la vereda de 'San Pedro', jurisdicción de este Municipio, el diez y seis de marzo de mil novecientos sesenta y nueve?".**

La respuesta de los jueces de hecho, ya mencionada por el demandante, es la siguiente:

"Sí le causó la lesión pero sin intención de matar".

A tal pregunta única o cuestión única presentada por el juez de derecho al Jurado se dio respuesta con una sola modificación: la de negar la intención de matar. Todo lo demás del cuestionario fue aceptado por los jueces de hecho, pues ninguna otra salvedad hicieron a la pregunta que les fue formulada.

Recuérdese que el artículo 535 del C. de Procedimiento Penal, al ocuparse del veredicto, dice que "los jurados deberán contestar cada uno de los anteriores cuestionarios con un sí o un no, pero si juzgaren que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario, podrán expresarlo así brevemente en la contestación.

Es obvio, entonces, que si el tribunal popular, en este caso, hubiera querido rechazar la "voluntariedad" o la intención del acusado en la herida que ocasionó al occiso, a más de la ausencia de la intención de matar igualmente hubiera negado esa parte de la pregunta, relativa a si el hecho fue ejecutado voluntariamente, esto es, la "herida de arma corto-punzante descrita en la diligencia de autopsia". Y como así no lo hizo el Jurado, esa respuesta única a ese cuestionario único es un todo que el juzgador en las instancias tenía el deber de aceptar, salvo la declaración de contraevidencia (Arts. 519 y 565 del C. de Procedimiento Penal).

De otra parte, la Corte acoge los razonamientos del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, a saber:

"En primer término, el acervo probatorio allegado al informativo enseña que el hecho ilícito atribuído al acusado no fue producto del acaso, sino que con conciencia y voluntad injurió a su hermano, lo derribó, y ya en el suelo, le dio un golpe con el cuchillo que portaba. Por lo demás, todos los testigos en el proceso dieron cuenta de la animadversión de Luis María Porras respecto de su hermano Abel, por la finca que este último explotaba y en la cual aquel creía tener derecho y en varias oportunidades no solamente ofendió de palabra, sino que recurrió a las vías de hecho.

"En segundo término, el defensor del procesado al intervenir en la audiencia pública insinuó que la muerte de Abel Porras era accidental y propuso al Jurado contestar: 'no es responsable por falta de pruebas'. Pero agregó que si el tribunal de conciencia estaba convencido de que Luis María Porras había sido el autor de la herida, sometía a su consideración la siguiente respuesta: 'sí le causó la lesión sin intención de matar', y explicó que si hubiese tenido la intención de matar, no se había causado una herida como la descrita en la necropsia, con un cuchillo de diecinueve pulgadas y teniendo en cuenta la contextura física del acusado.

"En tercer término, el jurado optó por la última solicitud propuesta, y redactó el veredicto con las mismas palabras del defensor, descartándose, así la primera, en la cual se pretendía declarar la irresponsabilidad del acusado, por tratarse de una muerte accidental.

"En cuarto término, la interpretación correcta del veredicto enseña que, de un lado, el Tribunal popular reconoció que Luis María Porras era autor material de la lesión sufrida por su hermano Abel y la ejecutó 'voluntariamente', y, de otra parte, que el hecho se realizó 'sin la intención de matar'. Resulta, por tanto, concluyente que el jurado descartó el homicidio intencional, de una parte, y negó la muerte accidental de Abel Porras, por otra, y por tanto, declaró responsable a Luis María de la muerte de su hermano por haberle causado la lesión que produjo el deceso 'voluntariamente', lo cual equivale al homicidio preterintencional".

No prospera, en consecuencia, la causal segunda de casación invocada, como tampoco la primera, apoyada por el demandante en las mismas razones para una y otra.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador 2º Delegado en lo Penal, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, de que se hizo mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada, Secretario.

CASACION. SU TENICA

La Corte reitera su doctrina de 9 de julio de 1971, en relación a la formulación defectuosa de los cargos, llamada "Proposición Jurídica incompleta". Violación indirecta de la ley. Cuando el actor cita como violadas normas procedimentales debe puntualizar las disposiciones sustanciales que el juzgador violó a través del desconocimiento de aquellas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, trece de noviembre de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Alvaro Luna Gómez).

(Aprobado: Acta Nº 44, noviembre 14 de 1971).

Vistos

El 24 de febrero de 1971, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, con el voto en contra de uno de los Magistrados integrantes de la respectiva Sala de Decisión, condenó a Luis Alberto Arciniegas Guerra a cuatro años de presidio como responsable del delito de peculado por el cual se le había llamado a juicio, aplicando el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951; fallo que confirmó en todas sus partes el proferido por el Juez Primero Penal del Circuito de Armero, en 28 de octubre de 1970, y contra el cual recurrió en casación el defensor del procesado.

Habiéndose agotado el trámite, calificado la demanda y surtido el traslado a la parte no recurrente (Ministerio Público, procede a resolverse el recurso extraordinario, previo el recuento de los hechos, el examen del libelo y el estudio de las respuestas del Procurador Primero Delegado en lo Penal.

El proceso

Por Resolución Nº 2 de 5 de enero de 1970, Héctor Villegas Arbeláez, Visitador de la Contraloría General del Departamento del Tolima, quien se encontrabà cumpliendo sus funciones en Honda, fue comisionado para investigar "las irregularidades que se hayan cometido en el manejo de los fondos y bienes" del Estanco de Armero. Fue así como practicó en esta Recaudación la Visita extraordinaria iniciada a las 4 de la tarde del citado 5 de enero, de que da cuenta el Acta de 25 folios que suscribió conjuntamente con el Auditor Seccional de Honda y el empleado responsable del manejo, Luis Alberto Arciniegas (cuyo carácter se acreditó, lo mismo que el ejercicio de sus funciones), en la cual se dedujo a cargo de éste un faltante de $ 59.299.26.

El acta informa que la visita terminó diez y siete días después de iniciada con la siguiente observación: "En este estado, como hasta la presente fecha el señor Luis Alberto Arciniegas, Recaudador Estanquero de Armero, no ha reintegrado el faltante deducido de los fondos comunes, por valor de $ 59.234.06 y $ 65.20, de los elementos devolutivos no encontrados en la oficina, se deja a cargo del citado empleado, los valores así: faltante reflejado en la presente visita, $ 59.234.06; faltante de elementos devolutivos, $ 65.20; total dejado a cargo, $ 59.299,26".

Al concluír la primera jornada el 5 de enero, el funcionario visitado confesó haber retirado de los fondos oficiales la suma de dos mil pesos a buena cuenta de su sueldo, firmado un recibo, lo que no fue aceptado por el Visitador. Luego manifestó que en la misma fecha, al abrir la puerta del local, la había encontrado con un solo candado, hecho que denunció al Inspector, quien en su compañía y en la de varios agentes del F-2 llevó a cabo "una clase de inspección ocular y constataron las existencias de licores del depósito y volvieron a salir". Como el visitador no aceptara esta explicación, le pidió el reintegro de los valores faltantes, pero el estanquero respondió que carecía de fondos para cumplir tal operación. En la indagatoria de folios 117 y ss. del cuaderno original reitera la admisón del faltante, que equivale a unas ciento cincuenta cajas de aguardiente envasado en botellas, y dice que la oficina fue objeto de un robo en la noche del 4 al 5 de enero de 1970.

Se practicaron numerosas diligencias, entre otras una inspección judicial (folio 56), en la cual se reconoció que todas las cosas se encontraban en completo orden, sin que hubieran sufrido violencia, situación que corrobora el informe del DAS (folio 79) y el de la Policía (folio 181).

Además, se recibieron los testimonios de Pedro José Hernández y Francisco Gordillo (folios 86 y 89), celadores de las Rentas del Tolima, quienes aseguraron que el 3 de enero estuvieron en el local del estanco y vieron que el volumen de cajas de licor era aproximadamente el mismo que dos días después encontró el Visitador de la Contraloría. También fueron oídos Guillermo Arango González y Guillermo Cuéllar Cardona, quienes, en distinta forma confirman la duda sobre el robo cometido en el estanco. Los agentes de la Policía Jaime Torres y Hernando Ureña (folios 80 y 100) contribuyen igualmente a fortalecer esta posición. Lo mismo se evidencia con las declaraciones de Juan Bautista Chauses y otros.

Teniendo en cuenta todo este acervo probatorio, el Juez Primero Penal del Circuito de Armero dictó auto de proceder contra Luis Alberto Arciniegas, por el delito de peculado, providencia que no fue recurrida por el interesado ni por su apoderado. Sobre tales bases provino la sentencia de primer grado, confirmada por la que es materia del presente recurso.

La demanda

Se apoya en la causal primera, cuerpo segundo, del artículo 56 del Decreto 528 de 1964 (Art. 580 del Decreto 409 de 1971), diciendo que el fallo "viola indirectamente la ley por erradas apreciaciones de los hechos fundamentales referentes al cuerpo del delito y de la responsabilidad, lo que necesariamente llevó a errores de derecho al aplicar la ley penal sustantiva y la procedimental.

Enuncia estas pruebas, que, a su juicio, fueron "erróneamente calificadas":

a) El acta de visita, a la que el fallo dio "valor de plena prueba del delito de peculado por considerarla una presunción de cargo, violando así los artículos 203, 204 y 205 del Código de Procedimiento Penal";

b) Las declaraciones de Pedro José Hernández, Guillermo Arango González, Guillermo Cuéllar Cardona, Juan Bautista Chauses, Jairo Torres y Hernando Ureña, así como la inspección practicada por el Visitador, elementos probatorios a los que se dio un valor de que carecen, violando los artículos 203 y 204 del estatuto procesal;

c) Declaraciones de Julio Morales Celis, Daniel González, Pedro García Clavijo, Rafael Montes, María Elena Sierra, Alonso Cruz Ayala, a las cuales no se les dio su verdadera significación, desconociendo las mismas normas antes citadas, además del artículo 224 sobre testimonio, y

d) "No se tuvo en cuenta la omisión de las autoridades jurisdiccionales e investigadoras para establecer si mi mandante estaba en lo cierto cuando denunció un delito de robo perpetrado en las oficinas a su cargo".

Como demostración de los puntos anteriores contiene el libelo extensas razones tendientes a fundamentar las conclusiones siguientes:

1. "Considero que el juzgador de segunda instancia incurrió en error al darle a la visita fiscal del funcionario de la Contraloría General del Departamento del Tolima, valor de plena prueba de responsabilidad violando indirectamente la ley penal, tales como los artículos 203, 204, 205 del Código de Procedimiento Penal, y el artículo 11 de la declaración universal de los derechos humanos que el Gobierno de Colombia suscribió el 10 de diciembre de 1948";

2. "Considero que al darle en la sentencia recurrida tanta validez a las declaraciones que acabo de analizar (las de Pedro José Hernández, Francisco Gordillo Ureña, Guillermo Arango, y otras) se les dio un valor probatorio que no tienen, violando indirectamente la ley sustantiva y la procedimental";

3: "En la sentencia que demando al darle la fuerza probatoria que le dio (a los testimonios de los celadores y policías), erró por mala interpretación de los hechos y de las pruebas, llevando a errores de derecho al darle aplicación de la ley tanto sustantiva como procedimental";

4. "Al desestimar todas estas pruebas que favorecen al procesado (declaraciones de Julio Morales Celis, Daniel González, Pedro García Clavijo, Rafael Montes, Alonso Cruz, Alejandro Rendón, y Misael Devia), se ha incurrido en error de hecho y se han violado indirectamente claras disposiciones de derecho como las que consagran que la duda favorece al sindicado y se desconoce la presunción de inocencia".

5. "Considero que he fundamentado la presente demanda con base en la realidad procesal y estoy convencido de que con la sentencia recurrida se violó la ley por apreciación errónea de las pruebas, lo que necesariamente llevó a errores de derecho como las no considerar (sic) lo dispuesto por los artículos 203, 204 y 205 del Código de Procedimiento Penal vigente al momento de dictarse la providencia que acuso". Como conclusión pide se case el fallo y se absuelva al procesado.

El concepto del Procurador

El Procurador Primero Delegado en lo Penal pide se deseche la demanda de casación "toda vez que en forma alguna se demostró plena y legalmente el fundamento o entidad que deben tener los planteamientos acusatorios a la sentencia", y porque, de otro lado, existe la prueba suficiente del delito de peculado atribuido al Recaudador de Rentas Departamentales de Armero, y no solo con el acta de visita sino con medios igualmente importantes, que el Agente del Ministerio Público discrimina adecuadamente.

Al referirse a la errónea interpretación de la prueba testimonial, observa que el libelo se aparta de los mecanismos propios del recurso "para demostrar cuáles fueron las normas disciplinarias de la prueba desairadas por el ad-quem, ora por no habérseles oído para su aplicación, o ya porque tenidas en cuenta se les dio aplicación equivocada". Todo lo cual implica que el actor es deficiente en la comprobación de las irregularidades del fallo, máxime cuando prescinde de oponer un hecho a otro hecho, dejando que los cargos vayan envueltos en criterios muy amplios de interpretación.

Finalmente afirma que el demandante incumplió la obligación de indicar las normas sustantivas quebrantadas en el fallo recurrido, obligación que no puede trasladarse "hacia planteamientos de subversión a la ley procedimental o adjetiva, como lo hizo el señor demandante en el caso sub-examine, pues no es otra la disposición del artículo 580 del C. de P. P. vigente, siendo la misma contenida en el Decreto 528 de 1964 (Art. 56), al decir que la casación en materia penal procede cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustancial, sin ampliar la facultad cuando se crea que lo violado fue perteneciente al cuadro normativo procedimental".

Consideraciones

Como se deduce claramente del libelo y se comprueba con las transcripciones que antes se han hecho del mismo, el actor acusa el fallo por violación de cuatro normas del C. de P. P., pero sin puntualizar cuál fue o cuáles fueron las disposiciones sustanciales que el juzgador violó a través del desconocimiento de aquéllas. En otros términos, la demanda prescinde de una exigencia absolutamente necesaria en este recurso extraordinario, cual es la de enunciar y demostrar la violación básica de la ley cometida mediante las apreciaciones defectuosas de las disposiciones de procedimento. En este sentido, la impugnación es incompleta y a la Corte no le incumbe concluír lo que el demandante dejó sin precisiones de fondo. La violación medio, ha repetido la Sala en numerosos fallos, debe ser el punto de partida para demostrar la violación fin, cuyo examen se enfrenta a la naturaleza misma del recurso de casación.

No existen motivos para que la Corte entre al estudio de la impugnación, pues las partes de ésta aparecen sueltas, sin que lleguen a su culminación definitiva, indicando el precepto penal cuya indebida aplicación ocasionó el agravio. A esta formulación defectuosa se le ha venido llamando proposición jurídica incompleta, que consiste en críticas parciales de un todo unitario, que, en su aspecto principal, queda sin referencia suficiente.

Sobre el particular, dijo la Corte en casación del 9 de julio del año en curso:

"Cuando la correspondencia jurídica entre las partes se establece sobre un conjunto de preceptos integrados que pueden ser dos o más, todos deben postularse en la acusación para los efectos de la causal primera. Si así no se hace, o por mejor decir, si se citan uno o algunos de ellos, aunque los acusados resulten probados, dejando sin referencia los demás que refrenden la misma cuestión o permiten el discernimiento de los mismos derechos, se incurre en lo que la jurisprudencia civil y penal ha venido denominando proposición jurídica incompleta. La acusación llega a cierto punto, correctamente enfocada contra las normas irregularmente aducidas por el juzgador, dejando otras, enlazadas íntimamente con éstas. La crítica se queda así en mitad de camino, y no puede la Corte en este recurso extraordinario suplir lo que el actor dejó inconcluso, porque la casación no es un nuevo grado de jurisdicción. Igual cosa sucede cuando se alega error en la apreciación de las pruebas sin indicar las normas sustanciales indirectamente violadas. Es otra proposición incompleta, que impide la procedencia del recurso por indebida presentación del cargo".

El actor dejó de señalar las disposiciones sobre peculado indirectamente violadas por el juzgador, y demostrar el concepto de la violación. Por consiguiente, como lo enuncia el Agente del Ministerio Público, no puede entrarse al examen de los cargos porque ello significaría completar oficiosamente lo que la demanda ni siquiera plantea. En estas condiciones, habrá de desecharse el recurso.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra el fallo del Tribunal Superior de Ibagué, que condenó a Luis Alberto Arciniegas Guerra a cuatro años de presidio, como responsable del delito de peculado.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CASACION. VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY PENAL SUSTANCIAL

Al proponer la violación indirecta de la ley penal sustancial, se rechazan los presupuestos de hecho de la sentencia acusada, y en consecuencia el actor debe demostrar el error de hecho o de derecho en que incurrió el juzgador de segunda instancia al hacer la valoración del recaudo probatorio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, trece de noviembre de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Mario Alario Di Filippo).

(Aprobado: Acta Nº 44).

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante sentencia calendada el 7 de mayo del año en curso, condenó a Guillermo Torres a la pena principal de cuatro años y diez meses de prisión y a las accesorias correspondientes como responsable de los delitos de violencia carnal e incesto perpetrados en sus menores hijas Ana Cecilia y Teresa Torres Flórez.

Contra esta sentencia interpuso oportunamente el procesado Torres recurso de casación, que fue concedido por el Tribunal y declarado admisible por esta Sala.

Dentro del término legal, el apoderado de dicho procesado presentó la demanda sustentadora del recurso interpuesto, que esta Sala declaró ajustada a las exigencias legales, y ordenó correr traslado de la misma, por el término de quince días, a la parte no recurrente, que formuló el condigno alegato.

Cumplidos, pues, los trámites correspondientes, procede la Corte a resolver el referido recurso.

Hechos y actuación procesal

El juzgador de segunda instancia resume los hechos que dieron origen a esta investigación, así:

"En el mes de mayo de 1970, José Guillermo Torres, hijo del procesado, según cuenta la esposa de éste, fue a la casa a llamar al papá, para avisarle que la hermana Cecilia se encontraba en la Inspección de Policía, motivo por el cual el procesado se fue en compañía de su hijo para la Inspección, con el fin de que la dejaran allí, pues hacía tres días estaba huyendo de la casa; esa noche dejaron a la menor en la Inspección, habiendo regresado el procesado y habiéndole dicho a su esposa, Celmira de Torres, que al día siguiente tenía que ir a las ocho de la mañana a la Inspección, con el fin de llevar a la menor Cecilia al Juzgado de Menores. Al día siguiente, se dirigió la señora Celmira Flórez de Torres, con su hijo José Guillermo, a la Inspección y cuando llegaba ya, su hija era llevada al Juzgado de Menores, lo que ocurría un sábado, habiéndosele dicho en el Juzgado que volviera por el día lunes; regresó la señora Celmira a la Inspección y un Agente de apellido Ramírez le dijo que esperara que llegara el papá, ya que la menor Cecilia no quería vivir en la casa; como le manifestara que su esposo llegaba tarde, éste le refirió que la menor le había contado que se hallaba aburrida en la casa porque el papá le hacía muchas groserías, lo que no había contado antes por no dañar el hogar; que su padre era un atrevido y que el mismo agente le dijo a la señora Celmi-

ra preguntara a la otra niña, de nombre Teresa sobre el particular. Que cuando la citada señora preguntó a Ana Cecilia si era cierto lo informado por el agente, éste le dijo que fueran y le preguntaran a Teresa, y al ser interrogada ésta, repitió que su padre le ponía esa cosa para que se lo mamara; le contó también Teresa que el padre la acostaba en la cama desnuda, le quitaba los calzones, le ponía esa 'cosa' en las piernas de ella y arrojaba una cosa blanca y que también le ponía el miembro para que lo chupara. Agregó la denunciante, de cuyo relato se han tomado los hechos anteriores y lo cual es de especial importancia para los fines de esta providencia, que cuando llegaron a la casa procedentes de la Inspección su esposo le dijo que para qué había llevado a esa 'perra vagabunda', refiriéndose a Ana Cecilia, que se largara de allí y que le iba a pegar o darle trompadas, lo que no hizo por su intervención. Que la misma Ana Cecilia le informó a la señora Celmira, que su esposo le había dado a su hija una máquina de coser, pidiéndole en cambio que se le entregara del todo, y por no aceptarle le había dado fuete; que la misma Cecilia le contó que su padre le había introducido parte del miembro, sin que arrojara sangre, todo lo cual hacía el padre con su hija desde cuando tenía seis años de edad, aprovechando el procesado que su esposa no se encontraba en la casa. La misma Cecilia le informó a su madre había visto por la ventana cuando su padre se hacía chupar el miembro de la niña Teresa. Estos hechos relatados por la esposa del procesado aparecen a Fs. 17 vuelto. Y a Fs. 23 a ss. aparece ampliación del dicho de la misma Celmira Flórez, quien relató que su hijo José Guillermo, antes de viajar a Bogotá, le había dicho que cuando él tenía ocho años de edad había visto a su padre con Ana Cecilia haciendo groserías, que la tenía desnuda, que la tenía tapada con la cobija".

El 8 de junio de 1970, la Defensora Penal de Menores de Cali formuló denuncia por los hechos anteriores en memorial dirigido al Juez Penal del Circuito (reparto). El Juzgado Primero Penal del Circuito de Cali inició la investigación y comisionó al Juzgado 17 Penal Municipal de la misma ciudad para perfeccionarla.

El Juzgado del conocimiento, en auto de 8 de octubre de 1970, llamó a juicio a Guillermo Torres por los delitos de incesto, violencia carnal y corrupción de menores. Ejecutoriada esta providencia, se adelantó el plenario, que culminó con la sentencia condenatoria de primer grado, confirmada por el Superior con la modificación de condenar a Guillermo Torres solamente por los delitos de violencia carnal e incesto.

La demanda de casación

El demandante, en escrito presentado en tiempo y que se declaró formalmente ajustado a las exigencias legales, impugna la sentencia de segunda instancia aduciendo la causal de casación contemplada en el inciso segundo del ordinal 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, a cuyo amparo formula el cargo de violación indirecta de la ley sustancial en los siguientes términos:

"Por haberse, pues, apreciado erróneamente las declaraciones de Ana Cecilia y Teresa otorgándoseles un valor probatorio de que carecían; por haber existido falta de apreciación de las declaraciones de la señora Celmira Flórez madre de las muchachas y de las señoras María Irene Restrepo Aguirre y Aydeé Marín de Moreno en el sentido de que el tratamiento cruel, brutal y sin piedad del padre para con sus hijas hizo nacer y permanecer encendido permanentemente el odio sin límites de éstas para con su progenitor; por llegar a la suposición de una prueba inexistente para afirmar que Ana Cecilia fue encontrada en una casa de uno de los barrios caleños y no en un lenocinio y por haberle dado valor de plena prueba a un solo indicio no necesario, hubo violación indirecta de la ley sustancial —artículo 215 del Código de Procedimiento Penal.

En desarrollo de su argumentación el actor transcribe el concepto del Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Cali, el salva-

vamento de voto del Magistrado Doctor Raúl Arias López y apartes del fallo recurrido, para luego "consignar comentarios personales" y "proponer hipótesis" acerca de la manera como ocurrieron los hechos. Al final del libelo transcribe el antiguo artículo 204 (hoy 216) del C. de P. P. y el 580 ibídem en su numeral 1º, y concluye solicitando que la Corte case el fallo y dicte "el que debe reemplazarlo".

Concepto del Procurador

El Procurador Segundo Delegado Penal hace un detenido análisis de la causal que le sirve al recurrente para impugnar el fallo del Tribunal de Cali, análisis que lo lleva, discriminando el cargo, a no encontrar fundamento alguno para invalidar la sentencia. Por tratarse de un estudio a fondo, la Corte citará algunos de sus apartes en el cuerpo de esta providencia.

Consideraciones de la Corte

La casación —como lo ha dicho la Corte reiteradamente— no es una nueva instancia que comporte la revisión total del proceso en su aspecto fáctico y en las cuestiones jurídicas. En ella se plantea un juicio de derecho limitado, que comprende únicamente el examen de los vicios que la parte recurrente impute a la sentencia acusada y dentro de precisos motivos, para determinar, mediante la confrontación del fallo con la ley, si ésta ha sido o no correctamente aplicada por el juzgador de segundo grado.

"Por el carácter extraordinario y limitado del recurso de casación, es deber del recurrente formular con claridad y precisión los motivos de ataque a la sentencia impugnada, dentro de los establecidos en la ley, y fundamentarlos de tal manera que permita a la Corte el estudio del juicio de derecho contenido en el fallo, y comprobar si en éste se ha violado la ley y por qué concepto".

Y son especialmente rigurosos los requisitos, como observa el Agente del Ministerio Público, cuando se aduce la violación indirecta de la ley penal sustancial, porque no se satisfacen con el mero examen de las pruebas, por tercera vez, sino que el actor debe demostrar a plenitud el error de derecho o el de hecho, manifiesto en los autos, en que pudo incurrir el juzgador de segunda instancia en la sentencia sometida a la revisión de la Corte.

En efecto, en múltiples fallos ha dicho esta Sala que la violación indirecta de la ley requiere, para que prospere en casación, que el demandante compruebe o demuestre que los hechos fueron, de modo evidente, errónea o indebidamente interpretados por el sentenciador, bien atribuyéndoles un valor probatorio que no tienen, o negándoles el que en sana crítica probatoria debía darles. Un planteamiento de esta naturaleza presupone confrontar los elementos de prueba para señalar el error y surgir éste de modo tan nítido que resulte irrefragable el quebrantamiento indirecto de la ley.

También ha expresado esta Sala que su facultad en la estimación de las pruebas dentro del recurso de casación "se limita a aquellos casos en que es protuberante el error, o sea, cuando el hecho de que se parte no se ha realizado, o el documento que se tuvo en cuenta para establecerlo contiene algo distinto de lo traducido o no existe, o el testimonio en que se apoya la condena resulta ineficaz por lo que expresa o niega en orden a probar la responsabilidad..." (G. J., t. XXXI, Nros. 2160-2161, Págs. 845 a 846).

Y es que la violación indirecta de la ley ocurre cuando el quebrantamiento del precepto legal proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, siendo necesario en estas hipótesis que se alegue por el recurrente sobre este punto en el sentido de haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho o de hecho que aparezca de modo ostensible en los autos.

A dicha violación (que es la aducida por el actor) alude el inciso o aparte segundo del ordinal 1º del artículo 580 del C. de P. P. En esta infracción el demandante rechaza los presupuestos de hecho de la sentencia que acusa y tiene el deber de demostrar

que por un error de derecho o de hecho, que aparezca de modo manifiesto, en la estimación del recaudo probatorio del proceso, se llegó al quebrantamiento de la ley, que no se habría aplicado como se aplicó de no haber mediado esa clase de error; lo que no hizo el demandante, pues se limitó a una serie de apreciaciones personales respecto del material probatorio, para oponer su criterio al del fallador, pero sin precisar el error de hecho o de derecho en que éste hubiera podido incurrir en la evaluación de la prueba, como es exigido en casación. Tampoco expresa el actor cuál es el precepto legal sustancial que reputa transgredido indirectamente, pues el artículo que, según él, no se tuvo en cuenta fue el 216 del C. de P. P. y la "violación indirecta" que se cometió fue la del artículo 215 ibídem, sin puntualizar el concepto de tal violación.

Por las razones expuestas la Sala acoge plenamente las siguientes observaciones del Ministerio Público:

"Primera. Si bien al folio tres del libelo se lee que se impugna la sentencia del Tribunal Superior de Cali 'en la falta de apreciación o en la apreciación errónea de las pruebas de tal manera que por error de hecho y de derecho al suponer una prueba inexistente, al apreciarse pruebas de irregular asunción en la causa...', es lo cierto que el actor se limita a exponer su punto de vista personal y oponerlo al del juzgador, pero no demuestra, en relación con cada elemento del juicio, el error de derecho o el error de hecho manifiesto en que se incurrió.

"Segunda. Al invocarse el error de derecho, era obligatorio indicar el precepto regulador de la prueba que se considera infringido y la demanda en estudio no cita norma alguna relativa a esa materia.

"Tercera. La demostración del error de derecho, por dar a un medio probatorio un valor que la ley le niega o no atribuírselo cuando la ley lo otorga, o el error de hecho manifiesto por reconocer valor a un hecho inexistente o negárselo cuando se trata de uno realmente ocurrido o por falta de apreciación, es totalmente ignorada, ya que, se repite, el demandante comenta en general las pruebas allegadas al informativo sin precisar en cada caso el concepto de la violación.

"Cuarta. Se ignora la ley penal sustantiva que se considera infringida, ya que la única citada en la demanda es el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal. Conforme a los términos de la casación, el actor ha debido mencionar y probar la violación de la norma medio y de la norma fin (Proposición jurídica completa)".

Consecuencia lógica de todo lo expresado es que debe desecharse el recurso, de acuerdo con el artículo 582 del C. de P. P.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, acorde con el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado Guillermo Torres contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, expresamente determinado en la motivación de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

DERECHO DE DEFENSA

La nulidad constitucional ocasionada por el abandono del procesado al arbitrio exclusivo del funcionario, solo se produce cuando la indefensión ha sido total. — Cuando la conducta del procesado se adecua a lo dispuesto en el inciso primero del Art. 316 del C. P. no es indispensable comprobar la edad del sujeto pasivo de la infracción.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, trece de noviembre de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

(Aprobado: Acta número 44).

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante sentencia calendada el 30 de mayo de 1970, condenó a Miguel Cipriano Castro y a Wilson Becerra López a la pena de dos años y dos meses de prisión y a las accesorias correspondientes, por el delito de violencia carnal perpetrado en la persona de Jesús Antonio Giraldo, en la noche del 1º de mayo de 1969, en el área urbana de la ciudad de Medellín.

Contra esta sentencia interpuso oportunamente el Fiscal Primero del Tribunal Superior de Medellín recurso de casación, que fue concedido por dicha Corporación y declarado admisible por esta Sala.

Dentro del término legal, el Fiscal recurrente presentó la respectiva demanda sustentadora del recurso interpuesto, que esta Sala declaró ajustada a las exigencias legales, y ordenó correr traslado de la misma al Procurador Segundo Delegado Penal, por el término de quince días, de conformidad con el artículo 571 del C. de P. P. en relación con el 190 ibídem. El Procurador Segundo Delegado Penal se abstuvo de ampliar la demanda del Fiscal, porque ésta se apoya en alegaciones que él no comparte, "pues está de acuerdo con la sentencia del Tribunal".

Cumplidos, pues, los trámites correspondientes, procede la Corte a resolver el referido recurso.

Hechos y actuación procesal

Los hechos que dieron lugar a la investigación se relátan, en el auto de vocación a juicio (Fol. 27), así:

"A Fls. 3 fte. narró el ofendido (Jesús Antonio Giraldo) cómo a eso de las diecinueve y media horas del día, más o menos, primero de mayo del corriente año y cuando acompañado de Gustavo Giraldo Arias, su patrono, se dirigía a su casa por haber terminado la jornada, fueron interceptados, cerca al puente de la América, por dos sujetos de los cuales uno portaba machete y con esta arma golpearon a Giraldo Arias, procediendo en seguida a ejecutar con el menor Giraldo García, ambos sujetos y por turno, el acoplamiento carnal, para exigir luego de la víctima y a su acompañante que debían pasar la noche dentro de unos tubos

que hay en el lugar. Pero que lograron huir, avisar a unos agentes de la autoridad y hacer capturar a los agresores. A tales sujetos, el menor ofendido, Fs. 3 vto., los reconoció en 'rueda de presos', indicando el orden en que lo accedieron. Resultaron ser Miguel Cipriano Castro y Wilson Becerra López".

El Juzgado Décimoquinto Penal del Circuto de Medellín, en auto de 13 de octubre de 1969, llamó a juicio a Miguel Cipriano Castro y a Wilson Becerra López por el delito de violencia carnal "previsto en el Capítulo I, Título XII, Libro Segundo, del Código Penal", "porque mediante la violencia moral y con el concurso de otro", cada uno de ellos "sometió al acceso carnal homosexual al menor impúber Jesús Antonio Giraldo García, el día primero de mayo de mil novecientos sesenta y nueve, entre las diecinueve y las veinte horas, en un lugar cercano al puente de la América de esta ciudad y comprensión jurisdiccional del Circuito Penal de Medellín".

Interpuesto el recurso de apelación contra este auto, el Tribunal lo confirmó en el suyo de 12 de diciembre de 1969.

Dictóse la sentencia de primer grado el 2 de abril de 1970, que fue confirmada por el Superior en 30 de mayo del mismo año, con la modificación de aumentar la pena impuesta a los procesados.

La demanda de casación

Al través del inciso segundo del ordinal primero y del ordinal cuarto del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, el Fiscal Primero del Tribunal Superior de Medellín le formula diversos cargos al fallo recurrido, a saber:

Causal primera
(inciso segundo)

Este cargo lo concreta el demandante en los siguientes términos:

"a) No se acreditó la edad del ofendido, mediante ninguno de los medios señalados por la ley, principales o accesorios(Copia partida notarial del estado civil, eclesiástica, declaciones (sic), dictamen médico, declaraciones, etc.). Se omitió entonces una prueba de trascendental importancia, como fue la de acreditar si el presunto ofendido, en el momento que se dice fue accedido carnalmente, era menor de catorce años.

"b) Incurrió en notorio error el mismo Tribunal, al pretender establecer la materialidad del delito, con el simple dicho del ofendido, sin otra prueba de sustentación, cuando la prueba pericial, si en verdad no es la única, era de rigor en este caso.

"c) Incurrió en notorio error el Tribunal, con los testimonios de los ofendidos, satisfacer los presupuestos señalados en el artículo 203 del C. de P. Penal, violando esta norma e indirectamente el artículo 316 del C. Penal. En efecto, la escasa prueba que se allegó, está conformada por los testimonios de Jesús Antonio Giraldo y Gustavo Giraldo, inquietantes en su forma y contenido, precisamente por la naturaleza del oficio que desempeñan, el medio social que los rodea y en cuanto a Gustavo, sí se acreditó que estuvo detenido en la cárcel del distrito y precisamente en la época señalada por Wilson Becerra. Luego, el procesado no era ningún desconocido para el segundo de los nombrados.

"d) Incurrió en notorio error el Tribunal al desechar pruebas legalmente producidas, con el lleno de las formalidades legales, como fueron las declaraciones de los dos agentes Amorocho Pablo y Moncada Montoya Guillermo, con las cuales se acredita un delito imperfecto de robo y no de violencia carnal.

"e) Se equivocó el Tribunal en las circunstancias de tiempo, modo y lugar. En efecto, mientras el presunto ofendido habla 'Ahora, como a las siete y media de la noche...', los uniformados hablan de que el procedimiento se realizó a las nueve y quince de la misma noche; en cuanto al modo, los policías se refieren de que iban a ser víctimas de 'un atraco' y el ofendido de un delito contra la libertad sexual y lugar, el ofendido cita las inmediaciones de la orilla

del río Medellín y los representantes de la autoridad, que fueron capturados cuatro cuadras de distante de dicho sitio. Son cuestiones éstas inconciliables, que tocan el fondo de la prueba y no la forma. Esta apreciación inexacta, errada, deformada, llevó al Juzgador de segunda instancia a una indebida aplicación de la ley o formulación del derecho que se enfatizó al confirmar la sentencia de 1º grado".

Termina este cargo del demandante solicitando que la Corte invalide la sentencia y "profiera otra que la sustituya, incuestionablemente absolutoria".

Causal cuarta

El cargo, planteado al amparo del ord. 4º del Art. 56 del Decreto 528 de 1964, lo formula el recurrente, como subsidiario, de este modo:

"Ya se dijo y se comprueba con el simple examen que se haga del expediente, que éste se adelantó, durante el juicio y no se puede ocultar, también durante la etapa sumaria, con la ausencia de un defensor —apoderado— con un defensor de oficio, quien se limitó a suscribir la posesión, sin desplegar ningún acto a favor de sus defendidos, ya mediante petición de pruebas, insistir sobre las insinuadas por la Fiscalía y ordenadas por el Tribunal, ni menos interponer recursos, ya que ni siquiera se enteró acerca de la culminación del proceso, pues la sentencia condenatoria se notificó por edicto, prolongándose en esta forma el recurso de alzada interpuesto por los procesados. Una inercia o inactividad del profesional designado, genera como es obvio, un quebrantamiento al derecho de defensa, pues ésta no es una actividad pasiva, insustancial. Y no es el caso de expresar que la inactividad del defensor fue la mejor línea de conducta respecto a la situación de los procesados, cuando se puede pregonar, sin exageraciones que Castro y Becerra, fueron condenados sin ser oídos en juicio.

"Lo expuesto, de manera clara y concisa, nos sirve para indicarnos que Castro y Becerra, se repite, carecieron, en absoluto de defensa, pues el defensor de oficio designado por el Juzgado, estuvo por completo ausente de la suerte de sus defendidos".

Concluye el demandante solicitando subsidiariamente que "se case la sentencia, declarando la nulidad, en los términos consignados atrás de conformidad con la causal 4ª del artículo 56 del Decreto ley 528 de 1964", por violación del artículo 26 de la Carta Fundamental consistente en el quebranto del derecho de defensa.

Se considera

La acusación a la sentencia recurrida, sustentada por el Fiscal Primero del Tribunal Superior de Medellín, se formula al través de las causales de casación que el artículo 56 del Decreto 528 de 1964 consagra en sus ordinales 1º y 4º (hoy ordinales 1º y 4º del artículo 580 del C. de P. P.), cuyo estudio se realizará en el orden lógico, vale decir, empezando por la segunda causal invocada, que es la del nombrado ordinal 4º.

Causal cuarta

Afirma el Fiscal demandante que los procesados Castro y Becerra "carecieron, en absoluto, de defensa, pues el defensor de oficio designado por el Juzgado, estuvo por completo ausente de la suerte de sus defendidos"; de suerte que se violó el artículo 26 de la Constitución, que ordena observar en el proceso penal "la plenitud de formas propias de cada juicio".

Como lo ha dicho reiteradamente la Corte, lo deseable sería que la defensa técnica o formal llegara a ser ininterrumpida y que todo acto procesal, aun los de investigación previa, se hallaran bajo el control del especialista en ciencias jurídicas; pero realidades superiores impiden el cumplimiento de este desiderátum, punto menos que imposible, y es así como no es dable exigir gestión del abogado para toda suerte de comunicaciones entre el presunto responsable y el Juez. De allí el que se le llame solo en ciertos momentos culminantes del proceso, como la indagatoria, la formulación del auto de proceder, etc. Esta consideración sube

de punto en relación especialmente con el sumario, "donde es más intensa la búsqueda de la verdad, y ello queda a cargo del funcionario de instrucción y del Ministerio Público".

De modo que, en el caso sub-judice, no es dable aseverar que hubo violación del derecho de defensa en la etapa sumarial, pues los sindicados en la indagatoria, uno de los momentos culminantes del proceso, fueron asistidos por abogados y el menor Wilson Becerra López, además, por un curador ad-litem (v. Fols. 6 y siguientes).

Por lo demás, como se ha visto, la demanda plantea la violación del derecho de defensa, en relación con el plenario, así: el defensor de oficio no interpuso el recurso de apelación contra el auto de proceder; no solicitó práctica de pruebas en el término probatorio; ni apeló de la sentencia de primera instancia, pues los apelantes fueron los propios enjuiciados. No demuestra cómo estos aspectos negaron los presupuestos fundamentales del derecho de defensa, lo cual sería bastante para desechar el cargo por esta fase.

Mas cumple poner de presente que el defensor intervino en la audencia pública y si bien no hizo alegación oral alguna, manifestó que dentro del término legal presentaría "alegación por escrito", como en efecto lo hizo, pues al folio 58 obra el alegato en que solicita la absolución de los procesados "por falta de plena prueba o completa".

Ahora bien, si se tiene en cuenta que "la nulidad supralegal que se genera por el abandono del procesado al arbitrio exclusivo del funcionario, solo se produce cuando la indefensión ha sido total, cuando se han negado las oportunidades anteriormente mencionadas y cuando de manera ostensible se han desatendido las peticiones del interesado", preciso es concluir que los procesados no carecieron del derecho de defensa.

Por manera que es inadmisible la nulidad supralegal invocada por el demandante.

Causal primera

En múltiples fallos ha dicho esta Sala que la violación indirecta de la ley sustancial (inciso segundo del ordinal 1º del artículo 580 del C. de P. P.) requiere, para que prospere en casación, que el demandante compruebe o demuestre que los hechos fueron, de modo evidente, errónea o indebidamente interpretados por el sentenciador, bien atribuyéndoles un valor probatorio que no tienen, o negándoles el que en sana crítica probatoria debía darles. Un planteamiento de esta naturaleza presupone confrontar los elementos de prueba para señalar el error y surgir éste de modo tan nítido que resulte irrefragable el quebrantamiento indirecto de la ley.

También ha dicho que su facultad en la estimación de las pruebas dentro del recurso de casación "se limita a aquellos casos en que es protuberante el error, o sea, cuando el hecho de que se parte no se ha realizado, o el documento que se tuvo en cuenta para establecerlo contiene algo distinto de lo traducido o no existe, o el testimonio en que se apoye la condena resulte ineficaz por lo que expresa o niega en orden a probar la responsabilidad..." (G. J., t. XXXI, Nros. 2160-2161, Págs. 845 a 846).

En la sentencia acusada, el juzgador, dentro de su prudente arbitrio, dio al testimonio del denunciante y al de Gustavo Giraldo Arias, ampliamente ratificado por otras probanzas, credibilidad suficiente para condenar a los procesados. "En la oportunidad anotada —dice el Tribunal—, esta Sala de Decisión sustentó la confirmación del auto de proceder en dos circunstancias principales, a saber: la primera, que el ofendido y el testigo único del hecho investigado, coinciden totalmente en sus narraciones, sin que se observe disparidad en cuanto a la hora, el sitio y el modo de ejecución del acto, es decir, la utilización del arma (machete) para amenazar y someter a la víctima de la sucia violencia. Y la segunda, porque los dos agentes de la policía que aprehendieron a los dos procesados, los hallaron exactamente en el sitio señalado previamente por el ofendido y el testigo Gustavo Giraldo

Arias, o sea dentro de un atanor, teniendo uno de ellos el arma descrita en la denuncia. Con sana lógica, el Tribunal dedujo de las nombradas circunstancias, apoyadas éstas en el testimonio rendido por el testigo acompañante del menor, indicios graves de responsabilidad, uno de ellos la presencia de Castro Rodríguez y Becerra López en el teatro de los hechos, amén de la tenencia del arma".

En cuanto al error sobre la materialidad del delito, aducido por el demandante, dice el Tribunal:

"Tanto la Fiscalía como la defensa, hacen hincapié en la ausencia del reconocimiento médico-legal del accedido. No puede negarse la importancia de esa prueba, pero tampoco debe perderse de vista que una violencia carnal de este tipo muy difícilmente deja huellas del delito, aparte de que no es ese el único medio para comprobar su objetividad".

En lo que respecta a que "no se acreditó la edad del ofendido, mediante ninguno de los medios señalados por la ley, principales o accesorios", se dice en la sentencia de primer grado, confirmada por el Superior: "Ya en el vocatorio se escribió por qué no era indispensable la demostración de la edad del ofendido, para la tipificación de la violencia: ella fue real y no la llamada 'presuntiva'. No hubo consentimiento y medió violencia moral. El único apoyo que tenía Jesús Antonio era el de su tío a quien 'colocaron sobre el estómago (un machete) y me amenazaron con dejarles llevar el muchacho si no me mataban', Fs. 4, 'que se perdiera de allí o que si no lo mataban', Fls. 8 vto., 'que le había quitado la ropa, y que si hacía respulsa lo mataban', fs. 9".

En consecuencia, no incurrió el juzgador de segunda instancia en ese yerro manifiesto, único que permite invalidar el fallo con fundamento en la causal de violación indirecta de la ley.

Esta se tiene cuando el quebrantamiento del precepto legal proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, siendo necesario en estas hipótesis que se alegue por el recurrente sobre este punto en el sentido de haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho o de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos.

A dicha violación (que es la aducida por el demandante) alude el inciso o aparte segundo del ordinal 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal (antes el inciso segundo del ordinal 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964). En esta infracción, el actor rechaza los presupuestos de hecho de la sentencia que acusa y tiene el deber de demostrar que por un error de derecho o de hecho, que aparezca de modo ostensible, en la estimación del acervo probatorio del proceso, se llegó al quebrantamiento de la ley, que no se habría aplicado como se aplicó de no haber mediado esa clase de error; lo que no hizo el demandante, pues se limitó a una serie de apreciaciones personales respecto del material probatorio, para oponer su criterio al del fallador, pero sin precisar el error de hecho o de derecho en que éste hubiera podido incurrir en la evaluación de la prueba, como es exigido en casación.

Fluye de lo expuesto que este cargo debe rechazarse.

Consecuencia lógica de todo lo expresado es que ha de desecharse el recurso, de acuerdo con el artículo 582 del C. de P. P.

En virtud de las precedentes consideraciones, 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, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Primero del Tribunal Superior de Medellín contra el fallo expresamente determinado en la motivación de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD

La circunstancia de no haber manifestado un jurado principal el impedimento que le asistía en el momento en que se le notificó su elección, y solamente haberlo hecho al iniciarse la audiencia pública y ser sustituído en esa diligencia por un suplente sin haberse realizado el sorteo correspondiente no genera nulidad de ninguna naturaleza.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, noviembre trece de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

(Acta número 44 de 1971).

Vistos

Entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Buga, fechada el dos de junio último, por la cual le fue impuesta al procesado José Angelino Agudelo Alvarez la pena principal de ocho años de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Julio César Tamayo Alzate.

Conoció en primera instancia el Juzgado 2º Superior de la misma ciudad.

Hechos

En la sentencia acusada se hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

"En la tarde del 23 de febrero de 1969 se encontraron en la cancha de fútbol del barrio 'San Vicente', de esta ciudad, los señores Fernando Arbeláez Valencia y César Tulio Tamayo. Este le propuso al primero que le comprara un par de zapatos nuevos que tenía en su casa. Puestos de acuerdo sobre el valor de tal artículo, ambos se dirigieron a la residencia del vendedor, situada en la carrera 2ª número 10-26, para sellar allí la negociación. Arbeláez Valencia se quedó esperando a Tamayo en toda la esquina de la calle 10ª y pasados unos diez minutos más o menos, salió de la casa donde había penetrado éste un sujeto armado de un cuchillo, quien de inmediato arremetió contra Arbeláez Valencia, persiguiéndolo por más de una cuadra, sin poder darle alcance. En la casa de donde salió el hombre armado de cuchillo y donde había penetrado Tamayo, encontraron el cadáver de éste, con numerosas heridas de puñal, diez y seis en total, produciéndose la muerte por anemia aguda, debida a 'perforaciones viscerales', según el dictamen de los forenses (Fl. 25)".

Demanda y respuesta del Ministerio Público

Invoca el actor la causal cuarta del Art. 580 del C. de Procedimiento Penal, pues en su entender la sentencia impugnada fue proferida en un juicio viciado de nulidad.

Sostiene que se incurrió en violación del artículo 26 de la Carta, pues "se profirió la sentencia de segunda instancia..." sin tomar en cuenta la nulidad surgida al practicarse "la audiencia pública, con jurados no legalmente elegidos". Y más concretamente, alude al motivo de nulidad señalado en el ordinal 1º de Art. 211 del C. de Procedimiento Penal, "puesto que habiéndose

aceptado el impedimento del jurado, señor Campo Cabal, el Juzgado no efectuó el sorteo parcial consagrado en el Art. 511 de aquel Código, es decir, se reemplazó ilegalmente".

"Acepta el Ministerio Público que incurrió el juzgador de primera instancia en yerro, al no verificar el sorteo parcial para reemplazar al miembro del Jurado cuyo impedimento aceptó. Pero tal fallo, anota, "no produce nulidad, porque ... el jurado se integró con tres ciudadanos debidamente sorteados, contra cuya imparcialidad nada se ha alegado y por tanto, debe entenderse que se ha cumplido el requisito de la ley".

Agrega el Procurador Primero Delegado en lo Penal que "la nulidad alegada se relaciona con el reemplazo ilegal que se haga en el acto del sorteo o por dejar de hacerlo si existe causa suficiente. En el caso examinado, el impedimento se manifestó con posterioridad al sorteo, cuando la persona correspondiente tuvo conocimiento y se procedió a su reemplazo, por existir motivo suficiente, en concepto del juzgado, por persona idónea, con lo cual no se causó perjuicio alguno al procesado, ni a su defensa, lo que precisamente se pretende evitar con la precisa reglamentación de la ley".

Considera la Corte

En cuanto al cargo que propone el demandante a través de la causal cuarta de casación, cabe compartir la conclusión a que llega el Ministerio Público, por las siguientes razones, que igualmente señala el Procurador Primero Delegado en lo Penal:

a) Mediante proveído de 5 de octubre de 1970 se ordenó por el Juzgado 2º Superior de Buga el sorteo de jurados en el juicio abierto contra Agudelo Alvarez, el que cumplido, señaló entre otros al señor Humberto Campo Cabal como miembro principal del tribunal popular.

El señor Campo Cabal, en escrito de 16 de febrero de 1971, expresó que se encontraba impedido para actuar como juez de conciencia en ese caso, por enemistad con el defensor del procesado. Y al ser iniciada, en esa misma fecha, la audiencia pública, el juez dispuso "declarar fundado el impedimento propuesto por el jurado Humberto Campo Cabal..." y ordenó "su reemplazo por uno de los suplentes, la señorita Emma Cobo Alvarez, presente en el recinto".

Reintegrado en esa forma el Jurado, se cumplió la audiencia pública.

b) **Es cierto que la manifestación de impedimento legal presentada por el Jurado Campo Cabal no fue hecha "en el momento mismo de la notificación de su elección", como lo indica el artículo 546 del C. de Procedimiento Penal. Y también es verdad que, ante tal impedimento expresado, no se llevó a cabo el sorteo parcial de que tratan los artículos 547, 548 y 540 de la misma obra. Posiblemente en esta irregularidad incurrió el juzgador de primera instancia en razón de que la manifestación del impedimento aludido fue realizada el mismo día en que se llevó a cabo la audiencia de juzgamiento en este negocio.**

No obstante, el incumplimiento de los trámites antes señalados no corresponden al caso de nulidad de que da cuenta el ordinal 1º del Art. 211 del C. de Procedimiento Penal, que dice:

"En los juicios en que interviene el jurado son causas de nulidad, además de las expresadas en el artículo anterior, las siguientes:

"1. Reemplazar ilegalmente, en el acto del sorteo, a alguno de los designados, o no reemplazarlo si existía causa legal para hacerlo. En ambos casos es necesario que quien alegue la nulidad haya hecho el reclamo correspondiente en el acto del sorteo o dentro de los cinco días siguientes".

Y no corresponde a este caso, porque la nulidad de que da cuenta el precepto transcrito debe ser alegada dentro de los cinco días siguientes, lo que no consta en el proceso.

En denuncia formulada por el doctor Modesto Rivera, por supuesta "falsedad en documentos públicos", cuya ratificación bajo juramento ha ordenado la Corte, dice según escrito fechado en Buga el 8 de septiembre de 1971, que "es el caso que en segunda instancia, en favor de mi defendido, hube de alegar nulidad, por ilegalidad en el sorteo de jurados. Efectivamente, el día 31 de marzo de 1971 presenté un alegato ante el H. Tribunal Superior de Buga, acompañado de una copia de un auto de proceder proferido contra el jurado, señor Cristóbal Gómez ...". Y agrega que, "al notificarme de la sentencia de fecha 2 de junio de este año, pude darme cuenta de que el fallo nada dice sobre la nulidad, y con sorpresa constaté que el expediente había sido 'mutilado', ya que del folio 151 se pasa al 160, es decir, que mi alegación y el auto de proceder, en copia, fue sustraído del proceso...".

Como se desprende de lo que se acaba de transcribir, los hechos relacionados en la denuncia del doctor Modesto Rivera no se relacionan con reclamo alguno de la nulidad por no haberse cumplido el sorteo parcial de jurados para reemplazar al señor Humberto Campo Cabal. Se alude a cuestión diferente, reclamada el día 31 de marzo último, según dice el denunciante.

Recuérdese que la audiencia pública en el citado juicio tuvo lugar el día 16 de febrero del corriente año y fue en esa diligencia en la que el juzgador a-quo dispuso que el jurado Campo Cabal fuera reemplazado por la suplente, señorita Emma Cobo Alvarez. Si de tratarse del yerro de trámite cometido en este caso, la nulidad consecuente ha debido reclamarse dentro de los cinco días siguientes, como precisa el mencionado ordinal 1º del Art. 211 del C. de P. P.

c) No se tiene infracción alguna al artículo 26 de la Carta por el error de procedimiento de que se hizo alusión, porque en forma alguna fue menoscabado, siquiera, el derecho de defensa que le asiste al procesado **Agudelo Alvarez**, quien ha sido atendido durante el juicio por el profesional demandante.

Precisamente indica el artículo 556 del C. de Procedimiento Penal que "cuando al iniciarse la audiencia faltare alguno o algunos de los tres jurados principales, serán reemplazados por el suplente o suplentes siguiendo el orden de extracción de las fichas. El jurado con el cual se inicie la audiencia actuará hasta la terminación de ella".

No prospera, según lo anotado, la causal cuarta de casación propuesta.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador 1º Delegado en lo Penal, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Buga, de que se hizo mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

Evencio Posada, Secretario.

NULIDAD

La Corte reitera su doctrina en relación a que no constituye nulidad el hecho de que el agente del Ministerio Público no conceptúe una vez cerrada la investigación (el Art. 3º del Decreto 1358 derogó el Art. 421 del C. de P. P.). Ninguna norma penal procedimental obliga dar posesión al vocero. La versión de un solo testigo puede establecer un hecho, circunstancia o modalidad dentro del proceso penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, noviembre trece de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Romero Soto).

(Aprobado: Acta Nº 44 de noviembre 13 de 1971).

Vistos

Contra la sentencia de fecha 21 de mayo del año en curso, por medio de la cual el Tribunal Superior de Cúcuta, confirmó en forma total la del Juzgado 4º Superior de esa misma ciudad en que se condenó a Pedro Camacho Rincón a la pena de nueve (9) años de presidio, accesorias correspondientes a indemnización de perjuicios, como responsable por el delito de homicidio voluntario cometido en la persona de José Luis Suárez, el día 18 de octubre de 1969, interpuso oportunamente el procesado recurso de casación, que le fue concedido y que sustentó por medio de apoderado quien presentó, dentro del término legal, demanda que se declaró ajustada y de la cual se corrió traslado al Procurador, habiéndolo descorrido el Primero Delegado Penal en la forma que se verá más adelante. Agotado el trámite, se procede a resolver, previo el resumen que se consigna a continuación.

Hechos y actuación procesal

Entre Pedro Pablo Camacho Rincón y Jesús Arenas existía una grave enemistad que se había manifestado de diversas maneras, habiendo tenido que firmar el mencionado Camacho Rincón y su padre una caución de guardar paz con Arenas.

Esta enemistad fue causa de que Camacho Rincón viera con disgusto las relaciones de José Luis Suárez con la familia de su enemigo, de cuya hija Myriam estaba enamorado.

El 18 de octubre de 1969 y cuando Suárez iba hacia su casa, Camacho Rincón quien caminaba un poco adelante de él, entró a la suya, sacó una escopeta y disparó sobre Suárez causándole una herida en la cabeza a consecuencia de la cual murió poco después de llegar al hospital a donde fue conducido de inmediato.

Perfeccionada la investigación, la calificó el Juzgado 4º Superior, a quien correspondió el conocimiento, por auto de 28 de febrero de 1970, en el cual se llamó a Camacho Rincón a responder en juicio por el delito de homicidio voluntario en José Luis Suárez, siendo de advertir que al ponerse el proceso, una vez cerrada la investigación a disposición de las partes, el Agente del Ministerio Público no conceptuó.

Por esta causa y habiendo sido apelado el auto de proceder por el defensor del procesado, el Fiscal del Tribunal pidió a la Corporación que declarara nulo lo actuado a partir del auto que declaró cerrada la investigación. Pero el Tribunal se abstuvo de resolver sobre la nulidad y ordenó devolver el proceso a fin de que el Fiscal conceptuara, pero éste se abstuvo de hacerlo insistiendo en que se considerara la nulidad.

El Tribunal, en providencia de 19 de marzo del año pasado, resolvió el recurso confirmando el auto apelado.

Ejecutoriado el llamamiento a juicio se adelantó éste hasta señalar día y hora para la audiencia pública, previamente a la cual el procesado designó vocero que fue reconocido por el juez quien firmó la diligencia de posesión la que, empero, no aparece firmada por el vocero (Fs. 151).

Durante la audiencia pública, se sometió a los jurados el cuestionario siguiente:

"El acusado Pedro Pablo Camacho Rincón, es responsable, sí o no, conforme al auto de proceder, de haber causado la muerte a José Luis Suárez, por medio de las heridas descritas en la diligencia de autopsia médico legal visible al folio 11 del expediente, hecho que tuvo ocurrencia a eso de las 5 de la tarde del dieciocho (18) de octubre de 1969, en el barrio Gaitán de esta ciudad de Cúcuta, y en ejecución de tal hecho procedió el acusado con el propósito de matar?"

El jurado, por mayoría de votos, contestó con un simple "SI" al cuestionario anterior.

El Juzgado por sentencia de 27 de noviembre del año pasado, condenó a Pedro Pablo Camacho Rincón a la pena mencionada por considerar que el veredicto tenía pleno asidero en los hechos.

En esa providencia manifiesta el Juez que en contra del acusado obra la circunstancia de mayor peligrosidad consistente en su carácter pendenciero y belicoso ya que, según declaraciones que obran en los autos, es persona conflictiva, y menciona entre los declarantes que tal cosa afirman, al compadre del procesado.

El Tribunal, por providencia de 5 de marzo del año en curso se declaró inhibido para decidir del recurso propuesto por no haberse pronunciado el Juez sobre la solicitud de que se declarara la nulidad de lo actuado, hecha por el defensor del procesado, pese a que en la parte motiva del fallo apelado se hacen consideraciones sobre tal petición.

En ella el defensor pedía que se declarara nula la audiencia por no habérsele dado posesión al vocero del sindicado.

El Juzgado, en providencia de 18 de marzo de este año, dictó nuevamente la sentencia, en el mismo sentido y términos que la anterior, pronunciándose, además, de manera negativa, sobre la nulidad mencionada.

El Tribunal, en la sentencia que ahora se revisa, por la vía de la casación, confirma en un todo la del inferior, manifestando, a propósito de la nulidad cuya declaratoria se solicitó por el defensor, que no es necesaria la posesión del vocero del procesado, bastando que se le haya reconocido como tal, razón por la que la omisión de aquella diligencia no vicia de nulidad lo actuado.

Agrega, más adelante, que la buena conducta que legalmente se presume en todo ciudadano, está desvirtuada, en lo que hace al procesado, por varias declaraciones en que se señalaba en éste un comportamiento reñido con las buenas maneras y que se manifestaba, particularmente, en sus frecuentes estados de embriaguez durante los cuales se convertía en individuo conflictivo y pendenciero.

Y luego añade: "El equilibrio entre las circunstancias de mayor peligrosidad que incidieron en la comisión del hecho delictuoso, tales como el estado de embriaguez voluntaria, no preordenada al delito, y los motivos fútiles en la realización del mismo, contempladas en las reglas 3ª y 5ª de los Arts. 37 y 38 del Código Penal inclinaron al a-quo a determinar una pena de nueve

años de presidio, dosificación esta que acepta la Sala como adecuadamente aplicada al caso sub-judice".

Demanda de casación

Presentada oportunamente y con el lleno de los requisitos formales exigibles en esta clase de escritos, la demanda propone contra la sentencia que se acaba de mencionar, tres cargos, dos de ellos en el marco de la causal 4ª de casación y el otro con base en la primera. Pueden resumirse de la siguiente manera:

Primer cargo

Invoca, como se acaba de decir, la causal 4ª de casación (numeral 4º, Art. 580 C. P. P.) para decir que la sentencia se pronunció en un juicio viciado de nulidad por no haberse corrido traslado al Agente del Ministerio Público para que emitiera concepto sobre el mérito del sumario, quebrantando, en esa forma, el artículo 26 de la Constitución por pretermisión de una formalidad esencial en el juzgamiento.

Segundo cargo

También dentro del marco de la causal mencionada e igualmente por presunta violación del artículo 26 de la Carta.

Lo hace consistir el recurrente en que pese a haberse admitido el vocero que designó el procesado para que lo representara en la audiencia pública y ordenado que se le diera posesión, tal cosa no se llevó a efecto pues el profesional designado no firmó la diligencia de posesión.

Considera el demandante que, en esas circunstancias, la actuación del vocero carece de validez por ausencia de formalidades esenciales como son la posesión y el juramento de cumplir bien y fielmente los deberes que el cargo le imponía, y que esa omisión menoscaba, a juicio del demandante, la defensa del procesado.

Tercer cargo

Lo presenta al amparo de la causal primera de casación y transcribe, como fundamento de su alegación el inciso 1º del artículo 580 del C. de P. Penal.

Para sustentarlo arguye que el Tribunal sentenciador cometió error manifiesto en la apreciación de las pruebas al considerar demostrada la circunstancia de mayor peligrosidad consistente en el carácter pendenciero y belicoso del acusado, violando así, en forma indirecta, el artículo 36 del Código Penal ya que la prueba que obra en el expediente, no alcanza, según el actor, a producir la certidumbre de que esa circunstancia exista, por cuanto en el fondo, se reduce a la declaración de una sola persona, el compadre del acusado, que por ser testigo único, no sirve como base para una condena, violó también la sentencia, dice el demandante, el artículo 39 del citado ordenamiento que manda aplicar el mínimo de la pena cuando concursan únicamente circunstancias de menor peligrosidad, que es lo que, en su concepto, ocurre en el caso de autos, pues el procesado es hombre trabajador y de buena conducta social, lo que no fue tenido en cuenta por el sentenciador.

Concepto de la Procuraduría

Solicita el Procurador Primero Delegado en lo Penal que se deseche la demanda por considerar que no se han demostrado los cargos que en ella se aducen contra la sentencia.

En su concepto, no se incurrió en nulidad al omitirse el concepto del Ministerio Público sobre el mérito del sumario por cuanto si bien es obligatorio para los representantes de la sociedad emitirlo, el no hacerlo no está contemplado como causa de invalidez del proceso ya que el artículo 421 del C. de P. Penal anterior que establecía esa obligación fue derogado por el artículo 3º del Decreto 1358 de 1964.

Tampoco se incurrió en nulidad, dice el Procurador, al no posesionar al vocero del procesado ya que para que éste actúe en la audiencia pública no es necesaria esa dili-

gencia, que no hay norma expresa que así lo ordene y basta, en consecuencia, que el Juez reconozca como tal a la persona designada.

Finalmente, por lo que hace al cargo de haber violado en forma indirecta la ley por haber deducido una circunstancia de mayor peligrosidad que no existía, y en cambio, no haber considerado dos de menor peligrosidad que sí aparecían demostradas en el proceso, replica el Procurador que el demandante no estudió en forma seria el proceso pues en el Tribunal sí tuvo en cuenta tanto las circunstancias de mayor como las de menor peligrosidad que incidieron en la comisión del hecho delictuoso, como aparece de la sentencia y en especial del párrafo que el Procurador transcribe y que le permite concluír que no tiene fundamento el cargo que se deja mencionado.

Consideraciones de la Corte

Primer cargo

Ya la Corte, en oportunidades, anteriores, como la sentencia "in extenso" transcribe la Procuraduría, había dicho que la abstención del Ministerio Público de conceptuar sobre el mérito del sumario, si bien constituía una falta de carácter disciplinario, imputable al Fiscal, no era causal de nulidad por cuanto el artículo 3º del Decreto 1358 de 1964, vigente a la época en que se adelantó en esta fase, el proceso contra el recurrente, derogó el 421 del C. de P. Penal, al establecer un traslado en secretaría, común a las partes entre las cuales está comprendido el Ministerio Público, que tiene tal carácter, si bien en forma "sui-generis", dándole a éste el mismo tratamiento que a las demás.

No era, en consecuencia, dicho concepto indispensable para la calificación del sumario, como lo afirma el recurrente, como no lo era el de las demás partes del proceso, a las cuales la norma en cita equiparó, para este efecto, al Ministerio Público.

No prospera, en consecuencia, el cargo examinado.

Segundo cargo

La falta de posesión del vocero designado por el procesado para que lleve la palabra, en su nombre, dentro de la audiencia pública, no constituye nulidad ya que no hay ninguna norma legal que así lo establezca como sí existe en el caso de los apoderados y defensores a los cuales se refiere el artículo 118 del C. de P. Penal, que establece la forma como deben tomar posesión de su cargo. Tal disposición no menciona a los voceros pese a que en ese mismo Capítulo el IIII del citado ordenamiento se contempla (Art. 122) el derecho que el acusado tiene a designar uno cuando personalmente no quiere hacer uso de la palabra, lo que quiere decir que aquel artículo no les es aplicable.

Para que el vocero pueda actuar en la audiencia pública, basta con que el juez lo haya reconocido como tal a semejanza de lo que ocurre con los apoderados en los juicios civiles a los que se refiere el artículo 67 del C. J. que, por no haber disposición expresa en el Código de Procedimiento Penal sobre la legitimación para actuar de los voceros, es aplicable al caso a virtud de lo dispuesto por el artículo 8º del ordenamiento últimamente citado.

Tampoco prospera este cargo.

Tercer cargo

No es aceptable la afirmación del demandante de que con un solo testigo no pueda establecerse un hecho, circunstancia o modalidad dentro del proceso penal, como sería en el caso presente, la condición belicosa y pendenciera del acusado.

No hace falta recordar que la tesis "testis unos", "testis nullus" otrora vigente en materia de testigos, ha sido sustituída por la crítica del testimonio que permite apreciar el valor probatorio, a veces pleno, de la declaración de un solo testigo.

En el caso de autos, el Tribunal estimó suficientemente demostrada esa modalidad en la persona del delincuente y al tomar en cuenta su carácter agresivo no violó la

ley sustancial ya que el artículo 36 del Código Penal le impone la obligación de considerar para la dosificación de la pena, al lado de la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes y las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañan, la personalidad del agente y mal hubiera hecho en pasar por alto tan importante rasgo de la del procesado.

De otra parte, en la sentencia recurrida se habla del equilibrio entre las circunstancias de mayor y de menor peligrosidad que incidieron en la comisión del hecho delictuoso, "sub-judice" y se mencionan, entre las primeras, la embriaguez no preordenada al delito y los motivos fútiles en la realización de mismo, modalidades perfectamente establecidas en los autos y cuya presencia impedía al sentenciador imponer el mínimo de la pena señalada para la infracción. O sea que no resulta cierto que prescindiera de las de peligrosidad menor e inventara las que demuestran una mayor peligrosidad en el procesado.

No prospera, por ende, este cargo.

A virtud 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 de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Cúcuta, fechada a 21 de mayo del año en curso y por medio de la cual se condenó a nueve años de presidio, sanciones accesorias e indemnización de perjuicios, a Pedro Camacho Rincón como responsable por el delito de homicidio en José Luis Suárez.

Cópiese, notifíquese, publíquese la sentencia y devuélvase el expediente.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD SUPRALEGAL

La ausencia de la firma del secretario en cualquier acta de diligencia judicial no genera nulidad, ya que dicha firma no es necesaria para la validez del acto jurisdiccional. Con mayor razón, no tiene trascendencia la omisión en una acta de las firmas de otras personas que hayan intervenido en la diligencia (apoderados, defensor, jurados, peritos, etc.), ellas no constituyen presupuesto o condición de la esencia del documento. (Se rectifica parcialmente la doctrina de la Corte de fecha 14 de abril de 1961, G. J., T. XCV, Pág. 528). La audiencia pública es un acto único, jurídicamente indivisible, así se cumpla en varias sesiones y con soluciones de continuidad en el tiempo. Delitos conexos. Conexidad teleológica, consecuencial, jurídica y ocasional.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, trece de noviembre de mil novecientos setenta y uno).

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez).

(Aprobado: Acta Nº 44).

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por los procesados Carlos Julio y Jairo Andrés Martínez López contra la sentencia de 24 de marzo del presente año del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, mediante la cual se condenó a cada uno de aquellos en segunda instancia a la pena principal de diez años de presidio y a las sanciones accesorias de rigor, por los delitos de homicidio en la persona de Magaly Caamaño Rocha y de lesiones en las personas de Edita, María y Lucas Caamaño Rocha y Eva Rocha de Caamaño.

Hechos y actuación procesal

El 29 de julio de 1969, en el barrio "Nacho Vives" de la ciudad de Santa Marta, se suscitó un altercado entre las familias de los procesados y de los ofendidos, que culminó con una riña colectiva sin resultados dañinos inmediatos, por un motivo baladí en la toma de agua de la pila pública, concretamente porque un niño de la familia Martínez pretendió quitarle el turno a otro de la familia Caamaño.

Para precaver futuros enfrentamientos, el señor Lucas Caamaño Rocha acudió a las autoridades de Policía en solicitud de amonestación y fianza de garantía de paz para los señores Martínez, circunstancia que desagradó a éstos y los determinó a provocar, al día siguiente, a los Caamaño, promoviéndose así una nueva contienda en la que resultó muerta a cuchilladas la menor Magaly Caamaño Rocha, y heridos Lucas Caamaño Rocha, Eva Rocha de Caamaño, Edita y María Caamaño Rocha.

Perfeccionada y clausurada la investigación penal correspondiente, el Juzgado Primero Superior de Santa Marta, por auto de 13 de febrero de 1970, llamó a responder en juicio a los hermanos Carlos Julio y Jairo Andrés Martínez López y a Gil Blas Martínez Borre, por los delitos antes descritos. En la misma providencia encausatoria se consideró que los tres procesados fueron los au-

tores materiales de la muerte de Magaly Caamaño; que Jairo Martínez fue el agente de las lesiones de Edita Caamaño y de Eva Rocha de Caamaño; que Carlos Julio Martínez fue quien hirió a María Caamaño y a Lucas de igual apellido, y que Blas Martínez fue el autor de la lesión de María Caamaño.

Contra el auto de proceder no se interpuso ningún recurso, y una vez ejecutoriado se dio impulso regular al juicio, con arreglo a la ley ritual de la causa.

La audiencia pública se hizo en los días 20 y 24 de noviembre de 1970, y al terminar las intervenciones de las partes, todas las cuales estuvieron presentes en el acto, el juez sometió a la consideración del jurado los respectivos cuestionarios, que obran a Fls. 200 y ss. del cuaderno principal, a todos los cuales se dio por los jueces de conciencia esta respuesta: "SI ES RESPONSABLE PERO EN RIÑA".

Uno de los defensores solicitó, por conducto del presidente de la vista, que se aclarara por los jurados si la riña reconocida en los veredictos había sido prevista o imprevista y éstos afirmaron a continuación que la riña había sido "NO IMPREVISTA".

Con fundamento en los veredictos y de acuerdo con la ley el juzgador de primer grado dictó sentencia con fecha 25 de noviembre de 1970, en la que impuso a cada uno de los acusados Jairo Andrés y Carlos Julio Martínez López la pena principal de diez años de presidio, y a Gil Blas o Blas Gil Martínez Borre lo condenó a once años de presidio. A todos ellos les aplicó, además, las sanciones accesorias correspondientes, y los condenó también a pagar los perjuicios civiles ocasionados con los delitos por los cuales fueron declarados responsables.

Los sentenciados y sus defensores interpusieron contra el fallo el recurso de apelación, y el Tribunal Superior de Santa Marta lo confirmó en todas sus partes en el suyo de 24 de marzo de 1971.

Contra la sentencia de segunda instancia propusieron los procesados Martínez López y su defensor el recurso de casación, el cual fue concedido por el ad-quem en auto de 6 de mayo del corriente año y se declaró admisible por esta Sala de la Corte en proveído de 1º de julio siguiente.

El trámite de la impugnación extraordinaria se halla agotado, por lo cual se entra a decidirla.

La demanda

El apoderado especial de los procesados Martínez López, mediante escrito presentado en tiempo y que se declaró por la Sala ajustado a las exigencias legales, acusa la sentencia impugnada por haber sido dictada en un juicio viciado de nulidad, motivo de casación contemplado en el ordinal 4º del artículo 580 del C. de P. P.

Al amparo de dicha causal el demandante formula dos cargos contra el fallo de segundo grado, así:

Primer cargo

Nulidad de jerarquía constitucional, porque el acta correspondiente a la primera sesión de la audiencia pública carece de autenticidad y es jurídicamente inexistente, en razón de que no fue firmada por ninguna de las personas que intervinieron en ese acto procesal, y también porque el acta de la segunda sesión de la vista pública adolece de la falta de la firma de uno de los defensores, la del doctor Jesús Espeleta Fajardo.

Desarrolla el señor apoderado la censura manifestando que las fallas o errores notados "constituyen una nulidad con fuerza suficiente para invalidar la sentencia", como lo sostuvo la Corte en sentencia de 14 de abril de 1961, publicada en la G. J., T. XCV, Págs. 528 y ss., pues al faltar no solo la firma del juez sino también las de las demás personas que participaron en la audiencia en el acta de la primera sesión, el escrito es "inauténtico" y, consecuencialmente, nada prueba, y se carece de la demostración de que el acto primordial del juicio, cual es la audiencia pública, se realizó con los requisitos indispensables a que la ley lo somete.

Agrega el abogado demandante que en el caso sub-examen, como en el que decidió la Corte en la mencionada sentencia sobre supuestos semejantes, "se violó lo estatuído por los Arts. 139 y 475 del C. de P. P. vigente para la fecha del insuceso y, por lo mismo, se dictó una sentencia contra personas que no fueron juzgadas con el lleno de las formalidades legales de que trata el Art. 26 de la Carta Fundamental".

Insiste el censor en que ninguno de los que actuaron en la audiencia celebrada en este proceso contribuyó con su firma a legalizar el documento concerniente a la primera reunión, y que la legalización del acta correspondiente a la segunda sesión fue parcial por carecer de la firma de uno de los defensores. "Y para los efectos procesales que nos interesan —añade—, la autenticidad de los documentos o actas de sesiones de audiencia debe ser integral; de donde concluímos que ninguna de las dos actas sirven para probar la realización de la audiencia", por lo cual se debe declarar nulo lo actuado desde la diligencia de sorteo de los jueces de conciencia, "pues se ha incurrido en violación de las garantías previstas en el artículo 26 de la Constitución Nacional".

Segundo cargo

Nulidad, también de rango constitucional, por no haberse dado aplicación en el proceso al precepto que contenía el artículo 54 del Código de Procedimiento Penal anterior, que ahora se encuentra consagrado en el artículo 168 del Decreto 409 de 1971, pues desde el comienzo de la investigación se puso de presente que los Martínez, entre éstos los dos procesados recurrentes, fueron lesionados en la contienda en la que se causaron los delitos objeto de este proceso y de los cuales fueron ofendidos miembros de la familia Caamaño.

El apoderado impugnante cita algunas pruebas de las producidas en el sumario, con miras a demostrar que los inculpados Martínez resultaron lesionados en los acontecimientos narrados al comienzo de esta providencia, y concluye afirmando que tales delitos fueron circunstancialmente conexos con los aquí juzgados, por lo cual han debido investigarse y fallarse en el mismo proceso, en cumplimiento de la referida norma legal, y como ello no se hizo "se incurrió en un grave error constitutivo de nulidad constitucional", por desconocimiento de garantías básicas de las consagradas en el artículo 26 del Código Político.

"En este juicio —expresa el actor— no se observaron las formas propias para cada juicio. Mis poderdantes fueron condenados en un proceso absolutamente arbitrario, en el que se negó el derecho a establecer que habían sido lesionados y en el que, sin razón valedera, se les colocó en posición de inferioridad procesal en relación con los demás partícipes de los hechos que se relacionaron.

"El derecho a una correcta defensa se concreta en las distintas facultades que la ley procedimental le confiere a los sindicados y toma vida, como dice Manzini, en una 'actividad procesal dirigida a hacer valer ante el juez los derechos subjetivos y los intereses jurídicos del imputado'. En el caso sub-judice, el señor defensor de los Martínez, logró, después de muchos esfuerzos demostrar la materialidad de las lesiones sufridas por los Martínez, pero el funcionario del conocimento, lejos de subsanar la irregularidad declarando la nulidad a partir del auto que cerró la investigación, para haber recibido las injuradas pertinentes a los autores de las lesiones y poder analizar el proceso en su integridad en el momento de calificarlo nuevamente, tomó por el camino de la violación de los derechos y garantías de que se habla y dio término a un proceso plenamente viciado de nulidad, por no contener resolución sino de la mitad de los hechos que han debido ser objeto del fallo.

"En resumen, señores Magistrados, si los Martínez y más exactamente mis poderdantes, recibieron lesiones dentro de los mismos acontecimientos que originaron los delitos hasta ahora investigados; si los delitos de que fueron víctimas los Martínez tienen relación jurídica de conexidad con los que se perpetraron en perjuicio de los Caamaño y si, finalmente, el Código Procesal Penal ordena que los delitos conexos deben investigarse y fallarse en un mismo proceso; al

no haberse obrado de conformidad con tal disposición, se incurrió en un grave error constitutivo de nulidad constitucional".

Termina la demanda solicitando de la Corte que "se invalide la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Santa Marta en este proceso y se decrete la nulidad de todo lo actuado a partir del momento en que esa Honorable Corporación lo considere necesario, de acuerdo con el argumento que decida acoger".

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado Penal, luego de relacionar los hechos y la actuación jurisdiccional cumplida, precisa y critica las tachas formuladas en el libelo impugnatorio, para concluir que debe desecharse la demanda, pues las acusaciones que en ella se postulan contra la sentencia recurrida carecen de fundamento.

En respuesta al primer cargo dice el colaborador fiscal, apoyándose en el artículo 475 del C. de P. P. vigente a la época del juzgamiento de los procesados, que la audiencia pública "es un solo acto, así se realice a través de varias sesiones", por lo cual se cumple cabalmente lo dispuesto en aquella norma con la elaboración del acta correspondiente, como sucedió en el presente caso. Al respecto diserta del siguiente modo, después de transcribir el acotado artículo:

"De ser cierto, como lo cree este Despacho que lo es, que el debate público y oral dentro del cual se hace el juzgamiento cuando interviene el Tribunal del Pueblo, como también aquel en el cual no es este el que declara la responsabilidad sino el juez de derecho, es un acto único, lógicamente que la obligación que impone el artículo del estatuto procedimental en cita, es la de extender o levantar una sola acta de todo el debate, de la audiencia, y no varias, a medida que el mismo acto de la audiencia se vaya desarrollando en sesiones diversas o separadas. Esta pieza procesal, el acta, es la crónica o narración de todo cuanto acontece en el debate del juzgamiento y en consecuencia solo al terminarse dicho debate se ha de elaborar y firmar por quienes comparecieron a ella o fueron actores con intervención autorizada por la normación legal.

"Si el legislador hubiere estimado conveniente, obligatorio y procedimental que de cada una de las sesiones celebradas por el juzgamiento se debería levantar actas, lógicamente que lo hubiera ordenado expresamente y no como lo dispuso, al exigir que se elaborara una sola acta, pues que la claridad del tenor literal no es otra cosa lo que dispone. Y como se prohibe hacer distingos donde no los proyecta el legislador, el razonamiento del señor demandante carece de fundamento y está fuera de lugar legal".

En lo atinente a la glosa del demandante por la falta de firma de uno de los defensores en el acta de la audiencia, reitera el Procurador un concepto suyo expuesto en causa adelantada contra Gildardo Acosta Serna y otro, que fue acogido por esta Sala de la Corte en fallo de 2 de septiembre de 1971, con ponencia del H. Magistrado José María Velasco Guerrero, según el cual la omisión de la firma de los defensores en el acta de audiencia no afecta la autenticidad del documento, ni es causal legal de nulidad, ni constituye inobservancia de las formalidades propias del juicio.

Con relación al segundo cargo esgrimido por el representante judicial de los recurrentes, apunta el Agente del Ministerio Público, en resumen, que la irregularidad advertida en la demanda, aceptando los supuestos en que se funda, no esá conminada en la ley con sanción de nulidad, y que tampoco puede darse a ella la categoría de nulidad supralegal, pues no se ha demostrado que por no haberse investigado y fallado en este proceso las lesiones que sufrieron los procesados Martínez se vulneró alguna de las garantías procesales básicas de los acusados, quienes por ley debían responder de sus propios actos, cuya culpabilidad se dedujo de hechos legalmente acreditados y sin mengua alguna de sus derechos esenciales, como el de la defensa, que se ejercitó a plenitud y con acuciosidad por sus asistentes jurídicos.

Consideraciones de la Corte sobre el primer cargo

I. De conformidad con el artículo 159 del actual Código de Procedimiento Penal, (corresponde al 149 del estatuto derogado), las diligencias que se practiquen en el proceso penal (declaraciones de testigos, indagatorias, careos, inspecciones judiciales, allanamientos y registros, audiencias, etc.), deben constar en actas firmadas por el funcionario instructor o el juez o magistrado, su secretario y las demás personas que hayan intervenido.

II. En armonía con la norma que viene de citarse establece el artículo 515 ibídem, sustitutivo del 475 de la legislación anterior, que de lo sucedido durante la audiencia pública el secretario extenderá un acta que firmarán el juez, el secretario y las demás personas que hayan participado en ella.

III. También las providencias que se dicten en el proceso (autos y sentencias) deben contener las firmas del instructor o del juez o magistrado o magistrados que las profieren y del secretario correspondiente (Arts. 153 y 155 del C. de P. P.).

IV. La falta de firma del funcionario de instrucción o del juez o magistrado, en los documentos instrumentales de diligencias o providencias unipersonales, hace inexistente el acto procesal, pues sin ella no habría certeza de la actuación en él del funcionario, que por ley es quien ejerce la jurisdicción que corresponde al estado. En un sistema procesal predominantemente escrito como el colombiano, el documento de atestado es inseparable de la declaración o decisión que contiene y por ello es innegable que la ausencia de firma de quien tiene el poder declaratorio hace inexistente el acto, que se debe tener por no pronunciado cuando adolezca de tal vicio.

V. Igual es la consecuencia en tratándose de actos propios de juez colegiado, cuando carezcan de todas las firmas de los magistrados que con arreglo a la ley debían proferirlos, puesto que solo el documento completamente firmado permite aceptar que el acto sustancial de la decisión, que pudo haberse adoptado en la deliberación oral, se ha cumplido y ratificado definitivamente.

VI. La Sala acoge, para sustentar las precedentes consideraciones, el criterio expuesto por el tratadista Hernando Devis Echandía cuando dice que "en nuestro sistema procesal (como en el italiano, el argentino e inclusive el español), se identifican en la practica el acto procesal mismo con el documento que lo contiene y la firma con la actividad decisoria del funcionario, es decir, con el hecho de haber intervenido en su pronunciamiento, sea que haya votado favorable o desfavorablemente" (Nociones Generales de Derecho Procesal Civil, Pág. 704).

VII. Con respecto a resoluciones judiciales de juez colegiado, cuando por ley deban ser pronunciados por la Corporación o por una de sus Salas, su proferimiento por uno solo de los magistrados o en todo caso por número menor del llamado a la formulación, hace nula —no inexistente—, la decisión, por incompetencia funcional. De igual manera hay que considerar nulo —no inexistente— el acto procesal cuando el escrito que lo documenta carezca de una o algunas de las firmas de quienes debían suscribirlo, aunque aquel o aquellos cuyas firmas se omitieron hubieran participado en la adopción de la decisión, ya que la firma es la prueba insustituíble de la intervención en el acto y la ratificación del voto. La providencia que aparezca firmada por un número menor de los magistrados que debían autorizarla, aunque ello pudiera explicarse por omisión involuntaria o yerro de secretaría, adolece de nulidad, en razón del fenómeno de la competencia funcional, que reclama la firma de todos los que debían rubricarla.

VIII. Si la firma del juez o de magistrados es requisito de la esencia, por ser la forma indispensable de legalizar los documentos públicos, especie a la cual pertenecen las actas de diligencias y providencias judiciales, y la consecuencia de la falta de aquella puede ser la inexistencia del acto o la nulidad del mismo, según los casos y como antes se precisó, no acontece lo mismo con la ausencia de la firma del secretario, que es requisito meramente formal o acciden-

tal, pues el secretario no tiene el poder decisorio emergente de la competencia, que es exclusivo del juez o tribunal y cuya firma en el acto en que ejerce su actividad es suficiente para darle fuerza al instrumento. Sobre este punto observa el profesor Devis Echandía lo que pasa a transcribirse:

"Tampoco es necesaria la firma del secretario para la validez de la sentencia o cualquiera otra providencia que lleve las firmas del juez o de los magistrados que deben concurrir a su votación, porque no se trata de un requisito sustancial. Por tanto, la firma con que este funcionario está llamado a autorizar las providencias de aquellos, no puede constituir una formalidad esencial a la existencia jurídica del acto, susceptible, como tal, de producir nulidad; representa apenas un requisito de la autenticación o de forma respecto del acto jurisdiccional ejercido por el juez y cuya falta puede ser suplida mediante la aceptación expresa o tácita de las partes en cuyo interés se estableció, cuando a través de la notificación válidamente hecha lo consienten, o dejan vencer el término de la ejecutoria sin presentar reclamo alguno contra él; a la manera como pueden hacerlo en los contratos, para modificar consecuencias que, sin ser de su esencia, sí están en la naturaleza de la estipulación. En este sentido se ha pronunciado la Corte colombiana" (Ob. cit., P. 699).

IX. Si la carencia de la firma del secretario no afecta la validez de una sentencia, que es el acto jurisdiccional por excelencia, ya que en ella se declara el derecho, con mayor razón no puede ser nula por tal irregularidad el acta de una diligencia judicial de menor categoría. Y si la falta de firma del secretario no es motivo de nulidad, por ser una simple "cuestión de constancia", empleando una expresión de Guaso, resulta claro, por lógica rigurosa, que no tiene trascendencia la omisión de un acta de las firmas de otras personas que hayan intervenido en la diligencia (apoderado, defensor, jurado, perito, etc.), pues no hay razón justificativa para estimar dichas firmas como presupuesto o condición de la esencia del documento, y así lo sostuvo esta Sala de la Corte en fallo de 2 de septiembre de 1971, y que aquí se reafirma.

X. La audiencia pública en el proceso penal, como observa el Procurador Delegado, es un acto único, jurídicamente indivisible, así se cumpla en varias sesiones y con soluciones de continuidad en el tiempo. Por ello no es necesario hacer actas separadas de las reuniones cuando el juicio se realice en días distintos, como lo acostumbran muchos juzgados superiores. En rigor la ley manda elaborar una sola acta, pues el artículo 515 del estatuto procesal prescribe textualmente:

"De todo lo sucedido durante la audiencia el secretario extenderá un acta debidamente detallada, que firmarán el juez, el secretario y las demás personas que hayan intervenido en ella. Antes de firmarla será leída a los que deben suscribirla; si alguno tuviere reparos o rectificaciones que hacerle, así lo hará constar en el acta".

A voces de la disposición transcrita, es evidente que no es necesario hacer actas parciales, con todas las formalidades, entre ellas las firmas, cuando la audiencia se cumpla con interrupciones, que en los juicios en que interviene el jurado —conviene recordarlo— no pueden ser por lapsos mayores de dos días cuando no exista causa de justificación (Art. 563 del C. de P. P.).

XI. Por las razones que se dejan expuestas, la Sala reafirma la doctrina expuesta en la sentencia de 14 de abril de 1961, citada por el apoderado demandante, publicada en la G. J., T. XCV, Págs. 528 y ss., en cuanto en ella se reitera que la falta de firma del juez en el acta de la audiencia pública deja incompleto y sin autenticidad el documento, que con esa imperfección no puede tenerse como prueba de los hechos en él relatados, y la omisión se traduce en violación de las formalidades propias del juicio y constituye nulidad constitucional, tesis que se sostuvo en fallo de 24 de marzo de 1960 (G. J., T. XCII, Págs. 567 y ss.). Mas la rectifica (la sentencia de 14 de abril de 1961) en cuanto de ella y de sus antecedentes se desprende que la falta de la firma del juez "en el acta de la primera sesión de la audiencia" es causal de nulidad, pues ya se vio cómo no es siquiera preciso hacer actas parciales de la audiencia, ya que basta una

sola, la que debe suscribirse al finalizar la vista pública, y la carencia de la firma del juez en ella la hace en rigor jurídicamente inexistente, con la consecuencia de la nulidad de los actos procesales vinculados a la audiencia o consecuenciales a la misma.

XII. Aplicando al caso sub-judice las precedentes consideraciones, en lo atañedero al primer motivo de ataque a la sentencia recurrida y a los hechos en que se funda, se observa:

a) La audiencia pública en la cual se juzgó a los procesados Martínez López se realizó en los días 20 y 24 de noviembre de 1970 (Fls. 208 y ss. y 218 y ss.), y de ella se extendió la correspondiente acta, ceñida en su forma a las exigencias de los artículos 159 y 515 del C. de P. P.

b) El acta ameritada fue firmada al final, sin ninguna observación, por el juez de la causa, por los jurados, por el fiscal, por los procesados, por el defensor doctor Rafael Panso Sierra, por el apoderado de la parte civil y por el secretario del juzgado. Solo faltó en ella, por razón no conocida, la firma del defensor doctor Jesús Espeleta Fajardo, cuya intervención aparece narrada en el documento mencionado.

c) El abogado Espeleta Fajardo fue notificado personalmente el 26 de noviembre de 1970 de la sentencia dictada por el Juzgado del conocimiento con fecha del día anterior, e interpuso en el acto el recurso de apelación, sin que en esa oportunidad ni posteriormente hubiera hecho reclamo alguno sobre el acta de la audiencia, asintiendo con su silencio a la autenticidad del documento (Fl. 237 vto.).

d) No era indispensable hacer sendas actas para las dos sesiones en que se verificó la audiencia pública en el presente juicio, y la falta de la firma del defensor Espeleta Fajardo en el documento instrumental que de tal acto se extendió no pasa de ser una mera irregularidad sin trascendencia, una omisión inane, que ni está prevista como motivo de nulidad legal, ni mucho menos puede elevarse a la categoría de nulidad constitucional, al amparo del artículo 26 de la Carta, pues esta clase de nulidad superior, de creación jurisprudencial, únicamente puede ser admitida cuando se trata de verdaderas violaciones de garantías fundamentales del debido proceso, que en el presente caso no han tenido ocurrencia.

e) Por consiguiente, el primer cargo postulado contra la sentencia acusada no prospera.

Consideraciones de la Corte sobre el segundo cargo

I. De acuerdo con los artículos 167 y 168 del C. de P. P. vigente, que compilan los artículos 52 y 54 del estatuto anterior, debe haber unidad de proceso, por regla general, para la investigación y fallo, en los siguientes casos:

a) Cuando se trata de un solo delito, cualquiera sea el número de autores o partícipes.

b) Cuando se trate de varios delitos cometidos en concurso recíproco, o en acuerdo de varias personas, ya sea permanente o transitorio. Y,

c) Cuando se trate de delitos conexos.

II. Delitos conexos son los que guardan entre sí relación que puede ser: teleológica o de medio a fin (delito ejecutado para cometer otro, que llega a consumarse o al menos a intentarse), consecuencial o consiguiente (delito realizado para ocultar otro), jurídica (concurso o ideal o formal), u ocasional (coincidencia de tiempo, de lugar y de circunstancias de comisión, por ejemplo, lesiones recíprocas en riña). Delitos conexos son, pues, aquellos que guarden vínculos causales o de ocasión.

III. El juzgamiento de delitos conexos en un mismo proceso tiene distintos fines, como son la economía procesal, ya que un solo juez ejercita al tiempo en unidad de actuación las acciones penales que nacen de las infracciones; el mejor aprovechamiento de la prueba, que permite una apreciación de conjunto y una más correcta valoración de los hechos, y la aplicación de la sanción que mejor se adapte a la personalidad del pro-

cesado, según el criterio consagrado para la represión del concurso de delitos (Arts. 31 y 33 del C. P.), cuando las infracciones hayan sido cometidas por la misma persona (casos de conexidad teleológica, consiguiente, jurídica y en algunas situaciones de conexidad meramente ocasional, verbigracia, cuando el violador decide robarle a su víctima después de consumada la violación).

IV. Con respecto a la conexidad de ocasión, que es la que al caso interesa por los planteamientos que contiene la demanda de casación, importa resaltar que cuando los delitos de los que pudiera predicarse esa relación hayan sido consumados por personas distintas, e incluso con intereses opuestos, como sucede en delitos contra la vida y la integridad personal cometidos en riña, la inobservancia de lo dispuesto en el artículo 168 del C. de P. P., por juzgamiento separado de sus autores, o el adelantamiento de un solo proceso para decidir acerca de uno o algunos de los hechos ejecutados por uno o varios procesados en concurso, dejando por fuera los hechos atribuíbles a otros imputados, por omisión del funcionario o por cualquier otro motivo, no es defecto que por sí solo vicie de nulidad la actuación, como que la responsabilidad penal es siempre individual y ni en la determinación de ella ni en la sanción (en caso de condena) tendrían influencia los ilícitos cometidos por otras personas, a las que se podría juzgar separadamente en cualquier tiempo mientras no se haya extinguido la acción penal.

V. La nulidad de carácter constitucional que alega el actor, a falta de norma legal que sancione con nulidad la desatención del artículo antes citado, no puede tener acogida, pues ninguna de las garantías esenciales del debido proceso contempladas en el artículo 26 de la Carta Política sufrió menoscabo en el presente asunto. Los procesados recurrentes fueron juzgados conforme a leyes preexistentes a los actos a ellos imputados, por jueces competentes, siguiendo el procedimiento señalado según la naturaleza de los hechos, sin que se hubiera pretermitido ninguna actuación básica del juicio, con amplias oportunidades para contradecir las pruebas de cargos y la inculpación, y con reconocimiento pleno del derecho de defensa, que se ejerció sin restricción y en forma técnica por competentes profesionales del derecho. La circunstancia accidental de que no se hubieran investigado en este proceso las leves lesiones que, de acuerdo con los planteamientos del demandante, recibieron los procesados Martínez López en la contienda en que cometieron los hechos delictuosos por los cuales se les condenó, aun aceptando la verdad del aserto, no resta eficacia al conjunto de actos que componen el presente proceso ni compromete su legitimidad.

VI. En consecuencia, el segundo cargo carece también de fundamento y debe ser desechado.

Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el Procurador Primero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto por los procesados Carlos Julio y Jairo Andrés Martínez López contra la sentencia de 24 de marzo del corriente año del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, ameritada en la parte motiva.

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

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

PRESCRIPCION

Para determinar el tiempo necesario de la prescripción de la acción penal, ha de tomarse en cuenta el máximo de la pena señalada por la disposición penal infringida y no la sanción impuesta o imponible al sujeto activo del delito. — Para conceder la rebaja de pena consagrada en la Ley 40/68 debe tenerse en cuenta lo estipulado en el Art. 4 de la misma ley.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, trece de noviembre de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

(Aprobado: Acta número 44 de 13 de noviembre de 1971).

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira puso término a la segunda instancia del presente proceso en sentencia de veintidós de octubre del año pasado, mediante la cual, confirmando la de primer grado, condenó a Luis Carlos Escobar González a la pena principal de ocho (8) años de presidio, más las accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio en la persona de Gilberto Marulanda García.

El fallo de primera instancia fue proferido el trece de julio de mil novecientos setenta por el Juzgado Cuarto Superior del mismo Distrito.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso el recurso extraordinario de casación el defensor del procesado, quien lo sustentó luego ante la Corte. Habiéndose cumplido en esta Corporación el trámite propio del asunto, procede a decidir.

I. Antecedentes

a) En torno a s cuatro de la madrugada del nueve (9) de diciembre de mil novecientos cincuenta y seis (1956), Luis Carlos Escobar González entró a la cantina "Riojaneiro", situada en la zona de tolerancia de Santa Rosa de Cabal, y tras breve observación, se retiró hasta una de las puertas de dicho establecimiento, llamando desde allí, mediante una señal, a uno de los que en aquella se encontraban. Salió el sujeto llamado, y tras cruzar algunas palabras con Escobar González, éste le disparó, causándole heridas que momentos después le produjeron la muerte. La víctima fue identificada como Gilberto Marulanda García y agentes de la autoridad que se hallaban en lugar próximo dieron captura al homicida.

b) Las vicisitudes y alterna suerte de la etapa investigativa pueden sintetizarse así:

La Inspección Primera de Policía de Santa Rosa de Cabal inició la investigación y tras practicar algunas pruebas dictó auto de detención contra el procesado. Envió luego las diligencias al Juzgado Primero Superior de Manizales, Despacho que realizó una inspección ocular y devolvió el asunto a la Inspección citada, a fin de que se incorporasen al informativo otros elementos de juicio. Al regresar el sumario al Juzgado Superior, fue revocada, a petición del apoderado de Escobar González, la medida cautelar. Contra tal proveído interpuso el recurso de apelación el Ministerio Público, recurso

que el Tribunal desató revocando el auto apelado. Clausurada la investigación, fue calificada, en desacuerdo con el Fiscal respectivo, quien había solicitado llamamiento a juicio, con un sobreseimiento temporal. Como secuencia de la reapertura investigativa, el sumario fue remitido en comisión al Juez Primero Penal de Santa Rosa de Cabal, quien lo recibió en marzo de 1958. En mayo de 1961 el Juzgado receptor nombrado subcomisionó al Inspector Primero del mismo municipio, sin que desde ese momento hasta julio de 1965, mes en que se ordenó devolver el negocio al Juzgado Superior de Manizales, tuviese el sumario actuación alguna.

En razón de nuevas normas sobre organización judicial, el proceso fue enviado al Juzgado Cuarto Superior de Pereira, Oficina que lo remitió nuevamente al Juzgado Primero Penal Municipal de Santa Rosa para que se cumpliese la comisión antes ordenada, habiéndose llevado al informativo en tal oportunidad algunos otros elementos de juicio. Devueltas las diligencias al Despacho comitente —Juzgado Cuarto Superior de Pereira— se calificó el mérito de la investigación sobreseyendo definitivamente en favor del procesado, providencia que el Tribunal revocó para dictar en su lugar auto de proceder, el 14 de noviembre de 1969, o sea casi trece años después de ocurridos los hechos determinantes del proceso.

Como no se lograra la captura del procesado, se le emplazó y declaró reo ausente, nombrándosele defensor de oficio, quien tomó posesión de su cargo. (Fls. 234 a 239, Cd. 1º). No se practicaron pruebas durante el término correspondiente, y con oportunidad de la audiencia pública se sometió a la consideración del Jurado el siguiente cuestionario:

"El procesado Luis Carlos Escobar González... es responsable de haber dado muerte, con el propósito de matar, al ciudadano Gilberto Marulanda García, por medio de herida ocasionada con arma de fuego (revólver), hecho que tuvo cumplimiento en la zona de tolerancia del Municipio de Santa Rosa de Cabal, frente al establecimiento de cantina denominado 'Riojaneiro', el 9 de diciembre de 1956, siendo las tres y media de la mañana, más o menos?"

"Sí es responsable", fue la respuesta mayoritaria del Tribunal popular, veredicto sobre el cual se fundó la sentencia condenatoria de primer grado, que el Tribunal, como ya hubo de expresarse, confirmó en la que es materia del presente recurso de casación.

II. La demanda

Después de transcribir el resumen que sobre los hechos contiene el fallo de primera instancia y de hacer prolija referencia a la prueba de autos y a la actuación cumplida en el proceso, la acusación al fallo recurrido se propone invocando las causales contempladas por el artículo 56 del Decreto 528 de 1964 en sus ordinales cuarto y primero, respectivamente, a cuyo amparo se plantean y desarrollan varios cargos, que en su contenido esencial serán objeto de enunciación y estudio.

Causal cuarta

Haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad.

Primer cargo

"Cuando el H. Tribunal Superior de Pereira llamó a juicio al procesado Luis Carlos Escobar González, después de doce años, diez meses trece días de haber tenido lugar la consumación del ilícito, el fallador adquem carecía de facultades para proferir ese llamamiento a juicio en razón de que la potestad represiva del Estado había cesado debido al tiempo transcurrido".

En su intento de demostrar la tacha el actor reitera, una y otra vez, las mismas consideraciones. Pero toda la argumentación se halla fielmente traducida en el siguiente párrafo: "De acuerdo con las 'operaciones aritméticas" realizadas en el caso sub-judice, teniendo como base el artículo 362 del C. P. y el artículo 36 de la obra ibídem, el máximo de pena imponible al procesado no podía pasar del límite de ocho años, tenemos que la prescripción se opera

en esos ocho años. Y como el auto de proceder que vino a interrumpir la prescripción vino a quedar ejecutoriado el día 23 de noviembre de 1969, tenemos que cuando vino a tener existencia legal el pliego de cargos formulado por el poder jurisdiccional en representación del Estado, ese poder se había extinguido por el transcurso del tiempo".

Segundo cargo

El proceso sufrió en su trámite inicial la actuación de funcionarios carentes de jurisdicción y competencia para conocer del mismo, motivo por el cual, en sentir del demandante, "sus actuaciones caen bajo la sanción de nulidad prevista en el artículo 37 del Decreto 1358 de 1964, denominada incompetencia de jurisdicción".

Largamente se arguye —en virtud de constantes reiteraciones— para sustentar la censura, disquisiciones que al final se concretan así:

"El cargo que me permito formularle a la sentencia recurrida consiste en que el proceso no fue sometido a las formalidades del reparto entre todos los Jueces Superiores de Manizales y que se declaró fundado un impedimento sin llenar los requisitos establecidos por la Ley procesal (Art. 73, numeral 5º, del C. de P. P.). Como consecuencia de todo lo anterior surge en este proceso la nulidad prevista en el artículo 37 del Decreto 1358 de 1964, denominada incompetencia de jurisdicción en razón de que si un proceso no está repartido en legal forma el Juez que avoque el conocimiento del negocio usurpa jurisdicción y los actos así ejecutados caen bajo la sanción de nulidad prevista por el artículo 39 del citado Decreto que dispone que "Cuando la ley exija expresamente para la validez de determinado acto que se llenen ciertas formalidades y estas no se observaren, se considerará sin necesidad de resolución especial que tal acto no se ha verificado".

Tercer cargo

Estima el impugnante que la sentencia recurrida quebrantó el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal (Codificación anterior) al dictar el auto de proceder, violando así el artículo 26 de la Carta constitucional, que manda observar en los procesos la plenitud de las formas propias de cada juicio. Y agrega que en el presente caso esa inobservancia quedó plasmada al dársele completa credibilidad a un solo testigo —el Agente de Policía Alberto Guzmán— que no podía aportar al informativo "serios motivos de credibilidad conforme a las reglas de la crítica del testimonio...'

Penetra luego el demandante en el contenido probatorio del proceso, realizando un minucioso análisis sobre los elementos de convicción referentes a la responsabilidad del procesado, examen que compendia del siguiente modo:

"Teniendo en cuenta lo anteriormente examinado es forzoso concluir que los presupuestos procesales exigidos por el artículo 429 del C. de P. P., no se encuentran reunidos en el presente caso para que se pueda dictar auto de llamamiento a juicio en contra del procesado. Allí se exige una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad y el caso de Alberto Guzmán Ramírez, las exigencias de la Ley no se cumplen. Y como los presupuestos procesales determinados por el artículo 429 del C. de P. P. tienen que guardar estrecha relación con los establecidos en el artículo 203 de la misma obra, forzoso es concluir que la sentencia impugnada se dictó sobre un juicio viciado de nulidad, por no estar revestida la sentencia de las exigencias legales prescritas para el caso por el estatuto procesal en las normas antes citadas, como por la Constitución Nacional en su artículo 26. La violación de las normas procesales anteriormente examinadas generan la violación del artículo 26 de la Carta, siendo a la vez la nulidad invocada de carácter procedimental y constitucional".

Cuarto cargo

El auto de proceder no reune las condiciones señaladas en el artículo 431 del C. de P. P., porque no se analizaron las pruebas en que se funda la imputación al procesado, ni se especificaron las circunstancias co-

nocidas del hecho criminoso, pretermitiéndose, además, el resumen de las peticiones de las partes.

Concluye esta parte de la impugnación con la solicitud de que se invalide la sentencia recurrida y se cumpla lo dispuesto "por el artículo 58 del Decreto 528 de 1964, ordinal 3º".

Causal primera

Ser la sentencia violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea.

Primer cargo

"El H. Tribunal —se lee textualmente en la demanda— le dio valor de plena prueba a una responsabilidad deficientemente mostrada dentro del proceso motivo por el cual por error de derecho evidentemente demostrado en los autos, aplicó indebidamente los artículos 36 y 362 del C. Penal, violación indirecta de la ley sustancial por aplicación indebida de la misma".

Para fundamentar la tacha se formula acerva crítica al testimonio de Alberto Guzmán Ramírez, examinado antes por el actor en la esfera de la causal cuarta, y a la diligencia de reconstrucción de los hechos, "que no reune los requisitos establecidos por el artículo 211 del C. de P. P...."

Segundo cargo

Afirma el actor que el sentenciador de segundo grado infringió directamente la ley sustancial, porque no reconoció al procesado la rebaja de pena establecida en la Ley 40 de 1968, reglamentada por el Decreto 2953 del mismo año. Planteamiento este que desarrolla así:

"La Ley 40 de 1968, concede una rebaja de la 5ª parte de la pena impuesta a los sentenciados cuyos procesos se hayan tramitado con anterioridad a la vigencia de la citada ley. Esta aplicación la reglamentó el Decreto 2953 de 1968. El procesado Escobar González tenía derecho a esta rebaja de pena y no se le reconoció por parte del H. Tribunal, ni se dijo en la sentencia la razón por la cual no se le reconocía tal rebaja. Se violó la ley sustancial antes citada, al imponérsele al procesado la interdicción de derechos y funciones públicas y la pérdida de la patria potestad en la sentencia, penas accesorias que quedaron eliminadas en su aplicación por mandato del Decreto 2953 de 1968".

Expresa el libelo finalmente que si la causal primera invocada llegare a prosperar, se cumpla lo dispuesto por el artículo 58 del Decreto 528 de 1964, "dictando la sentencia que deba reemplazar al fallo invalidado".

III. Concepto del Ministerio Público.

En extenso y casi exhaustivo estudio, la Procuraduría Primera Delegada discurre sobre todos los aspectos de la acusación para concluir que no obstante la diligencia demostrada por el defensor al sustentar el recurso, deben negarse sus peticiones.

La Sala se referirá a los juiciosos argumentos del Ministerio Público en el lugar adecuado del presente fallo, pero importa reproducir desde ahora su respuesta al segundo de los cargos formulados dentro del marco de la causal primera:

"Si bien el reglamento de la Ley 40 citada faculta al Juez o funcionario del conocimiento para conceder la rebaja de pena (Art. 3º, Dto. 2953/68), para que pueda decretarse ésta es necesario que previamente se cumplan determinados requisitos o condiciones (Art. 4º Ley 40/68), lo cual no ocurre en el presente caso y en consecuencia no existe la violación alegada.

"Por otra parte, dicha rebaja puede solicitarse posteriormente, cumplidos los correspondientes requisitos.

"En cuanto a la improcedencia de las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y pérdida de la patria potestad, el decreto citado no contiene disposición alguna y no podría contenerla por

cuanto se limita a desarrollar o dar normas para reconocer en cada caso la rebaja; por demás dichas penas se encuentran contempladas expresamente por el artículo 12 de la Ley 16 de 1969, como accesorias a la de presidio y consecuentemente tienen fundamento, sin que pueda alegarse violación por este aspecto".

IV. La Corte considera

Causal cuarta

Primer cargo

El auto de proceder fue proferido por el Tribunal el 14 de noviembre de 1969 y quedó ejecutoriado el 14 de abril de 1970, una vez notificado al defensor de oficio, previo el correspondiente emplazamiento. Fls. 218 a 239 vto.). De suerte que, como lo observa el Procurador, entre la fecha en que se perpetró la infracción (9 de diciembre de 1956) y la de ejecutoria, transcurrieron más de trece años, vale decir, un lapso superior al señalado por el recurrente. Sin embargo, es palmar que no se ha cumplido en el caso de autos el fenómeno prescriptivo alegado por el demandante, por cuanto, conforme a la norma pertinente (artículo 105, inciso 2º, del C. P.), aquel se produce "En un tiempo igual al máximo de la sanción fijada en la respectiva disposición penal, para las infracciones que tengan señalada una pena privativa de la libertad mayor de cinco años y menor de veinte".

En numerosas oportunidades ha expresado esta Sala de la Corte que para determinar el tiempo necesario de la prescripción de la acción penal, ha de tomarse en cuenta el máximo de la pena señalada por la ley para el delito sub-judice, pero, según el caso, relacionado ese máximo con los aumentos o disminuciones que la misma ley establece para las modalidades específicas que agravan o atenuan el hecho criminoso. Y ha dicho también —con no escasa frecuencia— que para precisar la imposibilidad de proseguir una determinada acción penal por haber transcurrido el tiempo en que se extingue, es indispensable averiguar lo siguiente: a) Qué pena máxima le corresponde al delito, y b) Cuándo se consumó —si es instantáneo— o cuándo se realizó el último acto —si es continuo o permanente—.

Sería absurdo, de otro lado, que la sanción impuesta en la sentencia condenatoria constituyera —según parece entenderlo el impugnante— la guía orientadora para establecer la prescripción, porque en todos aquellos casos en que no se alcanza a proferir el fallo estaría el juzgador imposibilitado para determinar y declarar la causal extintiva de que se trata. Surge de lo expuesto que en el presente proceso no se ha operado la prescripción, por haberla interrumpido el auto de proceder, cuya ejecutoria se produjo, como ya hubo de recordarse, el 14 de abril de 1970.

Segundo cargo

Para rechazarlo son suficientes las razones claramente expuestas por la Procuraduría sobre esa fase de la acusación:

"Como advierte el recurrente, su alegación de nulidad se apoya en la falta de reparto y en la falta de fundamento del impedimento. Estos aspectos conviene examinarlos en relación con la actuación procesal.

"Según anotación de 18 de enero de 1956, el negocio aparece repartido pero sin indicar el número del Juzgado (Fl. 17 v.), es decir, que sí se cumplió tal diligencia y debe deducirse que el negocio correspondió al Juzgado, el cual prosiguió la actuación. Y en 15 de marzo de 1957 (Fl. 79 v.) el negocio aparece repartido al Juzgado 3º Superior, aunque sin anotar la causa de este nuevo reparto, despacho este que prosiguió la actuación, hasta que el Juez se declaró impedido y pasó el negocio al conocimiento del Juzgado 1º nuevamente.

"De lo anterior se desprende que sí se cumplieron los trámites de reparto. Pero aunque se hubiera prescindido de los mismos o se hubieran cumplido irregularmente, como podría alegarse en este caso, no puede aducirse la existencia de una incompetencia de jurisdicción por esta razón, por cuanto debe entenderse que dicho acto tiene por objeto la distribución del trabajo entre funciona-

rios de la misma categoría, a quienes la ley atribuye el conocimiento y consecuentemente, no adquiere tal competencia en razón del reparto, sino de la ley, por ministerio suyo. De tal manera que si el Juez tenía competencia para conocer del caso como ocurre con el Juez Superior en relación con el delito de homicidio, no tiene base alguna dicha alegación.

"Por otra parte no existe norma alguna que consagre tal nulidad y por el contrario, ratifica lo antes expuesto, la norma del Código Procesal Civil, aplicable en razón del Art. 7º del Código Procesal Penal, según la cual, no se produce incompetencia de jurisdicción por falta de repartimiento (Art. 449 C. J.) precepto que resuelve claramente este caso.

En relación con el impedimento, por el cual el expediente pasó a otro funcionario, no se observa irregularidad alguna, por cuanto se fundó en un motivo contemplado por la ley, cual es la enemistad (Art. 73, causal 5ª, C. de P. P.); el Juez cumplió con la obligación de declararlo (Art. 72, C. de P. P.) y se respetó el procedimiento ordenado por el correspondiente estatuto, cual era el de ordenar el envío al funcionario de la misma categoría que le seguía en orden numérico (Arts. 74 y 75), el cual consideró que debía aceptarlo y asumir el conocimiento, en vista de las razones expuestas por el Juez respectivo. Si así se cumplió el procedimiento no puede objetarse, ya que la ley no consagra otros trámites, aunque de acuerdo con la jurisprudencia que cita el recurrente, no hubiera manifestado que se trataba de enemistad grave.

"No demuestra el recurrente cómo en razón de la anterior actuación se hubiera incurrido en incompetencia de jurisdicción; por tanto debe concluirse que tampoco por este aspecto existe nulidad".

Tercer cargo

Se recordará que la tercera tacha se construye a través de un prolijo examen respecto de los elementos de juicio referentes a la responsabilidad del procesado. En otros términos: al amparo de la causal cuarta de casación —cuyo ámbito, como es sabido, tiene sus propios y definidos contornos diferenciales— se pretende provocar un replanteamiento valorativo de la prueba. Y ello es inadmisible, no solo porque la materia es ajena a la esfera de la causal aducida, sino porque como lo ha expresado esta Sala en la más constante y difundida de sus doctrinas, en los juicios que se ventilan con intervención del Jurado, no es pertinente reabrir en casación debate probatorio de tal naturaleza, desvirtuando la autonomía del tribunal popular, porque ello conduciría a la declaración de contraevidencia de los hechos frente al veredicto, asunto del exclusivo resorte de las instancias y que, de otro lado, no está erigido en específico motivo de censura por las normas que disciplinan el recurso extraordinario de que se trata.

Cuarto cargo

El auto de llamamiento a juicio en este proceso, cumple, en lo esencial, con los requisitos o pautas señalados por el artículo 431 del C. de P. P., bajo cuyo imperio se dictó. En efecto, allí se examinan los diferentes elementos de convicción aportados al informativo con la extensión que el juzgador estimó pertinente. "Lo mismo puede decirse en cuanto a las circunstancias del hecho, —agrega el concepto del Procurador— pues el examen de las pruebas llevó al Tribunal a dictar el auto de proceder por homicidio simple con expreso rechazo de la legítima defensa alegada (Fl. 230); y los razonamientos de las partes pueden entenderse examinados a través de dicho análisis, por cuanto la petición de la defensa se dirigía precisamente al reconocimiento de la legítima defensa, y ante el Tribunal, el Ministerio Público pidió el llamamiento a juicio".

En suma, la providencia criticada se desenvuelve a través de una serie de presupuestos probatorios que, sin quebrantar los principios fundamentales de un sano raciocinio, conducen a una conclusión lógica.

No prosperan, por tanto, las tachas propuestas dentro del marco de la causal cuarta.

Causal primera

Primer cargo

Afirma el demandante que la sentencia acusada violó indirectamente la ley sustancial, quebranto proveniente de error de derecho en la estimación de la prueba, y apoyado en tal criterio, emprende el examen de los distintos medios de convicción obrantes en el proceso, especialmente el testimonio de Antonio Guzmán Ramírez y la diligencia de reconstrucción de los hechos, análisis que la Sala no habrá de estudiar, por su manifiesta impertinencia en un juicio que, como atrás hubo de recordarse, se adelantó con intervención del Jurado.

El cargo, por lo visto, carece de toda justificación.

Segundo cargo

Las razones expuestas por el Procurador sobre este punto de la acusación, razones que la Sala acoge, son suficientes para desvirtuarlo. A lo cual cabe añadir que el sentenciado Luis Carlos Escobar González, por ser reo ausente, no tiene derecho a la gracia concedida por la Ley 40 de 1968, según expresa prohibición contenida en el artículo 4º de ese estatuto.

Fallo

En virtud de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con la Procuraduría Primera Delegada y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DESECHA el recurso extraordinario de casación a que expresamente se refiere la parte motiva y ordena devolver el expediente al Tribunal de origen.

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

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

RECURSO DE CASACION. — SU TECNICA

Cuando se recurre en casación debe estipularse en forma clara y precisa las causales en cuyo ámbito se formulan los cargos. — Dada la diferencia entre las causales consagradas en el Art. 580 del C. P. P., los argumentos para sustentarlas cuando se presentan varios motivos de impugnación no pueden ser los mismos

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, noviembre trece de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

(Aprobado: Acta número 44 de noviembre 13 de 1971).

Vistos

Contra la sentencia que el Tribunal Superior de Cali dictó el 27 de abril del año en curso y por medio de la cual confirmó, en todas sus partes la que el 16 de noviembre del año pasado pronunciara el Juzgado Superior de Buenaventura y en que se condenó a **Alberto Mina Caicedo** por el delito de homicidio, a la pena de ocho años de presidio, sanciones accesorias correspondientes y a la indemnización de los perjuicios causados con el delito, interpuso el defensor del procesado, en tiempo oportuno, recurso de casación que le fue concedido y que, declarado procedente por esta Sala, fue sustentado, en tiempo oportuno y por medio de escrito que llena los requisitos formales exigidos por la ley.

Hechos y actuación procesal

Los primeros los narra el Tribunal de la siguiente manera, que la Sala acoge por ceñirse a la realidad procesal:

"En las horas de la tarde del día siete de septiembre de 1969, se encontraban en estado de embriaguez la mayor parte de los familiares de **Mina Caicedo,** en el sitio de 'El Bracito' al parecer con motivo de una visita de unos parientes de los mismos; hallándose presente Alberto Mina Caicedo, manifestó que se iba a residir al sitio de 'Brazo Grande', en donde los familiares de su concubina Carolina Caicedo Riascos; el padre de aquel Manuel Dolores Mina, le increpó esta determinación, diciéndole que para qué le había hecho construir una vivienda adyacente; contestándole Alberto que eso no era impedimento, por cuanto la podía vender. Interviniendo la occisa Cándida Rosa Díaz, ésta aconsejó a Alberto de que no se ausentara para ese sitio, por cuanto allí tenía muchos enemigos y algo le podía ocurrir; a esta insinuación, terció Carolina Caicedo Riascos, injuriando en palabras soeces a Cándida, por los consejos que ésta le había dado a su concubinario Alberto; como la discusión continuara, Alejandro Mina Caicedo asió a Cándida para que no fuera a pelear con Carolina, interviniendo también Apolinar Mina, marido de Cándida. En medio de la confusión, la menor María de Jesús Mina Díaz, hija de Apolinar y Cándida, le pegó un garrotazo a su progenitor Apolinar, creyendo que éste maltrataba a su madre. A la vez, Alejandro Mina, al ver la actitud de la menor le pegó un planazo para que respetara a su padre. Continuada la trifulca, Alejandro intentó agredir con un machete a Apolinar, lanzándolo contra una troja de maíz, interviniendo entonces Alfon-

so Mina Caicedo, quien penetró hasta el cuarto de habitación con el fin de desarmar a Alejandro, pues éste tenía con antelación una 'pica' o disguto con sus otros hermanos Alfonso y Alberto, por celos de las mujeres de los dos. En estas circunstancias, volvió a aparecer Alberto Mina Caicedo, armado de una peinilla, con el propósito de agredir a Alfonso, trozando con el arma las pretinas del bolsillo, dizque para cortarle la cabeza, interviniendo esta vez Manuel Dolores Mina, padre de ellos, para que Alberto cesara en su propósito de agredir a Alfonso. Cuando la occisa Cándida Rosa Díaz vio la intención de Alberto para con Alfonso, le dio a aquel con una astilla de leña sendos golpes en la cabeza y en otras partes del cuerpo. Terciaron, igualmente Manuel Dolores Mina y Javier Díaz, que le quitaron la peinilla a Alberto. Este, al verse desarmado se regresó a su casa, volviendo instantes después armado de una escopeta. La occisa al ver de nuevo la actitud de Alberto, se paró en la escalera para impedir que subiera a acabar con Alfonso y en estos momentos fue cuando recibió el disparo que posteriormente le ocasionó la muerte. Apolinar Mina, al oir la detonación, se dirigió al lugar en donde se encontraba su mujer, alcanzándola a coger para que no se desplomara y trasladándola luego al hospital de esta ciudad en donde falleció. Alberto el sindicado, una vez que hizo el disparo, huyó hacia el monte, siendo capturado posteriormente y sometido a indagatoria".

Por auto de 11 de junio del año pasado, el Juzgado en mención calificó el mérito del sumario, abriendo causa criminal contra Alberto Mina Caicedo por el delito de homicidio.

En la parte motiva de esa providencia se dice que se trata de un homicidio intencional o de propósito, sin atenuantes ni agravantes de ninguna naturaleza.

El auto de proceder mencionado, se ejecutorió por no haberse interpuesto contra él recurso alguno.

Con fecha 29 de octubre del año pasado, se llevó a cabo la audiencia pública en el presente proceso.

Durante ella, se sometió a consideración de los jurados el siguiente cuestionario:

"El procesado Alberto Mina Caicedo, hijo legítimo de Manuel Dolores y Eufemia, de 19 años de edad para la fecha de su indagatoria (1969), natural del corregimiento de Anchicayá, jurisdicción del Municipio de Buenaventura, vecino de esta ciudad, soltero, de profesión agricultor y pescador, indocumentado y alfabeto, es responsable, sí o no, conforme al auto de proceder, de haber dado muerte, intencionalmente, a Cándida Rosa Díaz, a quien con múltiples proyectiles de arma de fuego (escopeta) ocasionó varias heridas, cuyos orificios de entrada, acompañados de halos de quemaduras, se localizaron a nivel del seno izquierdo, penetrantes a la caja torácica a través de los espacios 2º, 3º y 4º intercostales izquierdos, atravesando el pulmón y el diafragma y causaron once (11) perforaciones intestinales, según hechos ocurridos, el de las heridas, a eso de las cuatro (4) de la tarde del día 7 de septiembre de 1969, en el paraje denominado 'El Bracito', corregimiento de Anchicayá, y el de la muerte, el nueve (9) del mismo mes y año en el hospital 'Santa Helena' en esta ciudad?".

A cada uno de los jurados se le dio una copia del cuestionario anterior. Todos firmaron cada una de las copias. Pero en la primera de ellas aparece como respuesta "Sí es responsable" en tanto que en los otros se lee: "Sí es responsable pero en un momento de intensa ira debido a los garrotazos recibidos previamente".

El Juez de la causa, en sentencia de 16 de noviembre del año pasado, manifestó que si bien de las respuestas que se dejan transcritas aparecía claramente que los jurados habían encontrado responsable al procesado por el delito que se juzga e igualmente, por mayoría, aceptaron la agitación de ánimo, no podía decirse que afirmaron que el hecho se había cometido en las circunstancias que menciona el Art. 28 del C. P., por cuanto no expresaron, de manera inequívoca, que la ira hubiera sido causada por grave e injusta provocación.

Al fijar la cuantía de la pena, manifiesta el juez que ésta se tasa en el mínimo señalado por la disposición pertinente, o sea el Art. 362 del ya mencionado ordenamiento, por no aparecer sino circunstancias de menor peligrosidad. En consecuencia, impone ocho años de presidio, como pena principal al procesado.

De esta sentencia apeló el defensor y el Tribunal, por medio de la que se revisa, la confirmó en todas sus partes.

En la providencia del Tribunal volvió a examinarse el punto de si la respuesta del jurado equivalía a la aceptación de la atenuante consagrada por el ya citado artículo 28 del Código Penal, como lo sostuvo el defensor en escrito por medio del cual sustentó el recurso de alzada.

El ad-quem se expresó así sobre este particular:

"El defensor Dr. Valentín Moreno, plantea la tesis de que la sentencia adolece de falta de concordancia en cuanto a los hechos específicos y circunstanciales con el veredicto del jurado, contrariando en forma clara y perentoria el mandato del Art. 480 del C. de Procedimiento Penal, y por ello solicita que se revoque la sentencia y se convoque a nuevo jurado popular y subsidiariamente que se reforma la sentencia para que en la dosificación de la pena se aplique el Art. 28 del C. Penal. La Sala ante las glosas enunciadas por el acucioso defensor manifiesta que las peticiones no son procedentes por cuanto no hay ninguna falta de concordancia entre los hechos y el veredicto del Jurado, ya que la resolución del juri es la de admitir la responsabilidad y hablar de intensa ira pero no grave e injusta provocación que es lo que según el Art. 28 del C. Penal atenúa la pena, es decir que para que se pueda aceptar el atenuante de que el delito se cometió en estado de ira e intenso dolor se requiere además que el jurado indique, que ella se originó por grave e injusta provocación, palabras que el jurado no manifestó, ni quiso indicar en ningún momento. Por consiguiente el jurado solamente admitió la ira pero la ira simple no atenúa la sanción, ni cambia la denominación jurídica y además las probanzas que tuvieron en cuenta los jueces del Pueblo no comprueban que hubo grave e injusta provocación, para que Alberto Mina Caicedo diera muerte a Cándida Rosa Díaz sino que se mató a ésta sin que ella en ningún momento hubiera dado motivo para esa violenta agresión del procesado; si las probanzas indicaren que efectivamente la occisa provocó o dio razón para el hecho de sangre, cabría la oportunidad de admitir que el veredicto no reflejaba la realidad de los hechos y que por consiguiente debía ser declarado contraevidente. Esta situación no cabe en este asunto por cuanto el veredicto refleja la realidad procesal de un homicidio consumado, sin que la occisa hubiera provocado al homicida por ninguna razón de modo que el jurado al descartar la grave e injusta provocación, no estaba haciendo otra cosa que ajustarse a la realidad de los hechos".

Demanda de casación

Luego de resumir los hechos y de consignar la forma como los jurados respondieron al cuestionario, el demandante formula contra la sentencia dos cargos que se resumen a continuación:

Primer cargo

Sin citar la causal de casación que ampara este cargo, considera, empero, el demandante que la sentencia es violatoria de la ley sustancial por aplicación indebida consistente a juicio del actor, en que el Tribunal aplicó el artículo 362 del Código Penal y no hizo lo mismo con el 28 de mismo ordenamiento.

Se basa para hacer este cargo en respuestas que los jurados dieron al cuestionario, en dos de las cuales se reconoce la ira intensa.

En concepto del recurrente, tales respuestas deben ser interpretadas en el sentido de que el jurado aceptó que el hecho se había cometido en las circunstancias que menciona la disposición últimamente citada.

Segundo cargo

También sin citar la disposición procedimental que señala la causal en cuyo ám-

bito se formula el ataque a 'a sentencia, considera que esta se dictó en desacuerdo con el veredicto del jurado.

Los argumentos para sustentar el cargo, son los mismos que expuso en relación con el anterior, o sea que, en su concepto, el jurado reconoció que el hecho lo había ejecutado el procesado en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación, y que en este sentido debió ser interpretado por el ad-quem la respuesta de los jurados. Y como no lo hizo, se apartó, a juicio del demandante, del veredicto.

Concepto del Ministerio Público

Solicita el Procurador Segundo Delegado en lo Penal que se deseche el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado, porque, en primer término, la demanda no se ajusta a las normas legales, que reglamentan el recurso, ausencia técnica en el libelo que impide entrar en su estudio.

En segundo lugar, observa que los fundamentos de las dos causales de casación, son iguales pues se resumen en que la sentencia de segunda instancia desconoció el veredicto del jurado.

Agrega que el demandante no indicó al formular el primer cargo la vía por la cual impugnaba el fallo, esto es, no dijo si la sentencia violaba directa o indirectamente la ley penal sustantiva. Anota que la sustentación de este cargo no corresponde a la causal primera de casación.

Por lo que hace al segundo, no se ocupa el Procurador de él por cuanto no se expuso razón jurídica alguna para sustentarlo.

Consideraciones de la Corte

Tiene razón el Procurador Segundo Delegado en lo Penal en las glosas que hace a la demanda pues, como ya se observó, en esta no se mencionan las causales de casación a cuyo amparo se formulan los respectivos cargos, y además, el razonamiento con que se pretende sustentarlos en el mismo para ambos.

Se falta así, como lo observa la Procuraduría, a la técnica del recurso pues el no señalar las causales en cuyo ámbito se formulan los cargos, impide el estudio de estos ya que cada una de aquellas tiene su propia naturaleza, que no se confunde con las de las otras.

Además, cada cargo debe tener su peculiar sustentación y dada la diferencia entre las causales, ya señaladas, es de entender que el razonamiento para sustentarlas cuando como en el caso presente, se formulan varios cargos, no puede ser el mismo.

Estas fallas de la demanda exonerarían a la Sala de considerarla.

Empero, para abundar en razones sobre el rechazo del recurso, resolución que habrá de tomarse en la presente sentencia, se puede añadir que, en forma reiterada la Corte ha sostenido que en los procesos en que interviene el jurado no se puede discutir en casación, si de acuerdo con las pruebas que obran en los autos, la sentencia debió dictarse en uno y otro sentido, por cuanto la interpretación del veredicto corresponde al Juzgado y al Tribunal y si ellos no lo encuentran contrario a la evidencia de los hechos y lo aceptan, la Corte no puede entrar a examinarlo pues no tiene la facultad de hacer esa declaración de contraevidencia que es privativa de aquellos y que no se encuentra entre las causales de casación.

Además, y reiterando una también abundante doctrina de la Sala, para que se diga que un veredicto acoge la causal de atenuación de responsabilidad contemplada por el artículo 28 del Código Penal, debe contener todos los elementos que consigna esa norma, a saber, que se afirma la existencia de un estado de ira o intenso dolor y que la causa del mismo haya sido una provocación grave e injusta al mismo tiempo.

En el caso de autos se mencionó la ira y se dijo, por mayoría, que la causa de la misma habían sido los garrotazos recibidos previamente por el procesado.

Pero esta última expresión no equivale a decir que tales garrotazos hubieran constituído una provocación ni, menos, que ésta hubiera sido injusta y grave porque bien pudo suceder que esos golpes se dieran para defenderse o en respuesta a una provocación previa.

No aparece, en consecuencia, que la ley penal sustancial hubiera sido violada por el Tribunal ni que éste se hubiera apartado del veredicto. Por lo tanto, deben declararse no probados los cargos y rechazarse el recurso.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Cali, con fecha 27 de abril de este año, por medio de la cual se confirma la del inferior en que se condena a Alberto Mina Caicedo a la pena principal de ocho años de presidio por el delito de homicidio en Cándida Rosa Díaz.

Cópiese, notifíquese, publíquese la sentencia y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION

El recurso de revisión es una acción promovida contra la autoridad de la cosa juzgada, y su objetivo no puede ser el de corregir el error relativo a la calidad o cantidad de la pena impuesta. — Este solo procede respecto de sentencias condenatorias ejecutoriadas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, noviembre trece de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

(Acta número 44 de 1971).

Vistos

Mediante apoderado, el señor **Alfonso Gallo Mantilla** interpone el recurso de revisión contra la sentencia del Tribunal Superior de Aduanas, de 2 de agosto de 1967, asunto en el cual conoció en primera instancia el Juzgado Superior de Aduanas de Cúcuta.

En la parte resolutiva del fallo recurrido se dice lo que pasa a transcribirse:

"Primero. Absolver, como en efecto se absuelve, al acusado **Alfonso Gallo Mantilla**, de las condiciones civiles y personales establecidas en su declaración indagatoria, del delito de contrabando a que alude el proceso, por falta de pruebas.

"Segundo. Declarar, como en efecto declara, de contrabando el camión marca Mack, modelo del año 1955, motor (regrabado) EN 707B-220-78, sin número de serie, color verde y cuyas últimas placas que llevaba antes de ser retenido, correspondían a los números JZ-3962, vehículo éste que se encuentra bajo garantía en posesión de **Alfonso Gallo Mantilla.**

"Tercero. Como consecuencia de lo dispuesto en el artículo inmediatamente anterior, ordena el decomiso y remate del citado vehículo, a fin de que el producto líquido de la subasta, previa deducción de la participación que le corresponde al aprehensor, ingrese definitivamente al Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas.

"Cuarto. Reconocer, como en efecto reconoce, como aprehensor del vehículo de que trata este negocio, al Guarda III-7, Evangelista Rico Hernández, quien se identifica con la placa número 02 0312. La participación que le corresponde es equivalente al veinticinco por ciento del producto líquido del remate".

Anota el actor que "el Tribunal Superior de Aduanas, al analizar el negocio e identificándose con la vista fiscal, no tuvo en cuenta una serie de hechos, que a la postre vienen a determinar que el vehículo en referencia no es de contrabando. Dichas pruebas me permitiré presentarlas a la Honorable Corte...".

Luego de algunas otras consideraciones sobre el mismo aspecto, concluye expresando que "los documentos adjuntos, demuestran que aún existen pruebas no conocidas al tiempo de los debates, que establecen la inocencia total del señor **Alfonso Gallo Mantilla** y que el vehículo objeto de la litis, no es de contrabando".

Considera la Corte

De conformidad con el artículo 584 del C. de Procedimiento Penal, "en materia penal hay lugar a recurso de revisión contra las sentencias ejecutoriadas, en los casos siguientes:

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

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

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

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

"5. 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".

Ahora bien:

El recurso extraordinario de revisión, técnicamente, es una acción promovida contra la autoridad de la cosa juzgada, y su objetivo no puede ser el de corregir el error relativo a la calidad o cantidad de la pena impuesta, pues no se trata de una tercera instancia, sino que se apoya en la certidumbre de que el reo debió ser absuelto.

En varias ocasiones ha dicho la Corte que "en el recurso de revisión solo se discute si la persona que está sufriendo una pena fue condenada con base en hechos o pruebas que posteriormente se demuestra que son o fueron falsas", (Sentencia de 22 de noviembre de 1947, G. J. t. LXIII, Pg. 843, entre otras). Igualmente ha señalado esta Corporación, refiriéndose a este recurso, que "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 aquel que demuestra con plena certeza que el delito no se cometió y que la responsabilidad que se le dedujo al reo constituye un flagrante error judicial", (Sentencia de 22 de noviembre de 1947, G. J. t. LXIII, Pg. 843, que se acaba de citar).

Es obvio, entonces, de acuerdo con la norma del Código de Procedimiento Penal transcrita y de las doctrinas de la Corte de que se ha hecho referencia, que el recurso de revisión solamente procede respecto de una sentencia condenatoria ejecutoriada.

Y en este caso, el recurrente Alfonso Gallo Mantilla, **fue absuelto "del delito de contrabando a que alude el proceso, por falta de pruebas".**

El decomiso del vehículo ordenado en la sentencia del Tribunal Superior de Aduanas es cuestión totalmente desvinculada no solo del recurso de revisión, sino de la misma imputación delictuosa hecha al citado señor Gallo Mantilla, **dado que éste, como se dejó dicho, fue absuelto en ese fallo.**

El ordinal 5º del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal, aducido por el demandante, se refiere a "hechos nuevos o..." a pruebas que se presenten... "no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados...", y en este asunto, se repite, el recurrente no fue condenado, sino absuelto.

De acuerdo con lo observado, corresponde declarar inadmisible el recurso de revisión propuesto.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA INADMISIBLE el recurso de revisión de que se hizo mérito.

Cópiese y notifíquese.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada, Secretario.

AUDIENCIA PUBLICA

La renuncia al uso de la palabra en una de las dos oportunidades que consagra la ley, en la audiencia pública con intervención del jurado de conciencia puede ser expresa o tácita.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diez y ocho de noviembre de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

(Aprobada: Acta número 45 de 17 de noviembre de 1971).

Vistos

Está acusada en casación la sentencia de fecha quince de abril del año en curso, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, confirmando la de primer grado, condenó a José Rosario Gómez Monroy o Monroy Gómez a la pena principal de veintiún (21) años de presidio, como responsable de la muerte (asesinato) de Ulises Sandoval, de homicidio tentado en la persona de Gustavo Sandoval y de lesiones personales en Celina Sandoval. En la misma sentencia fueron condenados a veinte (20) años de dicha pena y por los mismos delitos, a título de coautores, José Reyes Monroy Rojas y José Monroy Gómez.

Antecedentes

a) El 5 de junio de 1969, en torno a las diez de la mañana, venía Ulises Sandoval de una finca rural de su propiedad con sus hijos Gustavo, Celina y Rosamira Sandoval. Y cuando transitaban por el camino que conduce del punto denominado "Luis Vero" al corregimiento de Orú, jurisdicción municipal de Sardinata, fueron atacados por José Reyes Monroy y sus hijos José Rosario y José Monroy Gómez, resultando muerto Ulises Sandoval y gravemente heridos Gustavo y Celina.

b) El Juzgado Penal Municipal de Sardinata ordenó la detención preventiva de los Monroy y la de Gustavo Sandoval, pues a este último se le atribuían algunas heridas que presentaba José Rosario.

c) En providencia calendada el 5 de febrero de 1970, el Juzgado Tercero Superior de Cúcuta calificó el mérito del sumario sobreseyendo definitivamente en favor de Gustavo Sandoval y llamando a responder en juicio criminal, con intervención del Jurado de Conciencia, a los Monroy por los hechos delictuosos de anterior mención, entendidos como estructurantes de los delitos de homicidio perfecto, homicidio imperfecto y lesiones personales, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar especificados en la parte motiva, pliego de cargos que el Tribunal Superior de la ciudad nombrada confirmó en todas sus partes mediante auto del 19 de junio del mismo año.

d) Con oportunidad de la audiencia pública se le sometieron al tribunal popular, respecto de cada uno de los procesados, los respectivos cuestionarios. Los jueces de conciencia declararon la responsabilidad de todos los acusados, y el Juez de la causa, respetando los veredictos, condenó a José Rosario Gómez Monroy o Monroy Gómez a veintiún años de presidio, y a veinte años de la misma pena a José Reyes y a José Monroy Gómez, padre y hermano del pri-

mero de los nombrados, respectivamente. La sentencia de primer grado, como ya hubo de observarse en la parte inicial y motiva del presente fallo, fue plenamente confirmada por el superior.

e) Contra el fallo de segunda instancia interpusieron el recurso de casación los sentenciados José Rosario Gómez y José Reyes Monroy, como también su defensor, el cual les fue concedido y declarado luego admisible, por la Corte en auto del veinticinco de junio último, en donde se dispuso dar traslado a los recurrentes por el término legal para que formularan las respectivas demandas.

f) Los condenados que acaban de mencionarse confirieron poder especial para efectos del recurso de casación, personería que le fue oportunamente reconocida al designado, quien presentó a nombre de aquellos la demanda correspondiente, que la Sala declaró ajustada a los requisitos legales, disponiendo, en consecuencia, correr traslado de ella al Ministerio Público para los fines señalados en el artículo 578 del C. de P. P.

El recurso extraordinario

Dos cargos se formulan a la sentencia recurrida, ambos al amparo de la causal cuarta de casación, a saber:

a) Los procesados recurrentes solo tuvieron un defensor en el juicio, a pesar de tener intereses opuestos, pues su participación en los hechos fue distinta y, por tanto, "... no todos debían responder indiscriminadamente en similares situaciones, cuando la conducta y el grado de participación de cada uno, pudo ser individualizada, si individualizada hubiese sido la defensa".

Se arguye, para sustentar la censura, que José del Carmen Gómez afirma la inocencia de su padre y se declara autor de los hechos en legítima defensa; que Celina Sandoval se refiere a José Rosario Gómez como la persona que diera muerte a Ulises Sandoval y le causara las heridas que ella sufrió, y, finalmente, que Gustavo Sandoval señala a José Reyes Monroy, padre de los sujetos de tal apellido, como responsable del homicidio mencionado, y a José Monroy como autor de las heridas que él —Gustavo— recibiera.

Concluye el impugnante que conforme al artículo 109 del Código de Procedimiento Penal anterior los procesados no podían estar representados en el juicio por un solo defensor.

b) El defensor de los acusados solo dispuso de una oportunidad para hablar ante el Jurado, no obstante que el artículo 12 del Decreto 1358 de 1964 establecía que en las audiencias con intervención del Jurado el uso de la palabra se concederá por dos veces, en el orden allí señalado, a las personas que misma norma señala.

Tras citar algunos textos doctrinarios de la Corte, que el actor estima corroborantes de sus puntos de vista, finaliza el libelo del siguiente modo:

"De manera que comprobados los motivos, la invocación de la nulidad tiene pleno respaldo jurisprudencial, porque en el proceso sub-examine se ha privado, en ambos casos a los procesados, del debido derecho de defensa.

"Para terminar, en vista de que los hechos del primer motivo invocado como nulidad, permitiría reabrir la etapa probatoria del juicio, comedidamente solicito se estudie preferencialmente esta motivación".

En seguida pide que, previa invalidación de la sentencia acusada, se declare nulo lo actuado a partir de la notificación del auto de proceder y se ordene reponer el procedimiento.

Respuesta del Ministerio Público

Después de resumir los hechos y reseñar los aspectos pertinentes de la actuación procesal, el Ministerio Público, representado en este caso por la Procuraduría Segunda Delegada, sintetiza la esencia de las tachas

formuladas contra el fallo impugnado. El capítulo final se ocupa de responderlas en términos que, dada su claridad y precisión, importa transcribir:

"En cuanto al primer cargo formulado a la sentencia del Tribunal Superior de Cúcuta, se observa que el doctor Jacinto Rómulo Villamizar B. fue designado defensor de los acusados José Reyes Monroy y José Rosario Gómez con motivo del pronunciamiento del auto de proceder (Fl. 138). Ya en la etapa de la instrucción también habían estado representados por un solo profesional del derecho, por propia y expresa voluntad. (Fl. 28).

"La pretendida oposición de intereses entre los acusados se hace derivar de las versiones que ellos expusieron en sus indagatorias las cuales fueron debatidas con el resto de pruebas allegadas al informativo y con base en todas ellas, se dictó el auto de proceder y se pronunciaron los jurados. Por manera que es inconducente en este momento discutir nuevamente el acervo probatorio al amparo de la causal cuarta de casación con la pretensión de establecer incompatibilidad de intereses entre los condenados Monroy y Gómez.

"El derecho de defensa no se afectó por estar representados los acusados por un solo apoderado durante el juicio pues con base en los cargos formulados en el auto de proceder y en los cuestionarios propuestos al jurado, el defensor orientó su intervención en la audiencia a la legítima defensa y subsidiariamente planteó la duda acerca de la responsabilidad penal. Por tanto, claramente se advierte que, conforme a la posición adoptada por el abogado en la vista pública, no existía incompatibilidad de intereses entre los dos acusados y aquí la razón para haber propuesto al jurado decisiones comunes para sus representados.

"Entiende este Despacho que la demanda de casación pretende enjuiciar la forma como el apoderado de los acusados Monroy y Gómez los defendió en la audiencia pública proponiendo al jurado respuestas comunes y no separadas, asunto este que, como bien se comprende, escapa al recurso de casación pues cada profesional del derecho goza de libertad para orientar la defensa de sus poderdantes a su leal saber y entender.

"En consecuencia, no se advierte la violación del derecho invocada en el libelo.

"En cuanto al segundo cargo, también formulado al amparo de la causal cuarta de casación, porque el defensor de los acusados no tuvo la oportunidad de intervenir por segunda vez en la audiencia, en las instancias se examinó detenidamente esta cuestión presentada por la defensa después de la vista pública.

"El señor Juez Tercero Superior de Cúcuta, quien presidió el acto, explicó en su fallo del 5 de noviembre de 1970 las incidencias de la audiencia pública y en especial la actitud del defensor al terminar su única intervención, con la que se finalizó el debate. No hay constancia de que éste hubiese protestado por la terminación de la audiencia o que hubiese solicitado la palabra por segunda vez. El Juez Superior que presidía el acto al oir que el defensor daba por finalizada su intervención entregó los cuestionarios a los jurados para su decisión. Conocida ésta tampoco hubo protesta la cual vino a formularse cuatro días después por el defensor.

"La ley concede el derecho de intervenir por dos veces en la audiencia con jurado de conciencia y, como generalmente ocurre, las partes renunciaron a una por considerarla innecesaria. En este caso el representante del Ministerio Público lo hizo expresamente cuando el defensor iniciaba su primera intervención, la cual duró más de tres horas —según el fallo de primer grado— y finalizada, el Juez clausuró el debate. Entiende este Despacho que hubo renuncia tácita al derecho de participar por segunda vez en la vista pública, porque el defensor no solicitó la palabra ni protestó la decisión del Juez de dar por terminada la audiencia con la entrega de los cuestionarios a los integrantes del jurado".

Concluye el Procurador expresando que tampoco encuentra demostrado este segundo cargo y, consecuente con tal criterio, solicita que no se invalide el fallo recurrido.

La Corte considera

1. La coautoría de los procesados Monroy respecto de los hechos de que se ocupa el proceso constituyó tema de estudio en el auto de proceder, en donde se examinó todo el caudal probatorio que la investigación recogiera. En efecto, son frecuentes en aquella providencia conceptos como el siguiente, distintos en la forma, pero reveladores de la misma idea esencial: "Resumiendo la situación fáctica que arroja el análisis probatorio efectuado, se tiene que los Monroy esperaron emboscados el paso de la familia Sandoval. Los atacaron eliminando a Ulises Sandoval e hiriendo a Gustavo y Celina Sandoval. Hay otras constancias procesales que arrojan serios indicios sobre la responsabilidad de los procesados Monroy; pero su análisis es innecesario para los efectos del enjuiciamiento. Este solo exige la plena comprobación del cuerpo del delito y plurales indicios graves o una declaración de testigo digna de crédito sobre la responsabilidad de los procesados. Estos presupuestos probatorios se han cumplido de sobra con los elementos de juicio examinados".

Y como ya se expresó en otro lugar del presente fallo, el vocatorio de los tres acusados se produjo por homicidio consumado, homicidio en grado de tentativa y lesiones personales figuras criminosas que, desde entonces, se estimaron agravadas por las circunstancias que el artículo 363 del C. P. contempla en su ordinal 5º, pues las víctimas —se dice en aquella pieza— habían sido sorprendidas en condiciones de indefensión, mediante la insidia y la asechanza.

2. Como lo expresa la Procuraduría, la pretendida oposición de intereses se hace derivar de las versiones que los acusados expusieron en sus respectivas indagatorias, pero ya se ha visto que el auto de proceder, plenamente confirmado por el Tribunal, descartó tal planteamiento después de analizar las probanzas obrantes en el informativo. Por tanto es inconducente pretender reabrir el debate sobre el contenido probatorio del proceso al amparo de la causal cuarta de casación y en juicio ventilado con intervención de los jueces de conciencia, con pretexto de demostrar que entre los sentenciados existieron intereses contrapuestos.

La tacha, por lo visto, carece de toda justificación.

3. En cuanto al segundo cargo, son tan claras las razones expuestas por la Procuraduría para desvirtuarlo, que la Sala considera innecesario insistir en variaciones sobre el particular. **Hubo una renuncia del defensor al derecho de realizar una segunda intervención en la vista pública de la causa, no por tácita menos evidente, procedimiento que, como lo observa el Procurador, es de frecuente usanza en las audiencias que se desenvuelven ante el Jurado. Tanto el representante del Ministerio Público como el de los acusados hicieron uso de la palabra durante el tiempo que estimaron necesario y conveniente, sin limitaciones externas de ninguna índole, razón por la cual se expresa con verdad en el fallo recurrido que "el derecho de la sociedad y el de los encausados guardó perfecto equilibrio".**

Tampoco se conculcó por este aspecto el derecho de defensa, y el cargo, en consecuencia, no prospera.

Decisión

En mérito de las razones que preceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con la Procuraduría Segunda Delegada y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DESECHA el recurso de casación a que expresamente se refiere la parte motiva y ORDENA devolver los autos al Tribunal de origen.

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

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

PREVARICATO

Para que se incurra en la modalidad delictual, consagrada en el inciso 3º del artículo 2º del Decreto 2525 de 1963, es indispensable que esté plenamente demostrada la "simpatía o animadversión" del funcionario para con cualquier interesado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, dieciocho de noviembre de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

(Aprobado: Acta número 45, noviembre 17 de 1971).

Vistos

Por auto calendado el 2 de abril del año en curso, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá declaró que los hechos dentro de estas diligencias "imputados al doctor Abraham Murillo, Juez 15 Superior de Bogotá, no constituyen infracción penal" y, en consecuencia, ordenó la casación del procedimiento penal respectivo.

Al Abogado denunciante, José María Prada Cáceres, quien se constituyó en parte civil, apeló de la decisión y habiendo sido concedido legalmente el recurso, han venido a esta Corporación las presentes diligencias para resolver lo pertinente.

El carácter de funcionario público en el Juez acusado se establece con los documentos que obran a los folios 105 vuelto y siguientes, según los cuales fue nombrado para el cargo de Juez 15 Superior de esta ciudad por Acuerdo número 47 de 14 de agosto de 1969, tomó posesión de él el 3 de septiembre siguiente "con retroactividad al 1º del mismo mes y año" y que hasta el 23 de marzo de 1971, se ha encontrado en ejercicio de sus funciones.

Dentro de la tramitación propia de esta segunda instancia se dio cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 566 del Código de Procedimiento Penal, siendo de anotar que solo el Ministerio Público presentó la respectiva alegación, la cual concluye solicitando la confirmación de la providencia recurrida puesto que, en su concepto y tres severo estudio concluye que 'los hechos imputados no constituyen infracción a la ley penal"; habiéndose abstenido de argumentar la parte civil recurrente.

Para resolver se considera

Primero. El abogado José María Prada Cáceres en escrito presentado el 22 de enero de 1970 ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, formuló denuncia penal "contra el Juez Quince Superior, señor **Abraham Murillo**, por los delitos de **Prevaricato y detención arbitraria**", los cuales hace consistir en los siguientes hechos:

"1º Por el año de 1959, después de casi dos años en el exterior, fuera del territorio nacional colombiano, en calidad de Asilado Político", se me denunció por supuestos delitos de falsedad y estafa contra los intereses de la Nación;

"2º Probado como lo está, que me hallaba fuera del país desde principios de 1958; ya pasados diez (10) años, se me llamó a juicio, quedando aparentemente en firme la providencia el 18 de abril de 1968, fecha, en que de acuerdo con la ley y las doctrinas se había consumado el fenómeno jurídico de la

prescripción de la acción, y que no es el caso de detenernos a analizar en este denuncio pero que en el curso de la secuela se evidenciará sobre el expediente;

"3º El Magistrado sustanciador, en ese entonces, Doctor Julio A. Lozano Vera, violando claras normas sobre prescripción, que ha debido declarar de oficio, y no obstante haberla invocado, usurpó jurisdicción y confirmó el auto de proceder;

"4º Venido el proceso al Juzgado 2º Penal del Circuito, en aquel entonces de su competencia, no solamente desatendió el pedimento de declarar la prescripción sino que, esquivó enviar la documentación solicitada por la Hble. Corte Suprema, para adelantar la acción penal contra el referido Magistrado Lozano Vera, ya relevado de su cargo;

"5º Correspondió al entrar en vigencia la Contra-Reforma conocer el negocio al Juez 15 Superior Abraham Murillo, quien también desconociendo la tremenda falla de fondo, ha proseguido el juicio sin entender a los pedimentos legalmente y en tiempo formulados.

"6º Conforme a la evidencia procesal, el Juez 15 Superior ha debido declarar nulo lo actuado hasta el auto de proceder inclusive, ordenando cesar todo procedimiento en mi contra y disponiendo sin dilación mi libertad; negándose a cumplir este acto propio de su jurisdicción y competencia incurrió en prevaricato y en detención arbitraria, al tenor de las disposiciones que cito seguidamente" (Fls. 14 sgt.).

Citó concretamente como normas violadas los artículos 2º del Decreto 2525 de 1963, inciso 3º (prevaricato) y 296 del Código Penal (detención arbitraria). En la diligencia de ratificación bajo juramento amplió "los cargos contra el Juez Civil del Circuito en ese entonces Segundo, Doctor **José de la Serna y Concha**, quien ahora desempeña el cargo de Juez del Circuito pero otro número de Juzgado", por cuanto "también es incurso del mismo delito por el cual he denunciado al señor **Abraham Murillo**" (Fls. 19 sgt.).

El Tribunal declaró abierta la investigación correspondiente a cargo del doctor Abraham Murillo y, en cuanto hace relación a las imputaciones contenidas en la diligencia de ratificación contra el doctor José de la Serna y Concha, ordenó compulsar "por la Secretaría copia de esa pieza para que, sometida a reparto, se dé trámite a esa nueva denuncia" (Fl. 78).

Segundo. El Procurador Segundo Delegado en lo Penal acertadamente sintetiza los cargos en la siguiente forma:

"a) Prevaricato por haber dictado un auto contrario a la ley (providencia por la cual se negó la prescripción de la acción penal) a sabiendas;

"b) Prevaricato por haber retardado un acto propio de sus funciones por animadversión al doctor Prada Cáceres (Haber demorado 16 días para resolver una reposición); y

"c) Detención arbitraria por haber mantenido en detención al denunciante, hallándose prescrita la acción penal" (Cuaderno de la Corte, Fls. 4 sgt.).

En el orden en que acaban de presentarse, serán consideradas las acusaciones:

1º Prevaricato por haber dictado auto contrario a la ley

Por auto de 11 de agosto de 1967 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó el de llamamiento a juicio que el Juzgado Séptimo Superior de este mismo Distrito profiriera a cargo de José de Jesús María Prada Cáceres "por los delitos de **Falsedad y estafa** al patrimonio del Estado". (Cuaderno número 2, Fls. 9 ss.).

El procesado Prada Cáceres, por memorial de fecha 14 de octubre de 1969 solicita del Juez 15 Superior se decrete el "fenómeno jurídico de la prescripción extintiva de la acción" (id. Fls. 21 sgt.).

El Fiscal del Juzgado del conocimiento, en concepto de fecha 28 de octubre de ese mismo año, precisa que unos de los últimos

actos del delito de falsedad documental imputados a Prada Cáceres tuvieron ocurrencia en 9 de abril y en 11 de enero de 1958 (id. Fl. 26) y que, en cuanto hace relación al de estafa agravada, en el año de 1959, encontrándose Prada Cáceres "en el Ecuador, continuaba percibiendo dineros provenientes de la estafa cometida al erario público" (id.). En relación a la petición concreta de este procesado, tal funcionario concluye: "La acción penal por los delitos de falsedad en documentos públicos y estafa por los cuales fue llamado a juicio el procesado doctor Prada Cáceres, no habían prescrito para la fecha en que quedó ejecutoriado el auto de proceder. Como este auto interrumpió la prescripción desde la fecha en que ocurrió ese hecho en adelante, tampoco a (sic) corrido el término necesario para declarar tal fenómeno" (id. Fl. 31).

Por auto de 12 de noviembre de 1969 el Juzgado 15 Superior de Bogotá declaró la prescripción con relación a algunos sindicados y, en cuanto se refiere al doctor Prada Cáceres decretó: "NEGAR como en efecto se niega los pedimentos sobre declaratoria de la Prescripción de la Acción Penal formulados por el procesado José María Prada Cáceres" (Cfr. Cuaderno número 2, Fls. 32 ss., 40).

Ya se ha visto cómo esta providencia dio pie al primer cargo por prevaricato formulado por el denunciante Prada Cáceres contra el Juez Murillo. Por tanto, sobre ella, adelante habrán de hacerse algunas consideraciones.

No puede esta Sala, por carecer de competencia para ello, entrar a estudiar a fondo la providencia por medio de la cual fue negada la prescripción de la acción impetrada por el procesado Prada Cáceres. De manera que ante el cargo propuesto: prevaricato, ha de limitarse a estudiar si, a sabiendas, fue dictada contraria a la ley; o si por simpatía o animadversión hacia alguna de las partes omitió o rehusó el dictarla en el sentido impetrado (Decreto 2525 de 1963, Art. 2º).

Ante las argumentaciones que le fueron planteadas y luego de hacer su relación, el Juez, como punto de partida, tomó en cuenta las siguientes bases fundamentales: "A) La pena máxima de la infracción o del delito que se quiere relacionar; B) La consumación del mismo teniendo en cuenta la manera instantánea, continuada o permanente como se presente el hecho delictuoso; C) La existencia de alguna actuación procesal que la interrumpa" (Fls. 33 sgt.). Y largamente se extiende en la consideración de todos y cada uno de estos puntos, así como también de otros, para llegar a la conclusión a la cual llegó. Se nota que de su parte, en el largo proveído que en copia ocupa más de ocho folios, solo le preocupó el deseo de acertar y de ahí que paso a paso hiciera ponderadas consideraciones en torno a las alegaciones que se le presentaron, al concepto del Ministerio Público y a las disposiciones legales que estimó pertinentes. Pero sobre todo tuvo en cuenta, y esto debe destacarse, el que, según atrás se transcribió, el Ministerio Público conceptuó desfavorablemente a la declaratoria de la prescripción impetrada y, el juez entendió que cuando tal providencia se produjo, la ley: artículo 153 del Código de Procedimiento Penal antiguo, exigía como requisito para declarar la prescripción, el "previo dictamen favorable del Ministerio Público". Además, como lo anota el Procurador Segundo Delegado en lo Penal "La aplicación de la ley la hace el Juez a través de razonamientos, análisis, juicios que bien pueden resultar en desacuerdo con otros criterios y esta circunstancia no es suficiente para deducir el propósito doloso de obrar contra el derecho", por lo cual concluye, con toda razón, que resulta "carente de fundamento la acusación por este aspecto". No se profirió, pues, en relación al cargo que se viene estudiando, ningún auto ni sentencia que, a sabiendas fuera contrario a la ley ni se omitió, rehusó, retardó ni denegó ningún acto propio del funcionario, por simpatía ni animadversión hacia ninguno de los interesados.

2ª Prevaricato por haber retardado un acto propio de sus funciones

Genéricamente el denunciante hace consistir este cargo en que el Juez Murillo "ha

proseguido el juicio sin atender a los pedimentos legalmente y en tiempo formulados" (Fl. 14), lo cual debe concretarse, como lo hace el Procurador, en que demoró 16 días para resolver una reposición.

De acuerdo con el inciso 3º del artículo 2º del Decreto 2525 de 1963 para que el retardo sea constitutivo del delito allí previsto, se requiere que obedezca a "simpatía o animadversión a cualquier interesado". Este elemento es indispensable que aparezca plenamente demostrado. Pero, en el caso sometido a estudio, su fundamentación falla desde la denuncia misma, ya que el acusador, quien se constituyó parte civil dentro de estas diligencias, paladinamente afirma que no tiene que entrar a demostrarlo ya que, según sus propias palabras "Se presume legalmente y con sentido común, que quien ha sido designado juez superior **en la capital de la República, es individuo de, siquiera mediana racionalidad, idóneo para el cargo y por consiguiente conocedor de las leyes; por ello, al desconocer en forma tan flagrante una norma legal y violar tan descaradamente esenciales y primordiales disposiciones legales, lo ha hecho con pleno conocimiento de causa, con total y absoluta advertencia y desde luego con el** dolo **generado en él** a sabiendas **(Fl. 15).**

Pero bien sabido es que no basta afirmar, a manera de presunción, lo anterior, como lo hace el denunciante. Sino que es necesario, de necesidad absoluta, el que aparezca probado ese elemento de simpatía o animadversión que la ley exige para la configuración de esta clase del delito de prevaricato. La investigación no lo probó ni tampoco la parte civil intentó siquiera demostrarlo de manera real y efectiva. Por el contrario, en la inspección ocular respectiva, quedaron plasmados la diligencia y el celo con los cuales el funcionario acusado tramitó el negocio. Otra cosa distinta es el que las innumerables peticiones que por las partes fueron formuladas a raíz de la solicitud de reposición, hubieran impedido que ésta hubiera sido resuelta con la prontitud debida.

Sobre este particular la Corte hace suya la siguiente argumentación contenida en la providencia recurrida que ahora la ocupa, argumentación que, a su turno, es también compartida de manera genérica por la Procuraduría (Cfr. cuaderno Nº 4, Fls. 9 sgt.):

"En diligencia de inspección juidicial sobre aquel proceso se estableció la cronología de dicha actuación, así: el 21 de noviembre de 1969 el apoderado del doctor Prada Cáceres presentó solicitud de reposición, lo mismo que la fiscalía; el 24 de noviembre, el doctor Prada Cáceres entregó nuevo memorial de nulidad; el 3 de diciembre aparece otro escrito del mismo abogado con solicitud de permiso para salir; ese mismo día se le concedió el permiso pedido; el 10 de diciembre se le dio trámite a las reposiciones; ese mismo día, el doctor Prada pidió copia de la última providencia del juzgado; a partir del 15 los autos permanecieron en secretaría a disposición de las partes para alegar; el 19 pasó el proceso al despacho del juez para decidir; el 16 de enero del año siguiente presentó nuevo memorial el doctor Prada; finalmente, el 17 se dictó la providencia que desató el recurso.

"Desprevenido examen de este iter cronológico lleva a la conclusión de que, a más de la interposición de las vacaciones judiciales de fin de año, fueron los continuos memoriales presentados por el doctor Prada Cáceres los que dificultaron una más rápida actuación del juez en la resolución del recurso impetrado; si a esto se agrega lo voluminoso del proceso, el recargo de trabajo propio de los juzgados superiores de esta ciudad y, sobre todo, la total ausencia de animadversión hacia el sindicado en aquel proceso, tiénese evidente la inexistencia de prevaricato. Pero, aún admitiendo retardo en la decisión de los recursos impetrados, esta sola circunstancia no sería suficiente para deducir responsabilidad por prevaricato, si tal hecho no está acompañado de corriente afectiva de tal magnitud que rompa el delicado equilibrio conceptual de la justicia por simpatía o malquerencia respecto de cualquier interesado en la determinación judicial. No sobra puntualizar, a tal respecto, que la presencia de este animus —elemento subjetivo del tipo— no se presume, como lo afirma el denunciante, sino

que debe emerger de los distintos elementos de juicio allegados al proceso" (Fls. 111 sgt.).

El Ministerio Público en esta instancia, por su parte, y luego de tener en cuenta la tramitación señalada, concluye con toda razón:

"Por otra parte, en ese lapso, de acuerdo a los descargos presentados por el Juez, se realizaron no pocas actuaciones en el Despacho, como puede concluirse de la relación visible al folio 91.

"Aceptando el retardo había que desechar la imputación por ausencia, como se vio, de uno de sus elementos constitutivos.

"Pudiera pensarse, ante la carencia de prueba sobre la animadversión a una de las partes, que ha podido incurrirse en la infracción descrita en el artículo 172 del C. P., pero tampoco puede llegarse a esa conclusión pues no es suficiente la demostración de la demora ya que es indispensable probar la intención dolosa de retardar el acto que por mandato de la ley debe cumplir, sin que aparezca en el caso actual elemento de juicio que demuestre la existencia del elemento subjetivo de la infracción" (Cuaderno de la Corte, Fl. 10).

En conclusión, para la Corporación, tampoco incurrió el Juez acusado en el delito de prevaricato al cual se refiere este segundo cargo.

3ª Detención arbitraria

Se hace consistir en que se prolongó su detención, a pesar de encontrarse prescrita la acción penal correspondiente.

Por una parte se ha demostrado que procesalmente nunca se decretó la prescripción de la acción penal en cuyo mérito se hallaba detenido el denunciante y que la negativa de tal prescripción no es constitutiva de delito alguno. En consecuencia, la detención que con posterioridad a esa negativa continuó sufriendo Prada Cáceres, en cumplimiento de auto de detención, no asume el carácter de arbitrario. Y, por otra, como lo anota el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, hallándose el sindicado legalmente detenido, para que pudiera hablarse de detención arbitraria, por prolongación de la detención, hubiera sido necesaria una providencia judicial que hubiera dispuesto su libertad (id. Fl. 10) y que ella no se hubiera cumplido. Pero como ninguno de estos eventos se produjo, síguese que el cargo carece de fundamento y que el juez acusado no incurrió en tal ilícito penal.

De todo lo cual se concluye que era procedente dar aplicación al artículo 153 del antiguo Código de Procedimiento Penal dentro de estas diligencias, como lo hizo el Tribunal en primera instancia, por lo cual el proveído en que tal cosa dispuso, habrá de confirmarse.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, oído el concepto del Procurador y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA el auto recurrido, de la fecha y origen ya dichos, materia de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal respectivo.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

REGIMEN DISCIPLINARIO

No escapa al régimen disciplinario la garantía que enuncia el principio de legalidad de la conducta punible y de la pena. — La inobservancia de las normas sobre competencia y ritualidad de los procesos, no constituye una violación a las disposiciones que regulan el régimen disciplinario (Decreto 250 de 1970).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, noviembre diez y nueve de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

(Acta número 326 de 1971).

Vistos

Entra la Corte a resolver el recurso de apelación interpuesto por la doctora **Nelly Rincón**, Juez 2º del Distrito Penal Aduanero con sede en Barranquilla, contra la providencia del Tribunal Superior de Aduanas, de veintitrés de julio último, por la cual le fue impuesta como sanción disciplinaria una "multa equivalente al valor de cinco días del sueldo que devenga como tal".

Hechos

Dio origen a la investigación la queja presentada por el señor **Benjamín Eduardo Castañeda Cubello**, en la que dice lo siguiente:

"El día sábado, 17 de abril del presente año..." (1971)..., "estando mi carro de propiedad trabajando en servicio público como taxi, dos detectives del DAS, con una orden de la doctora Nelly Rincón, Juez Distrital de Aduanas, donde se ordenaba la captura del carro placas K-1-50-04, modelo 1966, marca Plymouth, color gris. Yo le pregunté a los detectives que por qué razón decomisaban el carro y ellos me contestaron que por presunción de contrabando. Yo les presenté la documentación desde el lunes, y no me han hecho caso, con lo cual me están perjudicando...".

Clausurada la instrucción, la Procuraduría del Distrito Judicial de Barranquilla profirió la Resolución número 06, de 18 de mayo del corriente año, por la cual dispuso enviar el proceso al Tribunal Superior de Aduanas de Bogotá, pues entiende que pudo "incurrir en mala conducta deducida del incumplimiento de sus deberes legales, al ordenar la retención del vehículo..." antes reseñado..., "sin que existiera razón legal para ello, invadiendo la órbita de competencia señalada al Juez de Instrucción del ramo...", siguiendo "lo que señala el Art. 92 del Decreto 250 de 1970, en concordancia con el Art. 96 del mismo Decreto".

En ese proveído se anota:

"Segundo. Que con fecha abril 23 de 1971 se inició la indagación, practicándose visita especial al diligenciamiento, en el cual se constató lo siguiente:

a) Mediante oficio número 055, de abril 2 de 1971, la doctora **Nelly Rincón**, solicitó al Jefe del 'DAS' la captura del vehículo referenciado, la cual ocurrió el 17 de abril de 1971, poniéndose el automotor a órdenes de tal funcionaria en abril 19 de 1971.

"b) Por auto de abril 19 de 1971 se ordenó citar a los señores Benjamín Castañeda Cubello y Benjamín Candanoza Amela, para recibirles exposición, solicitándose al 'DAS' el examen técnico del vehículo; al Administrador de la Aduana local, copia auténtica del manifiesto de aduana, y a la Dirección Departamental de Tránsito, datos sobre la matrícula del automotor.

".....

"Cuarto. Que el estatuto penal aduanero (Decreto-ley 955 de 1970, adicionado y modificado por el Decreto 520 de 1971), señala en su Art. 12 la jurisdicción y competencia de los Jueces de Distrito Penal Aduanero, por razón del territorio, la cual es la misma de los Jueces Superiores de Aduanas, y conocen en la primera instancia tanto de los delitos de contrabando cuya cuantía sea inferior a $ 10.000.00 pesos, como de las contravenciones penales aduaneras, cometidas en su jurisdicción.

"Por otra parte, el Art. 31 del Decreto 955 de 1970, en concordancia con el Art. 2º del Decreto 525 de 1971, expresa que los Jueces de Instrucción Penal Aduanera, son los instructores ordinarios, para iniciar y adelantar las investigaciones por ilícitos de que conocen en primera instancia los Jueces Superiores de Aduanas, quienes, sin embargo, podrán asumir personalmente la instrucción, en el evento de existir razones motivadas para ello, ya que estos últimos funcionarios instruyen por excepción...".

"Quinto. Que en el pliego de cargos dado en traslado a la doctora Nelly Rincón, se le anotaron como observaciones las siguientes:

"1ª A pesar de no tener competencia para ordenar la retención del citado vehículo, en razón de su presumible valor, la ordenó, sin que por otra parte existiera ningún elemento de juicio acerca de que el automotor hubiese entrado ilegalmente al país, ya que la funcionaria en la orden de retención dada al 'DAS' simplemente expresa que se presume ser de contrabando, por informes que ha recibido.

"2ª En el evento de que en poder de dicha funcionaria reposaran elementos de juicio sobre la ilegalidad del automotor de marras, debería haber dado estricta aplicación a la norma contenida en el Art. 10 del C. de P. P., poniendo a disposición del juez de Instrucción Penal Aduanero de esta ciudad el automotor correspondiente, junto con los elementos de evidencia respectivos.

"En sus descargos, la doctora Nelly Rincón expresa en síntesis: Que el Art. 10 del C. de P. P. fue modificado por el Art. 12 del Decreto 1345 de 1970, actualmente vigente y que la retención del vehículo la ordenó con base en lo dispuesto en el Art. 34 del estatuto penal aduanero, es decir, por considerar que podía conocer del asunto a prevención, y que en el Art. 307 del aludido Decreto 1345, se faculta al funcionario de instrucción correspondiente para iniciar el sumario, siempre que por informe de la Policía Judicial o de otro funcionario público, por conocimiento personal, por denuncia, por notoriedad pública o por cualquier otro medio serio de información, llegare a su noticia la perpetración de alguna infracción penal de las que deba investigar de oficio.

"Sexto. Que examinamos los descargos de la funcionaria y las observaciones contenidas en el acta de conclusiones, se tiene:

"1º Se revisó un sui-generis, procedimiento preliminar, no un formal proceso, ya que no se dictó auto cabeza de proceso, diligenciamiento que pretendía establecer la legalidad del vehículo decomisado a Benjamín Eduardo Castañeda Cubello.

"2º El Decreto 1345 de 1970, por el cual se cofician las normas sobre procedimiento penal, no entró en vigencia el 1º de enero de 1971, está suspendido transitoriamente, con excepción del Cap. 4º, Título 5º, Libro III, que trata del juicio por contravenciones, que entró en vigor a partir de la promulgación del citado Decreto.

"Así las cosas, mantiene su plena vigencia el Art. 10 del C. del P. Penal, máxime que en esencia encierra un mandato simi-

lar al del nuevo C. de P. P. (Art. 12), determinando que el funcionario o empleado público que de cualquier manera tenga conocimiento de una infracción, cuya investigación deba iniciarse de oficio y no tenga competencia para ello, debe de inmediato poner ese hecho en conocimiento de la autoridad competente. Por tanto, la juez aludida no ha desvirtuado este aspecto de los cargos formulados, dado que ordenó la retención de un vehículo sin tener formal competencia para ello, ya que era del resorte del funcionario instructor ordinario, en atención a su pretenso avalúo, y por otro lado, no existían elementos de juicio para determinar tal procedimiento que fatalmente re- quien se vio privado del mismo por cerca de ocho días, sin justificarse tal aprehensión; además, omitió dar traslado del asunto, en forma inmediata, al competente.

"3º Alega igualmente la juez acusada, que conoció del asunto a prevención, dándole al artículo 34 de Estatuto Penal Aduanero una interpretación de tipo exclusivamente personal y por otro lado, asevera que sí era competente para iniciar la indagación del caso, ya que la facultaba el Art. 307 del Decreto 1345 de 1970, en el evento de que por conocimiento personal, el funcionario tenga noticia de alguna infracción de las que deba investigarse de oficio. Se repite que tal norma aún no está vigente, pero en el evento de que lo estuviera, se está precisamente refiriendo al instructor correspondiente, es decir, al Juez de Instrucción Penal Aduanero en este caso, y no al Distrital.

"**Séptimo.** Que el estatuto disciplinario actual (Decreto 250 de 1970), señala en su Art. 96, que en general constituye mala conducta el incumplimiento por parte de los funcionarios judiciales, de los deberes inherentes al cargo que desempeñan, lo mismo que las infracciones de las incompatibilidades y lo mismo que la incursión en los impedimentos de conducta para el ejercicio del cargo. En fin, que..." también..." el estatuto ha señalado como una causal de mala conducta, la inobservancia por parte de los funcionarios y empleados del Poder Judicial y del Ministerio Público, de los deberes inherentes al cargo que se ejerce, ya señalados en la Constitución, en las leyes o en los reglamentos de la oficina. Esta causal general amplía las conductas específicas determinadas en el ordinal 1º del Art. 95, que tienen relación con las moras en los asuntos, ya porque injustificadamente se dejaron vencer sin actuar los términos o porque a un negocio dado no se le tramitó debidamente, o se incurrió en retardo, aspectos que obviamente pertenecen a la órbita de los deberes propios del respectivo cargo.

"Contraría el texto y espíritu del Estatuto Penal Aduanero y las normas procedimentales vigentes, que un funcionario de la jurisdicción de aduanas, sin competencia para ello, determine la retención de un automotor, con el objeto exclusivo de que dentro de un diligenciamiento especial y sin iniciar formalmente la acción respectiva, se establezca si tal vehículo es o no de contrabando, con la desestimación inicial de los documentos que lo amparan, presentados por su propietario, a los cuales no da la autenticidad que se presume respecto de ellos, mientras no sean tachados de falsos.

"......"

Ahora bien:

El juzgador **a-quo** encuentra, igualmente, que la juez acusada incurrió en falta disciplinaria, pues desarrolló funciones que no le competían, en la averiguación de un posible ilícito de contrabando, lo cual "contraría la eficacia de la administración de justicia y da lugar a mala conducta, según el caso previsto en el artículo 96 del Decreto 250 de 1970..."

Considera la Corte

De los elementos de juicio traídos a este negocio se tiene:

a) Que la doctora Nelly Rincón, Juez 2º Distrital de Aduanas de Barranquilla, adelantó averiguaciones previas para establecer si el vehículo del querellante, reseñado atrás, había sido introducido al país de contrabando.

b) Que la acusada, ni al hacer los descargos a la Procuraduría del Distrito Judicial de Barranquilla, ni en el alegato escrito enviado a la Corte para sustentar el recurso de apelación, da explicación alguna que justifiquen las medidas que tomó respecto del automotor perteneciente al señor Castañeda Cubello.

Expresa la doctora Rincón que "este Despacho..." (el juzgado a su cargo)...", al tener conocimiento de que el referido automotor posiblemente era de contrabando, ordenó la retención y a manera de prevención dispuso..." las diligencias ya anotadas atrás. Pero no informa sobre el origen de tal conocimiento, cuestión fundamental para valorar subjetivamente el comportamiento de la acusada.

c) Atendida la época de ocurrencia de los hechos y lo preceptuado por lor Arts. 89 del Decreto 955 de 1970 y 10 del C. de Procedimiento Penal entonces vigente (Ley 94 de 1938), correspondía a la juez, doctora Nelly Rincón, si estimaba que era competente para conocer del supuesto ilícito de contrabando en relación con el vehículo de que se ha hecho referencia, iniciar la averiguación penal "sin dilación"; y si consideraba que no tenía esa competencia para conocer, su deber era el de poner "inmediatamente el hecho en conocimiento de la autoridad competente, haciendo una relación sucinta del suceso con todos sus pormenores que interesen a la justicia, los elementos probatorios recogidos, y, cuando fuere posible, indicando las generalidades del presunto sindicado, de la persona ofendida, de los testigos, y de todo lo que sea conducente a su identificación".

No obstante lo que se deja transcrito del citado artículo 10 del C. de Procedimiento Penal derogado, la doctora Nelly Rincón adelantó una averiguación previa, sin abrir la etapa del sumario y sin tener seguridad alguna sobre su competencia, por razón de la cuantía, fijada en asuntos de valor inferior de diez mil pesos.

d) Es cierto que dentro de la vigencia de la Ley 94 de 1938 y del Decreto 1358 de 1964 y por cuanto en este último estatuto (artículo 2º), se facultaba al juez o funcionario instructor para abstenerse de abrir investigación cuando apareciera que el hecho denunciado no ha existido o cuando la ley no lo consideraba como infracción penal, se acostumbraba adelantar, antes de abrir el sumario, algunas diligencias, precisamente para dar aplicación al citado Art. 2º del Decreto 1358 de 1964, pero ello, como resulta obvio, solo en cuanto a denuncias que justificaran, para precisar ese alcance jurídico-penal, ese diligenciamiento previo.

e) No obstante los posibles yerros de procedimiento en que pudo incurrir la doctora Nelly Rincón, no es el caso de aplicar con fundamento en ellos sanción disciplinaria alguna, por las siguientes razones:

1) No escapa al régimen disciplinario la garantía que enuncia el principio de legalidad de la conducta punible y de la pena (nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege), que consagra la Constitución Nacional y reiteran los Códigos Penal y de Procedimiento Penal.

La conducta del funcionario o empleado de la rama jurisdiccional y del Ministerio Público, para que constituya falta dentro del régimen disciplinario, debe acomodarse a alguna de las descripciones que traen los artículos 94, 95 y 96 del Decreto 250 de 1970.

2) El artículo 96 de ese estatuto, citado tanto por la Procuraduría del Distrito Judicial de Barranquilla como por el Tribunal Superior de Aduanas como precepto que da fundamento a la sanción disciplinaria impuesta a la juez acusada, dice:

"En general constituye mala conducta el incumplimiento de los deberes propios, la infracción de las incompatibilidades y la incursión en los impedimentos de conductas para el ejercicio del cargo".

Los Títulos XI y XII del Decreto 250 de 1970 se refieren a los 'deberes de los funcionarios y empleados" y a las citadas "incompatibilidades". En cuanto a los primeros, se dispone lo que pasa a transcribirse:

"Art. 73. Los funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional y del Ministerio Público deben observar en todo tiempo y lugar irreprochable conducta pública y privada.

"Art. 74. Los funcionarios y empleados deben residir en la sede de su cargo, de la que no podrán ausentarse en los días y horas de trabajo sino con permiso. Empero, el respectivo superior podrá autorizar la residencia en lugar distinto de la sede por motivos justificados y siempre que no se perjudique la marcha del trabajo.

"Art. 75. Los funcionarios y empleados tienen el deber de guardar reserva acerca de las decisiones que deben dictarse en los procesos mientras no sean autorizados por el Secretario.

"Art. 76. Todo funcionario tiene el deber de examinar en los expedientes de que conoce si se ha incurrido por otros funcionarios o por empleados en infracciones penales o de policía o en faltas disciplinarias y de dar el aviso correspondiente para su investigación.

"Art. 77. Los funcionarios y empleados deben cumplir con los deberes que los respectivos códigos de procedimiento señalen y los empleados, además, con los que establezcan los reglamentos y con las instrucciones del superior.

"Art. 78. Las Secretarías de las corporaciones, Salas y Juzgados deben permanecer abiertas y con despacho al público durante los días y horas de trabajo y no se podrán cerrar en tal tiempo sino por motivos justificados".

A manera de ejemplo y respecto a la alusión que hace el Art. 77 del Decreto 250 de 1970 a deberes señalados en los códigos de procedimiento, cabe indicar los que trae el Art. 37 del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970), de los cuales, entre otros, se transcriben los siguientes:

"1. Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para impedir su paralización y procurar la mayor economía procesal, so pena de incurrir en responsabilidad por las demoras que ocurran.

"2. Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este Código le otorga.

"3. Prevenir, remediar y sancionar por los medios que este Código consagra, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, a la lealtad, probidad y buena fe que debe observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal.

"5. Guardar reserva sobre las decisiones que deban dictarse en los procesos, so pena de incurrir en mala conducta. El mismo deber rige para los empleados judiciales.

".....

"7. Hacer personal y oportunamente el reparto de los negocios, so pena de incurrir en multa de quinientos pesos cada vez que no lo hiciere.

".....".

Resulta evidente, entonces, que las normas sobre competencia y ritualidad de los procesos, en cuanto deben ser tenidas en cuenta y observadas por los jueces, no entran en esa órbita de "deberes" de los funcionarios encargados de administrar justicia.

3. Es de esperarse de las personas a quienes el Estado encomienda la importantísima función de impartir justicia el mejor acierto en la aplicación de las leyes. Pero el error que cometan al fijar su alcance, si en él se incurre de buena fe, no puede originar sanción alguna.

La Corte, a este respecto, dijo en auto de 4 de febrero de 1960 (G. J., T. XCII, Pág. 146), que "no responde de abuso de autoridad el juzgador que incurra en yerros procedimentales y cuya enmienda precisamente deja el procedimiento mediante la segunda instancia, al examen y revisión de funcionarios u organismos de superior jerarquía". También señaló la Corte, en providencia de 4 de agosto de 1953, G. J., T. LXXVI, Pág.

129, que "la atinada aplicación de la ley demuestra el buen criterio jurídico del juzgador, sin que ello quiera decir que hay dolo y responsabilidad en el funcionario que, en un caso semejante, la interprete en forma diferente, por error o falibilidad".

4. Es obvio, entonces, que no puede aseverarse que el funcionario judicial ha faltado a sus deberes cuando por simple error incurre en situaciones semejantes a la que es objeto de este proceso.

f) Se dijo atrás que la funcionaria acusada no dio informe alguno sobre la manera como vino a su conocimiento la sospecha de que el automotor del querellante podía haber sido introducido al país de contrabando, y también se hizo la observación de que esta indagación es de importancia para calificar el aspecto subjetivo del comportamiento de la doctora Nelly Rincón.

En efecto, si no se trata ya de simples yerros en la aplicación de las leyes, sino del desarrollo del propósito de cometer en ejercicio de las funciones acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad, se tiene la posibilidad del delito que define y sanciona el artículo 171 del Código Penal.

Resulta pertinente, entonces, que se envíe copia del informativo a la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla para que, si es el caso, abra la averiguación penal que corresponda para precisar si la doctora Nelly Rincón incurrió en el delito de abuso de autoridad.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Especial Disciplinaria—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, REVOCA la providencia del Tribunal Superior de Aduanas, de que se hizo mérito y en su lugar RESUELVE: 1º, absolver a la doctora Nelly Rincón, Juez 2º del Distrito Penal Aduanero de Barranquilla, de la falta disciplinaria por la que fue acusada; y, 2º, ordenar que por el Tribunal Superior de Aduanas se compulse copia de este proceso para que se envíe al Tribunal Superior de Barranquilla —Sala Penal—, para los efectos señalados en la parte motiva de este proveído.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y envíense las copias correspondientes.

Devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Humberto Barrera Domínguez, Juan Benavides Patrón, Ernesto Cediel Angel.

Heriberto Caycedo, Secretario.

UXORICIDIO

La Corte modifica las jurisprudencias de fecha 28 de julio de 1960 y 21 de marzo de 1961, en relación a la pena imponible para el delito de uxoricidio consagrado en el Art. 382 del C. P. Clasificación de los tipos penales de acuerdo a su estructura (básicos, especiales y subordinados); diferencias sustanciales de estos tipos penales. Los tipos penales subordinados se aplican o interpretan necesariamente en relación a un tipo básico o especial. En consecuencia no puede haber integración de dos tipos subordinados para dar una correcta solución jurídica.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, noviembre veintidós de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Pérez).

(Aprobado: Acta Nº 46 de 19 de noviembre de 1971).

Vistos

Confirmando en todas sus partes el fallo de 10 de septiembre de 1971, dictado por el Juez Décimo Superior del Distrito Judicial, el Tribunal de Medellín, con el voto disidente de uno de los miembros de la Sala, condenó a **Humberto Zapata González**, a la pena principal de tres años y nueve meses de presidio, fuera de las accesorias correspondientes, en fallo del 26 de marzo del citado año, por el delito de homicidio en su legítima esposa Olga Muñoz de Zapata, cometido el 3 de febrero de 1970, en el barrio "El Carmelo", Municipio de Bello.

El Fiscal Tercero del Tribunal interpuso casación contra la sentencia de segundo grado, recurso que debe ser resuelto, agotados como están los trámites legales para ello, habiéndose calificado la demanda de acuerdo con los artículos 576 y 578 del Código de Procedimiento Penal, y corridos los traslados a los no recurrentes, así: al procesado y a la parte civil, quienes no se hicieron presentes.

Por auto del 13 de agosto se dispuso el traslado al Ministerio Público para los efectos del artículo 571 del estatuto procesal, a fin de que ampliara la demanda o se abstuviera de prohijarla, pero el Procurador Segundo Delegado en lo Penal —Encargado— se acogió a la última posición por cuanto no comparte el motivo de impugnación propuesto, fundándose en el argumento que se extractará adelante.

Los hechos procesales

Se sintetizan así:

Después de haber mantenido relaciones libres con Olga Muñoz, Humberto Zapata González contrajo matrimonio con ella el 6 de marzo de 1965. Los conyuges se fueron a vivir a la casa de los padres de Zapata González, de donde se vieron precisados a salir por desaveniencias de familia, trasladándose a la residencia de la madre de la cónyuge, pero al poco tiempo abandonaron igualmente este último lugar, ya que el comportamiento de Zapata González no era el adecuado para esta clase de convivencia. Sin embargo, la esposa se puso del lado de la familia constituída por su madre y hermana y resolvió separarse del marido, situación que se sostuvo a pesar de que éste buscó

en varias oportunidades reconciliación con ella, llegando a pedirle perdón por la falta de atenciones económicas, motivo principal de las disputas.

El sindicado no pudo regresar a la casa donde vivía su cónyuge pero se veían en un lugar cercano, a fin de entregarle dineros destinados a la compra de alimentos para los niños.

El 3 de febrero de 1970 ocurrió algo irregular, pues la esposa había tomado otro rumbo para llegar al sitio habitual de las entrevistas, hecho que no pudo explicar satisfactoriamente, máxime cuando el procesado le reclamó por haberla visto de brazo con otro hombre momentos antes, lo que precipitó el desenlace, pues entre los dos se trabó, al parecer, una lucha, en la cual resultó lesionada varias veces Olga Muñoz de González, muriendo pocos minutos después.

La acción fue calificada en el auto de proceder, que se ejecutorió sin recurso alguno, como homicidio agravado en las condiciones del numeral 1º del artículo 363 del Código Penal, dado el vínculo matrimonial entre víctima y victimario, pero con la atenuante por provocación grave e injusta, conforme al artículo 28 de la misma obra.

Armónicamente con el auto de proceder, se sometió al jurado esta única cuestión:

"El acusado Humberto Zapata González es responsable de haber herido intencionalmente y con el propósito de matar, con arma corto-punzante (cuchillo), y en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación de la víctima, a su legítima esposa Olga Muñoz Velásquez, mediante hechos ocurridos así: las lesiones entre las nueve y las diez de la noche del día tres de febrero de este año (1970), en el barrio El Carmelo, del Municipio de Bello, y la muerte momentos después en el mismo lugar?"

El veredicto fue: "Sí es responsable pero en las circunstancias del artículo 382 del Código Penal".

Acogiendo la decisión del jurado se dictó el fallo que es materia del presente recurso.

La demanda de casación

El Fiscal actor plantea como única causal la descrita en el numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, "porque hubo una violación de la ley sustancial por aplicación indebida, ya que se tomó como base para señalar la pena el artículo 363 en lugar del 362 en relación con el 382".

Explica su formulación de la manera que se sintetiza en seguida:

Primero. "La Fiscalía no pretende desconocer la responsabilidad que le aparece a Zapata González como autor de la muerte de su esposa; la prueba que obra en autos es clara, idónea, suficiente para endilgarle ese cargo dentro de los presupuestos del artículo 115 del C. de P. P." La impugnación solo persigue modificar la pena mediante una adecuada aplicación normativa.

Segundo. El artículo 382 del Código Penal se refiere a una conducta criminosa determinada por el comportamiento especial de las personas a las cuales se refiere dicha norma cuando afectan sentimientos nacidos del matrimonio o de relaciones familiares. "Dentro de estos singulares pormenores, quiso entonces liberar al juzgador frente a un hecho de esa naturaleza y pendiente ese vínculo, de darle aplicación al numeral 1º del artículo 363 para que más bien procediera a registrar esa situación en el artículo 382. La razón aparece lógica: Si esa circunstancia configurativa de un asesinato debe penarse dentro de favorables condiciones consagradas en la norma citada, que, inclusive, conlleva el perdón judicial y aún la eximente de responsabilidad, por qué ha de tomarse el artículo 363 para tasar la penalidad?" Esto llevaría a quebrantar el principio **non bis in idem.**

Tercero. "La aplicación del artículo 382 mira a la calidad personal de los sujetos activos del delito allí concretados e individualizados. Esa especial significación no es exclusiva de esta norma, la tiene igualmen-

te, entre otros artículos, el 369 respecto de la madre que para ocultar su deshonra en el momento del parto o dentro de los ocho días subsiguientes, causare la muerte de su hijo no inscrito todavía en los registros del estado civil, sin que a nadie, absolutamente a nadie, se le haya ocurrido registrar una conducta de esa naturaleza en los lineamientos del artículo 363".

Cuarto. Comentando, para adherir a él, el concepto de la Procuraduría referido a un fallo anterior de la Corte (G. J., T. XCV, Pág. 207), concepto que no fue acogido entonces, sostiene que en estos casos la pena básica debe ser la del artículo 362 y no la del 363, pues ello se deduce del siguiente párrafo del Procurador: "De modo que resumiendo se observa: en razón del sujeto activo y pasivo de la infracción, de la calidad personal inherente al sujeto pasivo, del motivo determinante, del estado exigido entre los cónyuges (no separados ni divorciados) y de la conducta requerida al padre, marido o hermano que delinquen (no abandono del hogar), por último, de la pena excepcional que allí se consagró en favor del responsable y aun del privilegio del perdón judicial o de la exención de responsabilidad que se le puede otorgar al sujeto activo del delito, por todo ello, se repite, la norma contenida en el artículo 382 del Código Penal es específica, definidora de una conducta delictual excepcional. Lo mismo predica la génesis de dicha norma".

Quinto. Citando expositores y comentaristas de la legislación represora nacional, el recurrente se aparta del fallo dictado por la Corte el 18 de marzo de 1961, en el cual se explicó muy ampliamente que el artículo 382 del Código Penal debía relacionarse, cuando se tratara de aplicar la sanción, con el artículo 363 en los casos descritos en el numeral 1º de esta norma, para concluir que se invalide la sentencia recurrida y se dicte la que debe reemplazarla como lo ordena el artículo 583 de Código de Procedimiento Penal.

El concepto del Procurador

El encargado de la Procuraduría Segunda Delegada en lo Penal, expresa:

"La demanda del Fiscal se apoya en la opinión de respetables y autorizados comentaristas; considera este despacho que no es el caso de ampliarla, por cuanto no comparte la interpretación referida, ya que como lo anota la sentencia, con la cual está de acuerdo, el artículo 363 citado, en su numeral 1º, consagra un factor objetivo existente en razón del matrimonio o parentesco y que en consecuencia, agrava el hecho y debe ser tenido en cuenta para la graduación de la pena, pues de otra manera dicha circunstancia de atenuación tendría un doble efecto no previsto por la ley".

Consideraciones

Primera. En jurisprudencia del 21 de marzo de 1961 (G. J., T. XCV, Págs. 205 y s. s.), que implícitamente ratificó otra del 28 de julio de 1960 (G. J., T. XCIII, Pág. 262), en relación con la base de la penalidad para el responsable de homicidio en la hipótesis del artículo 382 del estatuto represor, la Corte hizo un extenso estudio, parcialmente transcrito en el fallo que se revisa. A fin de ilustrar las consideraciones que siguen y fundar mejor sus resultados, conviene resumir lo que dijo el fallo primeramente citado y que le llevó a concluir que la sanción debe basarse en el artículo 363 y no en el 362, para las reducciones motivadas en la atenuante del 382, así:

a) "El delito tipo (se refiere al del artículo 363) tiene la denominación exacta de homicidio con circunstancias de asesinato. Son éstas las que agravan la responsabilidad y sirven como elementos mensuradores de la penalidad, la cual para su determinación precisa forma la pena básica. Si, pues, una de estas circunstancias —la primera del artículo 363— existe, es de este punto desde el cual debe partir el juez para imponer la sanción dentro de las circunstancias calificadoras que el caso señale";

b) Cuando el artículo 382 habla de **respectivas sanciones** "quiere indicar las que corresponden a cada ocurrencia. Siendo ello así, es preciso discriminar el delito, señalar sus modalidades y circunstancias, tanto modificadoras como agravantes, para buscar la pena básica sobre la cual debe recaer el au-

mento o disminución de la misma, de conformidad con los presupuestos legales del delito tipo". Los artículos 379 y 363 se refieren a circunstancias calificadoras, en cambio el 28 y 382 consagran atenuantes: "Si se diferencian jurídicamente ambos términos, se comprende por qué es inaceptable desde el punto de vista estrictamente legal, la tesis de que cuando se aplican los últimos artículos nombrados, las circunstancias calificadoras contenidas en el ilícito, no pueden tomarse en cuenta para los aumentos que ordena el Código";

c) "La pena se aumenta conforme el artículo 363, por circunstancias externas que se relacionan en el numeral 1º con el parentesco o con el vínculo matrimonial, y se disminuye con los artículos 28 y 382 por consideración a los factores psicológicos que intervienen en el acto, ira o intenso dolor, causados por grave e injusta provocación, sin que esto quiera decir que ambos aspectos se interfieran hasta anularse recíprocamente, pues aquellas disposiciones no se excluyen sino que se complementan de manera recíproca, cuando quiera que en un caso dado haya margen para darles cumplida aplicabilidad". Para que la coexistencia resulte imposible tendría que decirse que no existe aquel vínculo, cosa contraria a la ley;

d) "El artículo 382 no crea propiamente una figura legal o un delito tipo, para dentro de esta autonomía reducir sus términos en orden a aplicar la pena en las circunstancias a que se contrae su texto", norma que está condicionada "a un delito, este sí tipo, que por razón de los vínculos del parentesco asume características propias de una modalidad distinta del homicidio simple, por el querer de la ley que otorga relevancia a esos vínculos para dar lugar a mayor severidad penal cuando en el sujeto pasivo unido por ellos recae la acción del agente"; y

e) "Los artículos 28 y 382 no hacen cosa distinta de modificar los límites de la sanción, es decir, significan una determinante para rebajar o amenguar la respectiva pena fijada al delito dentro de sus modalidades específicas consagradas en el estatuto". Y particularmente el artículo 382 "crea una figura sui-generis que podría ser incluída dentro de la denominación que la doctrina otorga a estas formas normativas de la penalidad llamándolas calificadas y privilegiadas, dentro de un mismo texto que contiene ambos fenómenos, no excluyentes, sino complementarios".

Segunda. No reafirma ahora esta Sala de la Corte las consideraciones de las dos sentencias relacionadas y por ello habrá de recoger esa jurisprudencia, como se hace en el presente fallo, teniendo en cuenta la índole del instituto consagrado en el artículo 382 del Código, la doctrina de la tipicidad, el finalismo de las normas relacionadas en él y la redacción de tan destacados principios jurídicos. Fundada en este múltiple enunciado, la Sala acogerá, en consecuencia, la impugnación del libelo, y procederá conforme indica el numeral 1º del artículo 583 del estatuto de procedimiento, pues encuentra incuestionabe que, cuando deba aplicarse la atenuante del citado precepto no puede tomarse como base la sanción del artículo 363 sino la del 362.

Tercera. Los tipos o figuras penales describen o relacionan en el precepto legal una forma determinada de conducta a fin de que el juzgador, al identificarla en la acción que tiene ante sí, pueda medir el significado antijurídico de ésta, declarar la culpabilidad y responsabilidad del agente, y, en consecuencia, pronunciar la condena. Esta necesaria confrontación es garantía de libertad individual, pues la justicia no puede admitir elementos que al tipo no contiene, y es garantía de seguridad colectiva, ya que toda conducta adecuada a un tipo criminoso conlleva la atribución correspondiente, eliminando así cualquier asomo de impunidad.

Generalmente se clasifican los tipos en básicos, especiales y subordinados.

Los primeros relacionan actividades lesivas de bienes jurídicos que constituyen infracciones por sí mismas, como sucede en el homicidio, cuya descripción fundamental aparece en el artículo 362.

Los segundos toman de los primeros sus caracteres principales pero añaden a estos otros requisitos que les conceden existencia propia y pueden, por lo tanto, establecerse y ser reconocidos autónomamente, siendo opuestos al tipo básico, por ejemplo, los homicidios concausal (artículo 366), piadoso o pietista (artículo 364) y el infanticidio (artículo 369), en los cuales a la supresión de la vida, elemento esencial del tipo, se agregan condiciones o circunstancias que los identifican plenamente.

Las figuras subordinadas, como su nombre lo sugiere, son aquellas que llevan apenas enunciados calificadores de la acción, manteniendo un orden dependiente del tipo principal, del que no pueden emanciparse y al que no pueden contraponerse sin quedar eliminadas. Modelo de esta clase se encuentra en el artículo 363 del Código Penal, pues su normación indica que el hecho a que se refiere es homicidio, a pesar de que las exigencias establecidas para aplicarlo le den la denominación de asesinato y autoricen sanciones más severas. Por esto se dice que el tipo es agravado, a diferencia de los casos en que es privilegiado debido a que la conducta antijurídica tiene menor trascendencia.

Cuarta. Según estos aportes de la doctrina de la tipicidad, es erróneo admitir que el artículo 363 consagra un delito tipo, como lo hace reiteradamente el fallo del 21 de marzo de 1961, pues apenas es una figura subordinada al artículo 362 verdadera figura radical del homicidio. La agravación consignada en aquel no hace más que destacar su carácter accesorio.

Quinta. El artículo 382 en lo concerniente al homicidio, contempla una situación accesoria privilegiada (no "delito privilegiado" como se le llama a veces), porque no refleja la conducta homicida, sino que la refiere a la descripción del tipo principal que obviamente ha de ser el del artículo 362. Aquella disposición se refiere a los sujetos activo y pasivo y al objeto material así como a circunstancias objetivas y a factores subjetivos; pero el homicidio y las lesiones tienen su tipo principal no en dicho artículo 382 sino en la de los artículos 362, 371 y siguientes.

Sexta. El propio artículo 383 aleja por completo la idea de que el 382 configura una conducta principal, creadora de un tipo de esta clase, pues habla apenas de "atenuantes". Y las atenuantes no son figuras autónomas sino siempre subordinadas o accesorias de un tipo penal. Además, una misma circunstancia como es la vinculación parental no puede referirse simultáneamente a dos tipos accesorios diversos y opuestos, el uno agravado y el otro atenuado, pues ello sería faltar a la verdad real y a la lógica jurídica.

Séptima. "Las respectivas sanciones" a que alude el artículo 382 no pueden referirse sino a los tipos básico y especiales de homicidio (ordinario o común, preterintencional, concausal) y a las lesiones personales, atendidas las consecuencias de estas. No puede corresponderse la sanción del 382 con la de una figura accesoria agravada, como es la del artículo 363, porque significaría buscar apoyo en algo insostenible, pues carece de autonomía ya que no existe por sí solo.

Octava. Las consideraciones anteriores implican el reconocimiento de que efectivamente el fallo recurrido ha violado directamente la ley sustancial, pues aplicó indebidamente el artículo 363, dejando de aplicar el 362 en su indispensable relación con el 382, y por eso la Corte invalidará dicha sentencia y dictará la que debe reemplazarla, dando aplicación al artículo 583, numeral 1º del Código de Procedimiento, como se anunció en la consideración segunda de esta providencia.

Novena. Tomando en cuenta los diversos criterios contemplados en el artículo 36 del Código Penal, la Sala individualizará la sanción principal aplicable al procesado Humberto Zapata González en dos (2) años de presidio, o sea el mínimo que resulta de la concordancia de los artículos 362 y 382 del mismo estatuto, pues no encuentra demostradas circunstancias de mayor peligrosidad de las previstas en el artículo 37 ibídem, ni motivo para elevar dicho mínimo por los de-

más conceptos de la norma primeramente citada (Art. 36); y como sanción accesoria solo se impondrá la de la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicos por un período igual al de la pena principal, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 12 de la Ley 16 de 1969 y haciendo uso de la facultad discrecional que en él se contempla. También se condenará a Zapata González al pago de los perjuicios causados por el delito, lo que se hará en abstracto o in generi por no haber habido regulación de los mismos, dando en esta forma aplicación al artículo 92 del Código Penal.

Décima. La Corte no encuentra cumplidas, como no las hallaron tampoco los juzgadores de las instancias, las condiciones especiales para otorgar el perdón judicial o para eximir de responsabilidad al culpable, razón por la cual no se otorgará ninguna de esas gracias.

Fallo

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, CASA el fallo impugnado al que se hace alusión en la parte motiva, y en su lugar

Resuelve

a) Condénase al procesado Humberto Zapata González, de la filiación conocida en autos, a la pena de dos (2) años de presidio, que empezará a purgar con un mes de aislamiento permanente en el establecimiento que para el efecto señale la Dirección General de Prisiones, por el delito de homicidio en la persona de su cónyuge Olga Muñoz de Zapata, por el cual lo declaró responsable el jurado.

b) Condénase igualmente al mismo procesado Humberto Zapata González a la interdicción de derechos y funciones públicos por un tiempo igual al de la pena principal, y al pago de todos los perjuicios civiles causados por la infracción mencionada.

c) De la pena de presidio impuesta se deducirá el tiempo que haya cumplido el procesado en detención preventiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

José Evencio Posada V., Secretario.

FALSEDAD EN DOCUMENTOS

Respecto de los documentos públicos u oficiales y de las actas de las parroquias, equiparadas a aquellos para los efectos de su tutela, lo que se ampara al sancionar su falsedad por fabricación o uso, es la legalidad o autenticidad de ellos, como medios de prueba. — La falsificación de una partida de nacimiento de origen eclesiástico, aún ya en vigencia la Ley 92 de 1938, no constituye una falsedad inocua porque ella se verifica o realiza sobre un medio probatorio capaz de producir efectos jurídicos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, cuatro de diciembre de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

(Aprobado: Acta número 50, diciembre 4 de 1971).

Vistos

Por sentencia de 6 de marzo del año en curso el Juzgado Cuarto Superior de Medellín condenó a **Edgar** o **Edgard** o **Edgar Eduardo** o **Edgard Eduardo Solano Cerón** a la pena principal de dos años de presidio, a más de las accesorias de rigor, "por los delitos de **falsedad en documentos** por los cuales fue llamado a responder en juicio". Apelada que fue la providencia, el Tribunal Superior de aquel Distrito Judicial por la suya de 2 de junio del mismo año la confirmó en todas sus partes. El procesado interpuso recurso de casación contra este fallo, el cual fue legalmente concedido y luego admitido por esta Sala. La demanda fue formulada por apoderado designado al efecto, se recogió el concepto del Ministerio Público y, una vez cumplida la tramitación correspondiente, pasa la Corte a decidir.

Primero. Hechos y actuación procesal

Teniendo en cuenta las constancias procesales el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, de manera acertada presenta sobre ellos la siguiente síntesis:

"Da cuenta el informativo que el sindicado Edgard Eduardo Solano Cerón fue designado en propiedad Juez Penal del Circuito de Santo Domingo por Acuerdo número 56 del 8 de octubre de 1969 del Tribunal Superior de Medellín y él presentó los documentos del caso a fin de obtener la ratificación del nombramiento. El mismo día se repartió la solicitud al Magistrado David Córdoba Roca quien, estudió la documentación presentada y solicitó a la Corporación la confirmación.

"La designación no fue confirmada porque, conforme se lee en la denuncia, se tuvo conocimiento de que Solano Cerón no era abogado porque el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana de Bogotá informó que no había obtenido el título en ese establecimiento.

"Adelantada la investigación penal correspondiente se demostró, sin lugar a dudas, que Solano Cerón ni siquiera había cursado estudios en la Facultad de Derecho mencionada y el Acuerdo del Tribunal Superior de Garzón que obra al folio siete del expediente era falso como también la parti-

da de bautismo cuya expedición se atribuyó al Párroco de la Catedral de Bogotá (Fl. 1).

"El 30 de abril de 1970 el acusado fue llamado a responder en juicio criminal ordinario por dos delitos contra la fe pública: uno consistente en el uso de documento público falso (artículos 231, 233 y 234 del C. P.) y el otro también por uso de una partida eclesiástica apócrifa en los términos del artículo 243 del estatuto citado. El Tribunal Superior de Medellín al conocer por apelación este proveído lo reformó en el sentido de que el último ilícito no era imposible sino perfecto y lo confirmó en lo demás.

"En el acto de la audiencia pública las partes alegaron verbalmente y por escrito y el juzgado del conocimiento en sentencia del seis de marzo de este año condenó a Solano a dos años de presidio. El Tribunal Superior de Medellín como ya se expuso, confirmó esa decisión" (Cuaderno de la Corte, Fls. 27 sgt.).

Segundo. Demanda de Casación

En ella el apoderado del procesado luego de hacer la presentación de los hechos, de sintetizar la actuación procesal y los fundamentos de la sentencia recurrida, ataca a ésta bajo el amparo de la causal primera del artículo 580 del nuevo C. de P. P., por considerar que "es violatoria de la ley sustancial, por haber incurrido el fallador en error de derecho manifiesto en los autos que lo llevó a equivocada apreciación de la prueba documental tachada de falsa y por ende, a la aplicación indebida de la ley penal".

Los siguientes son los tres cargos que formula contra el fallo impugnado, el último como subsidiario del primero:

Primer cargo

Afirma el censor que "El Tribunal apreció erradamente el documento visible al folio 7 de este protocolo, al concederle un valor probatorio que no tiene".

Tal documento lo constituye la "Certificación del Presidente del ahora extinguido Tribunal Superior de Garzón, Huila, según el cual se acreditaba que Solano Cerón había sido recibido como abogado titulado en ese Tribunal, por acuerdo número 25 del 21 de agosto de 1967, y que por consiguiente se le autorizaba para ejercer su profesión. (Fl. 7)".

Aquella errada apreciación llevó al Tribunal "a la aplicación indebida del artículo 234 del C. P. y a la no aplicación del artículo 18 de la misma obra".

Para fundamentar el cargo, argumenta:

Se dispensa protección penal a los documentos que tengan relevancia jurídica; en los delitos contra la fe pública, no basta la alteración e imitación dolosa de la verdad; se requiere que el documento pueda causar daño real o potencial, so pena de que sea vana su incidencia en el derecho punitivo.

La certificación visible al folio 7, es inauténtica y se usó a sabiendas de su inautenticidad.

"Pero lo importante es determinar si este documento (abstracción hecha de su falsedad) es apto para demostrar la versación del derecho, el título de abogado, para los efectos propios de acreditar esa condición en los nombramientos para cargos judiciales (Destaco y subrayo)".

El artículo 157 de la Constitución "exige que para ser Juez de Circuito se requiere ser abogado titulado". Contra lo que se le alegó, el Tribunal, expresó que el Acta de grado se exigía por "comodidad" para allegar la documentación para la confirmación, "mas no porque fuera el único medio valedero para demostrar esa calidad". "Aquí radica el error de derecho en que incurrió el Tribunal de Medellín, pues juzga equivocadamente el hecho a la luz de la ley y por consiguiente aprecia equivocadamente la prueba".

El artículo 4º del Código de Procedimiento Civil, vigente al tiempo de cometerse los hechos, dice: "El nombrado puede acreditar que reúne las condiciones exigidas por la Constitución o la ley, con los medios probatorios ordinarios. Cuanto a la de ser versado

en la ciencia del Derecho, **solo puede acreditarse con su título de abogado expedido por una facultad oficial o privada**". (Subrayo).

"Hay error de derecho en la apreciación de una prueba, ha dicho repetidas veces la Corte, cuando se le da determinada fuerza que la ley no le atribuyó". Como la ley exige esa prueba determinada, ni aún con certificado auténtico de Tribunal puede confirmarse un nombramiento judicial. Si el documento no tenía esa posibilidad probatoria, la falsedad era inocua y "el uso de este documento intrascendente para el Derecho Penal", podría tener relevancia para otros fines, pero no para el de la confirmación antes dicha.

Finaliza así: "El Tribunal de Medellín concede al documento del folio 7 posibilidad de probar el título de abogado para los efectos de la confirmación de un nombramiento de cargo judicial. Da un valor probatorio a ese documento que la ley no le confiere, esta apreciación errónea lo llevó a estimar idóneo un documento ineficaz. El documento ineficaz no es susceptible de causar daño potencial o real y por consiguiente no constituye su uso falsedad en documentos, su uso es inocuo y por ello, se aplicó indebidamente el artículo 234 del C. P., norma que se considera violada por la sentencia impugnada.

"De entenderse el documento como medio inidóneo para lesionar el derecho, debió si no declarar inexistente el delito, aplicar el artículo 18 del Código Penal, violando así al no dársele aplicación para los casos que evidentemente contempla".

Segundo cargo

Se hace consistir en que "El Tribunal de Medellín apreció equivocadamente por error de derecho manifiesto en los autos, el documento visible al folio uno (1) del expediente, al concederle un valor probatorio que no tiene según la ley. Ello lo llevó a la aplicación indebida del artículo 243 del Código Penal y a la no aplicación del artículo 18 de la misma obra".

Contra lo que oportunamente se le expuso, el Tribunal "sostuvo que solo cuando se trata de probar un derecho se requiere prueba del Registro Civil, mas no cuando se tiende a demostrar un hecho".

Citando disposiciones del Código respectivo apunta que el estado civil "es la calidad de un individuo, en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos o contraer (sic) obligaciones civiles"; que ese estado se prueba por las actas del registro civil que son llevadas por los Notarios o Alcaldes y por los funcionarios consulares, sin mencionar para nada a los párrocos ni a las actas de origen eclesiástico. Indica qué actos deben llevarse al Registro Civil, entre estos los nacimientos, que dan lugar "a la existencia legal de las personas" y que determina si ellas son nacionales o extranjeras. Transcribe los artículos 18 y 19 de la Ley 92 de 1938, que señalan cuáles son las pruebas principales del estado civil y cuáles, en caso necesario, las supletorias y, por quién deben ser expedidas.

Continúa: Para ser Juez se requiere ser colombiano de nacimiento (Constitución, Art. 157), calidad que solo puede probarse "mediante copia del acta de Registro Civil de ese nacimiento, conforme a las disposiciones vistas. El Tribunal, a pesar de las claras normas legales existentes y mencionadas, concedió al documento del folio uno (1) una capacidad y valor de que carece aún auténtico, mas si es falso. ... Por lo anterior, la partida de origen eclesiástico no es el documento idóneo para demostrarlo". Solo a falta de la prueba principal previamente acreditada, podía apelarse a la supletoria. El Tribunal no podía confirmar el nombramiento de Solano Cerón, "pues estaba acreditando las calidades exigidas con documentos inadecuados", por lo cual el Magistrado al solicitar esa confirmación "se estaba apartando de los cánones legales...". Citando al tratadista Romero Soto sostiene que no constituye delito de falsedad la alteración de la respectiva partida de origen eclesiástico "porque en este caso estaríamos en presencia de una falsedad inocua, ya que la demostración del estado civil no se hacía por la partida eclesiástica sino por la civil".

Concluye el cargo así: "La errada apreciación de esta prueba, implicó la indebida aplicación del artículo 243 del C. P., pues el documento de marras, no "es el medio de prueba" adecuado de los hechos verdaderos que equivocadamente se quisieron acreditar con medios idóneos (sic)".

"Por lo anterior, puede entenderse que el delito era imposible, y por consiguiente ha debido darse aplicación del artículo 18 del C. P. si es que no se descarta de plano la existencia del delito de falsedad por uso de documento inauténtico".

Tercer cargo

Se presenta como subsidiario del primero, por considerar la sentencia impugnada "violatoria de la ley sustancial, por interpretación errónea del artículo 244 del C. P.".

Lo argumenta así: Si se considera que "el certificado falso atribuído al Tribunal de Garzón, es idóneo y que por lo tanto su uso constituye delito contra la fe pública", ha debido aplicarse el artículo 244 del Código Penal y no el 234 del mismo estatuto. Como el Tribunal de Medellín sostuvo que ese certificado era documento público falso, tendiente a reconocer un derecho y le aplicó el artículo 234, entonces "Interpreta erradamente la disposición contenida en el artículo 244, puesto que los documentos por esa norma mencionados, son también públicos. Ejemplo, la cédula de ciudadanía, el pasaporte, las licencias, o cualquiera otro análogo, dice esa disposición". Entonces, ha debido aplicarse el 244, que "habla específicamente de esta clase de documentos". Por tanto esta norma, de no prosperar el cargo principal, debe tener la preferente aplicación que no tuvo porque "el Tribunal independientemente de todo hecho, le dio una errónea interpretación para dejar de aplicarla".

Respuesta del Ministerio Público

Luego de un detenido examen de los cargos propuestos por el demandante, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal llega a la conclusión de que no es el caso de casar la sentencia impugnada, pues ninguna de las tachas señaladas por el actor resulta demostrada.

La Corte, en su oportunidad, habrá de referirse a los conceptos del Ministerio Público.

Consideraciones de la Sala

a) Primer cargo

No se incurrió en la sentencia recurrida en aplicación indebida del artículo 234 del Código Penal, y no incurrió en yerro alguno al dejar de tomar en cuenta la norma que trae el artículo 18 de la misma obra, que alude al delito imposible.

Con toda razón rechaza el cargo el Ministerio Público, pues al documento del folio siete del expediente se le dio el valor probatorio que tiene, y que reza:

"El Presidente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Garzón,

"Certifica

"Que por acuerdo número veinticinco (25) de la fecha, esta corporación recibió al doctor Edgard Solano Cerón como abogado titulado de la Universidad "Javeriana", Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de Bogotá y lo autorizó para ejercer la profesión en todo el territorio Nacional. Dicho acuerdo dice en lo pertinente:

"En virtud de lo que se deja expuesto el Tribunal Superior de este Distrito Judicial —Sala de Acuerdo: Recibe al doctor Edgard Solano Cerón como abogado titulado y ordena expedirle el certificado de que trata el artículo 9— de la citada Ley 62 de 1928, a fin de que pueda ejercer la profesión en todo el territorio de la República de Colombia".

"Dado en Garzón a los veintiún (21) días del mes de agosto de mil novecientos sesenta y siete (1967).

"El Presidente, (Fdo.) Martiniano González Díaz.

"La Secretario, (Fdo.) Julia Inés G. de Martínez".

Con relación a este primer cargo, la Corte prohija y hace suyo el detenido estudio que respecto a él realizó el Procurador Segundo Delegado en lo Penal y que en lo pertinente dice:

"**En cuanto al primer cargo** es preciso recordar que las Leyes 62 de 1928 y 21 de 1931, en forma generosa autorizaron el ejercicio de la profesión de abogado no solamente a quienes habían obtenido el título de doctor o licenciado en derecho en universidad oficial o privada sino a muchas otras personas que no es el caso mencionar. El Código de Procedimiento Civil (Ley 105 de 1931), citado por el recurrente, se refería en primer término a la Constitución Nacional que en el artículo 157 establecía que "para ser juez se requiere ser ciudadano en ejercicio, estar versado en la ciencia del derecho y gozar de buena reputación. La segunda de estas calidades no es indispensable respecto de los jueces municipales" y en segundo término a los estatutos mencionados y constituyó un progreso pues en el artículo 4º —transcrito en la demanda— determinó que la versación en las ciencias jurídicas solo podía demostrarse con el título de abogado expedido por una facultad oficial o privada. En consecuencia, si conforme a las Leyes 62 de 1928 y 21 de 1931 muchas personas podían ejercer la profesión de abogado, sin embargo esa autorización no servía para acreditar el conocimiento en la ciencia del derecho.

"Es sabido, igualmente, que el Acto Legislativo número 1 de 1945 introdujo reformas fundamentales en cuanto a la profesión de abogado y en cuanto a la administración de justicia. Respecto de la primera, dispuso en el artículo 71 (artículo 40 de la Carta) que "en adelante solo podrán ser inscritos como abogados los que tengan título profesional" y agregó "nadie podrá litigar en causa propia o ajena, si no es abogado inscrito". En relación con la segunda, los artículos 60 y 61 (artículos 157 y 158 de la Constitución Nacional) señalaron los requisitos para ser juez y entre ellos figura "ser abogado titulado".

"La preceptiva del artículo 40 de la Carta se desarrolló en la Ley 69 de 1945 la cual en primer término se refirió al ejercicio de la profesión, en segundo término a la averiguación disciplinaria por las faltas cometidas por los abogados y por último, el artículo 18 dejó vigentes, en forma expresa, las disposiciones de las Leyes 62 de 1928 y 21 de 1931 relativas al trámite para ser recibido como abogado, lo cual da derecho a ser inscrito en los despachos judiciales y en las oficinas públicas y así poder ejercer esa profesión.

"La reseña anterior indica que la exigencia del artículo 4º de la Ley 105 de 1931 —citada en el libelo— se refería a las normas constitucionales y legales vigentes para esa época que establecían, como prueba única de la versación en la ciencia del derecho, el título de abogado expedido por una facultad oficial o privada, porque los llamados abogados "consagrados", "aceptados" y otros, podían ejercer esa profesión pero no cumplían el requisito indicado en la Carta para ser jueces. De otra parte, a partir de 1945 solo existe la categoría de los abogados titulados por eso tanto la Constitución Nacional como las leyes se refieren a la calidad de abogado titulado. Es preciso agregar que el artículo 159 de la Carta dispuso que "las calidades exigidas a los funcionarios del orden judicial, del Ministerio Público y de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se acreditarán en la forma que la ley determine".

"A este último respecto se recuerdan el Decreto 1698 de 1964, artículo 6º, que al tratar de la "Carrera Judicial" exigía esta condición: "ser abogado titulado y estar matriculado como tal". En opinión de este Despacho, esa norma estaba vigente para octubre de 1969 cuando se cometieron los delitos investigados en este proceso.

"La calidad de abogado se acredita, en síntesis: con el título expedido por Universidad autorizada por el Estado, copia del Acuerdo del Tribunal Superior y la certificación sobre vigencia de la matrícula.

"Con las tres pruebas mencionadas bien puede establecerse esta jerarquía: el título de abogado demuestra la calidad pero el Acuerdo da cuenta de ella (ver folio 7) y además autoriza el ejercicio de la profesión y la última, comprende las dos anteriores y agrega que la matrícula está vigente.

"Por manera que para la demostración del requisito constitucional de ser "abogado titulado" cualquiera de los tres medios indicados satisface la exigencia pero para este Despacho la copia del Acuerdo y la certificación de vigencia de la matrícula superan el valor probatorio del título porque lo suponen y da cuenta de otros hechos con trascendencia jurídica. No sobra agregar que en los juicios por faltas a la ética profesional es indispensable probar la calidad de abogado como elemento de la infraccion y factor de competencia, y la H. Corte Suprema de Justicia ha aceptado para esos efectos, cualquiera de los tres medios probatorios indicados.

"Por manera que en el presente asunto la copia del Acuerdo del Tribunal Superior de Garzón, de haber sido cierto su contenido, era idóneo para probar la calidad de abogado de Edgard Eduardo Solano Cerón, para ejercer la profesión en el territorio nacional. El Tribunal Superior de Medellín abunda en razones a este respecto y sería superfluo repetirlas. Este Despacho las comparte integralmente en atención al sólido fundamento jurídico que las inspira.

"En consecuencia, no advierte esta Procuraduría Delegada que en la sentencia objeto de este estudio se haya incurrido en error de derecho en la estimación del documento del folio siete del expediente; por el contrario, considera que se le otorgó el valor probatorio correspondiente.

"Por último, opina este Despacho que el recurrente no cumplió el requisito de probar la infracción de la proposición jurídica completa pues el fallo condenatorio no solo se fundamentó en el artículo 234 del C. P. —el único acusado— sino en el 231, el 233 y el 33 de la misma obra y respecto de los tres últimos nada comentó el demandante" (Cuaderno de la Corte, Fls. 30 a 34).

Además, anota la Corte lo siguiente:

Respecto de los documentos públicos u oficiales y de las actas de las parroquias, equiparadas a aquellos para los efectos de su tutela, lo que se ampara al sancionar su falsedad por fabricación o uso, es la legalidad o autenticidad de ellos, como medios de prueba. No se requiere, como sí para los documentos privados (C. P. Art. 240), que se cause un daño distinto o se tenga intención de producirlo. Basta, se repite, que ese interés de la fe pública fundado en la legalidad o autenticidad de los documentos de que se ha hecho mención (documentos públicos u oficiales y actas de las parroquias) resulte ofendida por la quiebra que la falta de verdad en ellos produzca respecto de la autenticidad o legalidad de esos documentos.

Otra cosa es que la mentira o alteración del documento tenga atinencia jurídica, esto es, que se refiera a hechos con significado jurídico. Y esto es obvio, puesto que se trata del delito de falsedad en documento, y documento es un escrito con tenor y firma del que se desprenden consecuencias jurídicas respecto de quien lo suscribe. No se daría esa atinencia jurídica, por caso, en la aseveración que el otorgante de una escritura pública hiciera respecto de su calidad de doctor en alguna de las profesiones liberales sin serlo, si esa escritura se refiere a una compraventa de inmuebles, porque el doctorado no se demuestra con tal afirmación en ese documento.

No prospera, por tanto, este primer cargo.

b) Segundo cargo

Alude el demandante a supuesto error de derecho cometido en la sentencia, en la aplicación del artículo 243 del Código Penal y en no tomar en cuenta el artículo 18 de la misma obra, porque, en su entender, el documento del folio 1º del expediente es inidóneo como medio de prueba.

Se trata del Acta de Bautismo expedida por el Párroco de la Catedral de Bogotá, en la cual da cuenta del nacimiento del recu-

rrente Edgard Eduardo Solano, el 15 de septiembre de 1944.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal manifiesta que el cargo no resulta demostrado, pues "el Tribunal Superior de Medellín en el fallo acusado se ocupó con especial sentido jurídico de este aspecto, para concluir que las actas del estado civil, conforme a la Ley 92 de 1938, se refieren a la demostración de hechos para las cuales, en el campo penal, debe darse aplicación al artículo 22 del Código de Procedimiento Penal, 19 del nuevo estatuto...", ("artículo 19. Remisión al Procedimiento Civil. En todos los casos en que el juez penal haya de decidir cuestiones civiles o administrativas, calificará las pruebas de acuerdo con el valor que les atribuya la legislación procesal civil') ... "Pero en el presente caso ...", continúa el Ministerio Público, ..., "como se trata de demostrar que Solano Cerón es nacional colombiano por nacimiento y por ello podía ser juez ..." ese documento es pertinente para demostrar dicha calidad de colombiano, a fin de que su nombramiento fuera confirmado.

Consideraciones de la Corte

1. Con relación al alcance del artículo 18 de la Ley 92 de 1938, esta Corporación lo ha explicado así: en cuanto se refiere a "nacimientos o matrimonios o defunciones de personas bautizadas, o casadas o muertas en el seno de la Iglesia Católica", las certificaciones expedidas por los respectivos párrocos, "insertando las actas o partidas existentes en los libros parroquiales", la norma en comento se limitó a quitarles el carácter de pruebas principales del estado civil, "sin restarles eficacia probatoria como documentos auténticos para los demás efectos". (Sentencia de 2 de abril de 1959). Entonces, esos documentos parroquiales, posteriores a la vigencia de la citada Ley 92, si bien han perdido el carácter de pruebas principales, han conservado el carácter de pruebas de naturaleza supletoria pero, en todo caso, son pruebas capaces de producir efecto jurídico. Ninguna disposición les ha negado ese carácter. Sino que, se repite, se les cambió el de pruebas principales, para tornarlas en supletorias.

De otra parte no puede negarse, como se anotó anteriormente, que la legalidad o autenticidad de tales partidas está protegida por la ley penal y que su quebrantamiento implica la sanción correspondiente.

2. De acuerdo con el artículo 157 de la Constitución para ser Juez de Circuito se requiere, entre otras calidades, la de "ser colombiano de nacimiento" y según el 8º de la misma Carta "Son nacionales colombianos: 1º Por nacimiento: a) los naturales de Colombia, con una de dos condiciones: que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos, o que siendo hijos de extranjeros se hallen domiciliados en la República". Precisamente esta calidad de nacional colombiano por nacimiento fue la que voluntariamente quiso acreditar el acusado haciendo uso de una prueba de carácter supletorio, de orden eclesiástico, prueba supletoria cuya falsedad total fue plenamente acreditada dentro del proceso.

Norma el Decreto 1260 de 1970: "Art. 1º El estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley.

"Art. 2º El estado civil de las personas deriva de los hechos, actos y providencias que lo determinan y de la calificación legal de ellos".

El nacimiento de una persona es un hecho jurídico y la partida que lo registra o que da cuenta de él, tiende a acreditar, de manera principal o supletoria, según el caso, hechos relacionados con el estado civil de aquella persona a quien la partida se refiere, por ejemplo: su nacionalidad, su edad, su calidad de hijo legítimo o natural. Entonces, participando las pruebas supletorias del carácter de pruebas y teniéndolas como tales las disposiciones legales respectivas, síguese que la falsificación de una partida

de nacimiento de origen eclesiástico, aún ya en vigencia la Ley 92 de 1938, no constituye una falsedad inocua porque ella se verifica o realiza sobre un medio probatorio capaz de producir efectos jurídicos, puesto que, como se ha visto, la prueba principal no es prueba única.

En atención a lo anterior y frente a la partida de nacimiento que viene estudiándose y que tiene el carácter de prueba supletoria con las consecuencias ya indicadas, no puede hablarse de delito imposible porque para que se tratara de un delito de esta naturaleza sería necesario que ese documento no pudiera producir ningún efecto, es decir, que no pudiera llegar a tener relevancia jurídica. Pero aquí, como se anotó, la ley le da la posibilidad de probar a falta de la prueba principal. Esa partida tenía, de manera subsidiaria, eficacia probatoria, virtualidad probatoria para llegar a producir efectos con relación al estado civil. En estas condiciones mal podía el juzgador de instancia tomar en cuenta el artículo 18 del Código Penal para aplicarlo, en vez del 243, porque el procesado, a sabiendas de su falsedad, hizo uso de esa partida de origen eclesiástico, para proporcionarse un medio de prueba de hechos verdaderos como lo eran el de su nacionalidad y el de su edad.

Ratifica lo antes observado la manera como el artículo 232 del Código Penal sanciona la falsedad que cometa un Ministro eclesiástico, respecto de actos o documentos, pues en ese precepto, al aludir a éstos, señala que basta que "puedan producir efectos en el estado civil de las personas". El artículo 243, al sancionar la falsedad que se cometa para probar hechos ciertos, alude a los artículos precedentes entre los cuales se encuentra el 232 citado, y esta última norma, en cuanto a la fuerza intrínseca de los documentos a los cuales se refiere, usa el presente de subjuntivo del verbo poder, "puedan", que denota la mera posibilidad de producir efectos en el susodicho estado civil de las personas, tiempo verbal que envuelve una mera hipótesis, en tal caso, de simple potencialidad probatoria. Y esto es lo que corresponde predicar de toda prueba supletoria, pues su capacidad como medio de demostración no cabe ser negada, si bien está sujeta a que falte el elemento de juicio principal.

Así, pues, ese interés jurídico de la legitimidad o de la autenticidad de la prueba tutelado en la ley al reprimir la falsedad en documentos públicos u oficiales o en las actas de origen eclesiástico, resulta ofendido en la forma ya dicha, en la partida parroquial de que se ha hecho mención. No se trata, por consiguiente, de una falsedad inocua ni de un delito imposible, cabe repetir. El cargo, en consecuencia, no prospera.

c) Tercer cargo

El actor, como cuestión subsidiaria al cargo primero, señala como yerro cometido en el fallo objeto del recurso la falta de aplicación del artícuo 244 de Código Penal, pues en su concepto es éste el pertinente y no el 234 de la misma obra, pues se trata de una "licencia" para el ejercicio de una profesión.

Se refiere al Acuerdo del Tribunal Superior que autorizó al recurrente para ejercer la profesión de abogado.

La Corte prohija la réplica que a esta tacha hace el Ministerio Público, por resultar exactamente jurídica, a saber:

"En cuanto al cargo formulado como subsidiario del primero es preciso observar que, por dos aspectos, se desconoce la técnica de casación, así: respecto de una misma situación jurídica no se puede predicar la violación indirecta y la violación directa de la norma penal sustantiva, porque mientras la primera glosa la prueba la segunda supone su aceptación, (una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo); además, conforme a los términos de la impugnación, no se trataría de interpretación errónea del artículo 244 del C. P. sino aplicación indebida del 234 y falta de aplicación del 244 del estatuto penal sustantivo. Sabido es que la interpretación errónea de la proposición jurídica supone que la norma es adecuada o pertinente pero se le da un efecto o alcance en desacuerdo con su verdadero contenido.

"De todas maneras el cargo no prospera porque, a juicio de este Despacho, el Acuerdo del Tribunal Superior que autoriza un abogado titulado para ejercer la profesión en el territorio nacional no corresponde al concepto de "licencia" del artículo 244 del C. P. y la jurisprudencia reciente de la H. Corte Suprema de Justicia rectificó la consignada en el fallo del 18 de octubre de 1949 en la casación de Jorge Poveda Segura, en estos términos:

" 'Y finalmente, así sea por vía jurisprudencial, debe decirse que no es posible asimilar a esos documentos, destinados solamente a certificar que ciertas cualidades (aptitud para una determinada actividad, capacidad para viajar al exterior, adquisición de la ciudadanía, identificación) han sido demostradas por los medios propios, con unas certificaciones que tienden a probar la realización de hechos que engendran un derecho'."

Tampoco prospera este cargo subsidiario.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en la que se condenó a Edgard Eduardo Solano Cerón a dos años de presidio, como responsable del delito de falsedad en documentos.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

Sala de Casación Laboral

FUNCIONES DE LOS MEDICOS DEL MINISTERIO DEL TRABAJO

La Medicina Industrial presta a la autoridad administrativa del Trabajo y a la justicia laboral, una doble colaboración de carácter técnico, así: una en conciliación ante el Inspector del Trabajo, ya como perito, ora como árbitro, en actuación administrativa; otra ante la justicia laboral, como perito únicamente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., siete de julio de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

(Acta número 27).

Pedro Soler Bastidas, por medio de apoderado, demandó a la sociedad "Taxi Aéreo del Caquetá" (TACATA) Limitada, para que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"Primera. Que es injustificado e ilegal el despido hecho por la Empresa al Capitán Pedro Soler Bastidas y que le fue comunicado por carta del 16 de abril de 1969. En consecuencia, que la Empresa está obligada a proporcionarle al trabajador una ocupación compatible con sus aptitudes pagándole el mismo sueldo que venía devengando como Piloto.

"Segunda. Como consecuencia igualmente de la petición anterior que la Empresa "Taxi Aéreo del Caquetá —TACATA— Limitada" está obligada a pagarle al Capitán Pedro Soler Bastidas los salarios dejados de cancelar desde el día primero (1º) de marzo de 1969, hasta cuando se produzca el reintegro o hasta la fecha en que se verifique el pago de dichos salarios causados y no cancelados.

"Tercera. Que es profesional la enfermedad sobrevenida al Capitán Pedro Soler Bastidas, cuando operaba en actividades de vuelo al servicio de "TACATA" y que, en consecuencia, la misma empresa está obligada a cancelarle el valor del auxilio monetario por enfermedad, o sea la cantidad de cuarenta y dos mil seiscientos pesos ($ 42.600.00), y a concederle además servicios médicos, quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios a que hubiere lugar hasta por dos (2) años, de conformidad con lo preceptuado por el Art. 204 del C. S. del T.

"En subsidio, que la Empresa está obligada a pagar al Capitán Pedro Soler Bastidas, el auxilio monetario, por enfermedad no profesional durante seis (6) meses, o sea la cantidad de veinticuatro mil ochocientos cuarenta y nueve pesos con noventa y nueve centavos ($ 24.849.99), mas, los mismos servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos y hospitalarios a que hubiere lugar, hasta por dos (2) años, de conformidad con lo preceptuado por el Art. 204 del C. S. del T. En subsidio, que la Empresa está obligada a pagar al capitán Pedro Soler Bastidas, el auxilio monetario, por enfermedad no profesional durante seis (6) meses, o sea la cantidad de veinticuatro mil ochocientos cuarenta y nueve pesos con noventa y nueve

centavos ($ 24.849.99), más, los mismos servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos y hospitalarios a que hubiere lugar, hasta por seis (6) meses, de conformidad con los Arts. 227 y 277 del C. S. del T. Cuarta. Que la misma empresa está obligada a pagar a mi mandante, la indemnización por despido injusto de que trata el Art. 8º del Dcto. 2351, por servicios entre el primero (1º) de noviembre de 1966 y la fecha del despido (17 de abril de 1969), o sean dos (2) años cinco (5) meses y diez y seis (16) días en relación con el sueldo devengado de $ 7.100.00 mensuales, o sea la cantidad de quince mil seiscientos veinte pesos ($ 15.620.00). Quinta. Que la misma empresa sea condenada a pagar a mi mandante la sanción moratoria de que trata el Art. 65 del C. S. del T., por no haberle cancelado las prestaciones sociales ni haberle hecho practicar el examen médico de retiro ni haberle proporcionado los auxilios por enfermedad a que estaba obligada por las Leyes Laborales vigentes. Sexta. Que la misma Empresa está obligada a pagar a mi mandante el monto de la indemnización por pérdida de la capacidad de trabajo como piloto al servicio de "TACATA", según la graduación que hagan los médicos de la División de Medicina del Trabajo del Ministerio del Ramo. Séptima. Que la misma Empresa TACATA sea obligada a pagar a mi mandante Capitán Pedro Soler Bastidas las vacaciones causadas y no disfrutadas a razón de un mes de salarios... por cada año de servicios y proporcionalmente, por ser ésta una estipulación vigente en todas las Empresas comerciales de transporte aéreo y por ser así, como Tacatá, paga las vacaciones de todos sus pilotos. Octava. Que la misma Empresa sea condenada al pago del auxilio de cesantía, de la prima de servicios y de las demás prestaciones sociales, sobre la base del sueldo promedio de $ 7.100.00 mensuales. Novena. Que la empresa sea condenada en las costas del presente juicio".

Según los hechos de la demanda, Pedro Soler Bastidas entró a prestar sus servicios como piloto en la empresa aérea TACATA el día primero de noviembre de 1966 mediante contrato de trabajo que no se hizo constar por escrito; el salario devengado consistía en $ 6.000.00 de sueldo fijo, más $ 30 por hora efectiva de vuelo, $ 100.00 por pernoctada fuera de su base de Villavicencio y $ 25.00 por alimentación durante los días de vuelo, lo que daba un salario promedio de $ 7.100.00 mensuales; el 10 de febrero de 1969, con permiso de su empleador, Soler Bastidas se sometió en Bogotá al examen médico de rutina por parte de los facultativos autorizados por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil; al día siguiente continuó prestando sus servicios en Villavicencio hasta el 28 de febrero, cuando regresó a Bogotá para conocer el resultado del examen médico y revalidar su Licencia de Piloto; el 3 de marzo el médico jefe de la Aerocivil le manifestó que estaba incapacitado para trabajar en vuelos por enfermedad consistente en trastornos cardíacos, motivo por el cual no podían revalidarle la Licencia de Piloto, inmediatamente llamó a su esposa para que le comunicara al Capitán Juan Coral Villarreal Gerente de la Sociedad demandada, la novedad, lo que así hizo ella. A pesar de estar informado sobre la enfermedad que aquejaba a su empleado, el Capitán Coral no lo envió inmediatamente a los médicos de la empresa para que fuera asistido clínicamente y se le suministraran las drogas que requiriera el caso, ni tampoco puso a su disposición el auxilio monetario por enfermedad a que se refieren los artículos 227 y 277 del Código Sustantivo del Trabajo, solamente el 30 de abril fue enviado para examen médico al doctor Jaime de la Hoz, quien a su vez lo remitió a reconocimiento por parte del doctor Guillermo Lozano Bautista, pero sin que hasta la fecha se le haya pagado suma alguna por concepto de auxilio de enfermedad. Entre el 3 de marzo y el 30 de abril, tanto Soler Bastidas como su apoderado hicieron gestiones ante la sociedad demandada para que ésta cumpliera sus obligaciones, el 10 de mayo el Capitán Coral le informó al demandante que el abogado de la sociedad debía pagarle las prestaciones adeudadas y que no había sido despedido. El 12 de mayo el doctor Guillermo Lozano Bautista entregó a Soler copia del certificado remitido al doctor Jaime de la Hoz, en el cual concluye que "se considera conveniente que el Capitán Soler ocupe una posición distinta

a-la actual de capitán de Aviación". La sociedad demandada tomó el 16 de abril la decisión de terminar definitivamente el contrato de trabajo con el demandante y está obligada a proporcionarle un empleo compatible con sus aptitudes por encontrarse incapacitado parcialmente para el desempeño de las funciones de piloto y a indemnizarlo por sufrir una enfermedad profesional.

Al contestar la demanda el apoderado de Taxi Aéreo del Caquetá (TACATA) Ltda., aceptó unos hechos y negó otros. Fundamentó su defensa en que el Capitán Pedro Soler Bastidas no fue despedido, sino que abandonó el cargo de piloto de la empresa, razón por la cual ésta no se encuentra obligada a pagarle salarios desde el 1º de marzo, estando obligado el demandante, en cambio, a indemnizarla; que la enfermedad de Soler no es de tipo profesional, y por tener la sociedad demandada un capital inferior a $ 800.000.00, está exonerada de las obligaciones establecidas en el artículo 277 del Código Sustantivo del Trabajo y que al trabajador se le consignó el valor de lo que se le consideraba deber. Agregó que el demandante recibe una indemnización de la Caja de Auxilios y Prestaciones de Acdac (Caxdac) desde el momento en que no se le renovó la licencia por enfermedad, además de que goza de un seguro de $ 130.000 por pérdida de la licencia de piloto, pagaderos a razón de $ 3.600.00 mensuales. Propuso las excepciones de carencia de título y causa para pedir, abuso del derecho e inexistencia de las obligaciones.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el Juez Laboral del Circuito de Villavicencio desató la litis mediante sentencia por la cual condenó a la sociedad demandada a pagar a Pedro Soler Bastidas las siguientes cantidades de dinero: veinticinco mil veintiocho pesos con 92/100 ($ 25.028.92) por concepto de auxilio monetario por enfermedad; diez y seis mil seiscientos ochenta y cinco pesos con 94/100 ($ 16.685.94) por cesantía; catorce mil trescientos dos pesos con 24/100 ($ 14.302.24) por primas de servicio y siete mil ciento cincuenta y un pesos con 12/100 ($ 7.151.12) por vacaciones convencionales, dispuso que de la suma de las partidas anteriores se restara la cantidad de veinte mil pesos ($ 20.000.00) que el demandado consignó y el demandante retiró. Declaró no probadas las excepciones propuestas y absolvió a la parte demandada de los demás cargos que le fueron formulados. No hizo condena en costas.

Ambas partes apelaron. El Tribunal Superior de Villavicencio, Sala Civil Laboral, al decidir la alzada mediante sentencia de seis de agosto de mil novecientos setenta, modificó la condena por prima de servicios, cuya cuantía fijó en cinco mil quinientos pesos ($ 5.500.00) revocó la absolución por indemnización moratoria y en su lugar condenó a la sociedad demandada a pagarle al Capitán Pedro Soler Bastidas la cantidad de doscientos treinta y ocho pesos con 37/100 ($ 238.37) diarios desde el veintiocho de agosto de mil novecientos sesenta y nueve hasta la fecha en que se cancelen las obligaciones laborales impuestas en el fallo, y la confirmó en todo lo demás. No hizo condena por las costas de la instancia.

El recurso de casación fue interpuesto por ambas partes, el que les fue concedido por el Tribunal Superior de Villavicencio y admitido por esta Sala. Posteriormente desistió del recurso el apoderado de Pedro Soler Bastidas. En consecuencia se decidirá el interpuesto por Taxi Aéreo del Caquetá Ltda. previo el estudio de la demanda de casación y la réplica del opositor, presentadas oportunamente.

Alcance de la impugnación

Pretende el recurso que se case parcialmente el fallo de segundo grado, en cuanto a la condena por indemnización moratoria y que en su lugar se absuelva a la parte demandada del pago de dicha indemnización.

Con base en la causal primera formula la siguiente acusación:

"Cargo único

Aplicación indebida del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en armonía con el artículo 53 ibídem, a consecuencia

de la indebida apreciación de una prueba y de la falta de estimación de otras. El error de hecho consistió: a) En no dar por establecido, estándolo, que la empresa demandada procedió de buena fe al consignar en el Banco Popular de Villavicencio y a órdenes del Juzgado Laboral de ese mismo lugar, la suma de $ 20.000.00 que confesó adeudarle al trabajador demandante por concepto de salarios y prestaciones sociales; y b) En dar por establecido, sin estarlo, que el demandado, al efectuar la consignación de la suma que estima deber, tenía conocimiento exacto de la naturaleza de la enfermedad que padecía el demandante (enfermedad profesional o no profesional), y, por tanto, del monto exacto de su deuda por este concepto. La prueba indebidamente apreciada es el comprobante de consignación visible al folio 50 del cuaderno número 1, y las pruebas no apreciadas son los certificados médicos de folios 197 y 198 y 208 del mismo cuaderno".

Al sustentar el cargo transcribe el impugnador las consideraciones del ad-quem para motivar la condena por lucro cesante. Luego dice que el comprobante de consignación se refiere generalmente a prestaciones sociales, salarios y demás derechos del trabajador Pedro Soler Bastidas, sin incluir de modo expreso el auxilio monetario por enfermedad; que los certificados médicos se produjeron dentro del juicio el 18 de febrero de 1970 y el 11 de marzo del mismo año; y que solo en virtud de tales certificados pudo establecerse con claridad la naturaleza de la afección que padeció el demandante y la incapacidad específica para ejercer su profesión de aviador, sin perjuicio de su aptitud para desempeñar en tierra otros oficios, y que, por tanto, en la fecha en que se hizo la consignación, o sea el 18 de junio de 1969, la empresa demandada tenía razonables motivos de duda acerca de este punto.

Refiriéndose al auxilio de cesantía y a la compensación en dinero de vacaciones manifiesta que el patrono, facultado por el artículo 53 del Código Sustantivo del Trabajo para descontar el tiempo de suspensión del contrato, suspensión derivada de una posible enfermedad cuyo alcance exacto ignoraba en el momento de la consignación, hizo un cálculo aproximado que no está distante de la cantidad que fue materia de la condena, que alcanzó a $ 23.837.06 o sea una diferencia de $ 3.837.06 con lo consignado.

Considera arbitraria la apreciación que hace el fallador en el sentido de que la Empresa demandada efectuó la consignación para enervar la acción indemnizatoria a sabiendas de que resultaba manifiestamente insuficiente para cubrir lo que sin lugar a dudas debía al trabajador, pues si el Tribunal hubiese apreciado racionalmente las pruebas mencionadas, habría llegado a la conclusión de que el patrono cumplió cabalmente sus obligaciones para con el trabajador al consignar lo que de buena fe estimaba deberle, mientras la justicia decidía el fondo de la controversia.

Termina el recurrente su acusación transcribiendo apartes del fallo de la Sala de Casación Laboral de ocho de junio de 1966, Alfonso Bernal de Castro contra Bavaria S. A., sobre el plazo prudencial de que goza el patrono para cancelar el valor de prestaciones sociales que se determinan con posterioridad a la terminación del contrato.

Para el opositor no existe el error de hecho por cuanto el fallador, dentro de su soberanía, consideró que el certificado del médico de la empresa y de las de la Aeronáutica Civil, eran prueba suficiente de que la empresa sí tenía conocimiento cierto de que debía un auxilio por enfermedad no profesional. Agrega que para que aparezca el fenómeno de la violación de ley sustancial por apreciación errónea o falta de apreciación de una prueba, debe alegarse por el recurrente cuál fue la norma procedimental de carácter probatorio que violó el fallador de instancia, y que en el cargo que se estudia no se dice cuál fue la norma adjetiva violada que llevó a su vez a la violación de la ley sustantiva.

La Sala considera

Cuanto a la crítica que hace el opositor sobre la formulación del cargo por no haberse indicado como violada la norma pro-

cedimental de carácter probatorio cuya violación condujo a la de la sustancial, esta Corporación, así como el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, ha sostenido reiteradamente que las disposiciones relativas al sistema de la tarifa legal para valorar los elementos de juicio del proceso son ajenos a la técnica valorativa en los juicios del trabajo, donde los jueces dan a las pruebas el valor que estimen adecuado, según los principios científicos que las informan. De ahí que no sea posible legalmente fundar un recurso de casación en las normas del Código Judicial que determinan el valor de los medios de prueba. Por este aspecto el cargo se ajusta a las prescripciones del recurso en materia laboral.

Hecha la observación anterior, se entrará al estudio de la acusación.

En el cargo que se estudia el impugnador señala como no apreciados los certificados médicos de folios 197 y 198 y 208 del cuaderno principal, expedidos por el doctor Rodrigo Gómez Duque, Médico del Trabajo de la sección de Medicina, Seguridad e Higiene en el Trabajo de la División de Inspección del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. El de folio 197 es el dictamen Núm. 051-MT, dirigido al Juez Laboral del Circuito de Villavicencio por el citado médico, en el cual se expresa así:

"Hago referencia a su oficio número 104 de fecha febrero 6 del año en curso, relacionado con el caso médico-laboral del señor Pedro Soler Bastidas. Al respecto me permito manifestarle que de acuerdo con el examen del Especialista en Cardiología, el Capitán Soler padece de una arritmia completa por fibrilo-flutter auricular, entidad esta de carácter común y la cual lo inhabilita para ejercer su profesión habitual. En mi concepto la cardiopatía mencionada anteriormente, le produce al trabajador de la referencia un estado de invalidez permanente parcial para el trabajo que de acuerdo con el ordinal a) del Art. 278 del C. S. del T., le da derecho a una indemnización de diez (10) meses de salario".

Este dictamen fue remitido al Juez por la Secretaría de la Sección, con oficio número 143-MT de 19 de febrero de 1970, que aparece a folios 198.

El certificado que obra a folios 208, de marzo 11 de 1970, Dictamen Núm. 061-MT, dirigido por el Médico del Trabajo al Juez Laboral del Círculo de Medellín dice así:

"Hago referencia a su oficio Nº 040 de marzo 6 del año en curso, relacionado con el dictamen Nº 051-MT y al respecto me permito manifestarle, de acuerdo con lo solicitado, que el señor Capitán Soler, es apto para desempeñar en tierra oficios que no requieran esfuerzos físicos de consideración. En cuanto a las razones médico-legales que se tuvieron en cuenta para valorar con diez (10) meses de indemnización el grado de invalidez, fueron el pronóstico reservado de la cardiopatía, que sufre el trabajador y la pérdida de la profesión del señor Soler, pues esta entidad le impide en forma absoluta el volver a ejercer su profesión de aviador. En lo relacionado con la remisión de la copia autenticada del certificado médico del Especialista en Cardiología, le informo que no es de competencia de este Despacho".

Para efectos de la limitación impuesta al recurso por el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, según el cual el error de hecho será motivo de casación laboral cuando provenga de falta de apreciación o apreciación errónea de un documento auténtico, de una confesión judicial o de una inspección ocular, es necesario estudiar previamente si tales certificados constituyen alguno de dichos medios probatorios.

Esta Corporación, en casación de veintisiete de mayo de mil novecientos sesenta y uno, José Joaquín Laserna Hernández contra la Compañía Cafetera la Vietaria, estudió en forma clara cuáles eran las funciones de los Médicos del Ministerio del Trabajo, cuando intervenían en la solución de asuntos de su competencia, en las diferencias entre patrono y trabajador, resumiendo el análisis en las siguientes conclusiones:

"La Medicina Industrial presta a la autoridad administrativa del Trabajo y a la justicia laboral, una doble colaboración de ca-

rácter técnico, así: una en conciliación ante el Inspector de Trabajo, ya como perito, ora como árbitro, en actuación administrativa; otra ante la justicia laboral, como perito únicamente. a) Función arbitral. De la normación legal que la regula resulta: que la diferencia entre las partes (calificación de incapacidades provenientes de accidente de trabajo o enfermedad profesional) y la persona del árbitro (la Medicina Industrial) son cuestiones reglamentadas por la Ley. El arbitraje no puede versar sobre punto distinto, aun mediando convenio de las partes. Para llegar al arbitraje se requiere: 1. Que los interesados convengan ante el Inspector del Trabajo en someter la diferencia ya anotada al dictamen de la Medicina Industrial; y 2. Que, además, se obliguen a acatarlo. Lo expuesto deja ver la diferencia entre el compromiso propiamente dicho y el que se examina. Aquel versa sobre cuestión jurídica y el de la Medicina Industrial sobre una de orden técnico. En el primero el árbitro lo nombran las partes e igualmente fijan ellas la materia litigiosa, y su decisión está sometida a recurso de homologación. En el segundo la cuestión por definir y la designación del árbitro son hechos del resorte de la ley, y el dictamen, una vez en firme, no está sujeto a ningún recurso. La circunstancia de que los intereses, al pactar el compromiso, se obliguen a aceptarlo, sustrae el dictamen de todo medio de impugnación, ante la sentencia ordinaria. b) El fallo arbitral emanando del compromiso o de la cláusula compromisoria tiene un valor equivalente al pronunciamiento judicial de mérito, produce la cosa juzgada material y si es de condena la acción decidida, su cumplimiento puede exigirse ejecutivamente. El dictamen de la Medicina Industrial no reconoce derechos ni declara obligaciones. Constata hechos de relevancia jurídica y es apto para que con base en él las partes apliquen espontáneamente la norma legal pertinente. En caso de desacuerdo, el juicio jurídico corresponde a la justicia del trabajo, si para ello es requerida. c) El dictamen de la Medicina Industrial en calidad de árbitro debe limitarse a calificar las incapacidades, no tiene facultad para determinar las correspondientes indemnizaciones. La actividad al respecto es fenómeno de aplicación de la ley, excluída de la competencia del árbitro. Por tanto, si como ocurre en la práctica el dictamen gradúa làs indemnizaciones, en este punto, dentro del proceso, no es obligatorio para el Juez. d) El dictamen de la Medicina Industrial es de obligatoria aceptación para las partes y en su caso para el Juez, si emana de la división nacional, sin otro requisito que el de su notificación a los interesados. Tiene el mismo alcance cuando proviene del Médico Seccional o del Médico Legista, una vez resuelto el recurso de reposición y en su caso el de apelación, que le corresponde decidir a la nombrada División, o transcurrido el término legal sin haberse utilizado ninguno de esos dos medios de impugnación. e) Para estimar en juicio el dictamen del árbitro debe llevarse en copia con la constancia de su notificación. Si el concepto emana del Médico Seccional o del Legista la copia debe ser complementada con la de las providencias decisorias de los recursos interpuestos, y si estos no se hicieron valer, con el testimonio de que el dictamen se notificó a las partes y transcurrió el término de que disponen para impugnarlo sin haberse interpuesto recurso alguno. Función pericial. Puede cumplirse ante el Inspector del Trabajo o ante la justicia laboral y versar sobre cualquier punto de la medicina del trabajo, incluso el de calificación de incapacidades por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales. Al respecto cabe hacer estas consideraciones: 1ª Si la pericia se rinde ante el Inspector admite la reposición si proviene de la División Nacional, y reposición y apelación subsidiaria si emana del Médico Seccional o del Legista. No es aquella de obligatoria aceptación para las partes ni para el Juez si se aduce como prueba en juicio. En éste el Juez la aprecia libremente y le da el valor que a bien tenga, según las reglas de la sana crítica. 2ª Si el dictamen se produce en juicio, tampoco es de obligatoria aceptación para los litigantes ni vincula al Juez. Para su estimación se requiere la observancia del mecanismo procesal correspondiente, es decir, de la pericia debe darse traslado a las partes por el término legal para que puedan solicitar que se aclare, explique o amplíe, o formular objeciones contra ella, como lo provienen los artículos 719 y

720 del C. J., aplicables al proceso laboral. Como en el caso anterior, el Juez aprecia el dictamen con libertad y fija el mérito probatorio que ofrezca, según su convencimiento". (Gaceta Judicial número 2240, tomo XCV, páginas 1074 y 1075).

De acuerdo con la jurisprudencia transcrita, si el Médico del Trabajo actúa como árbitro, el fallo o decisión arbitral constará en documento público, formalmente porque es un escrito, y en cuanto a su contenido, por provenir de un funcionario público en ejercicio de sus funciones. Si obra como perito, aun cuando su dictamen conste por escrito y provenga de un funcionario público, éste no actúa como tal, sino como tercero auxiliar de la justicia. En el primer caso, el medio probatorio que contiene la decisión arbitral, como documento público que es, puede originar por su apreciación errónea o falta de apreciación, y de acuerdo con el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, el error de hecho a través del cual se produce la violación indirecta de la norma sustancial. En el segundo evento, cuando el médico oficial actúa como perito, el escrito en donde expone su opinión, es, obviamente, un dictamen, una prueba pericial distinta al medio probatorio denominado documento público.

En el caso en estudio, el concepto del Médico del Trabajo de la Sección de Medicina, Seguridad e Higiene en el Trabajo del Ministerio del ramo, fue solicitado por la parte demandante para que dijera "cuál es el porcentaje de disminución de su capacidad laborativa y cuántos meses del salario equivale la indemnización de dicha incapacidad, según las Tablas de Valuación vigentes". El Juez de primera instancia decretó la práctica de esta prueba.

El médico oficial dio su opinión en el escrito que obra a folios 197. Del dictamen se dio traslado a las partes en audiencia de marzo 6 de 1970 y la demandante pidió su ampliación, la que fue decretada por el Juez y el Médico del Trabajo la produjo en el escrito que obra a folios 208.

De lo anterior surge con claridad que el a-quo le dio al primer concepto emitido por el Médico del Trabajo dentro del juicio, el trámite de la prueba pericial; faltó la posesión del perito, requisito, empero, que no es estrictamente necesario cuando el médico es un funcionario público, como lo ha entendido la jurisprudencia y la práctica judicial. Y al examinar el dictamen en la sentencia, lo estimó como prueba pericial cuando criticó el alcance de las opiniones emitidas y se apartó de algunas de ellas para tomar su decisión.

Se trata en consecuencia, de un dictamen pericial, pues, de otra parte, no se pidió el concepto del médico antes del juicio por ambas partes mediante la intervención del Inspector del Trabajo, ni aquellos se comprometieron a acatar su decisión, requisitos éstos que de acuerdo con la jurisprudencia transcrita, le darían al dictamen carácter de decisión arbitral, caso es el cual el escrito que la contiene se estimaría como documento público.

En el segundo dictamen aparecen más claramente acentuadas las características de prueba pericial, pues se produjo en virtud de la ampliación solicitada por la parte demandante, la que fue ordenada por el Juez de primera instancia.

Constituyendo prueba pericial los certificados médicos que se han examinado, escapan a la revisión de la Corte para establecer si por su falta de apreciación o apreciación errónea, se incurrió por el Tribunal Superior en error de hecho, dada las limitaciones impuestas por el artículo 7º de la Ley 16 de 1969.

Respecto a la consignación de las prestaciones, salarios y demás derechos del demandante, hecha por la sociedad demandada ante el Juzgado Laboral de Villavicencio, dijo el Tribunal:

"Para la Sala la ausencia de buena fe en la Empresa radica principalmente, más que en la diferencia entre lo consignado y lo que se ordenó pagar, con todo y ser de mucha consideración, pues lo depositado ni siquiera llegó a la mitad de lo adeudado, en la conciencia de la empresa de estar haciendo

una consignación que le podría llegar a servir para enervar la acción indemnizatoria, pero a sabiendas de que resultaba manifiestamente insuficiente para cubrir lo que sin lugar a dudas debía al trabajador. Como se ha repetido varias veces, había sido suficiente que la persona demandada hiciera dos o tres operaciones aritméticas, con datos que figuraban en libros llevados por el Contador Juramentado a su servicio para saber exactamente, y momento a momento, su situación respecto al trabajador. Para establecer la cuantía del auxilio monetario por enfermedad no profesional les hubiera bastado aplicar la sencilla regla del Art. 227, para cesantía, multiplicar el sueldo mensual devengado por el tiempo de servicio, y para la compensación en dinero de las vacaciones darle aplicación al Art. 14 del Decreto 2351 de 1965. Excluyendo el monto del valor de la prima de servicio, cuyo reclamo no aparecía muy legal, la suma de los factores antes enunciados resultó casi tres veces superior a la cantidad depositada. Por lo tanto habrá de condenarse a la Empresa "TACATA" a pagar la indemnización moratoria a partir del 27 de agosto de 1969 día hasta el cual estaba la empresa obligada al pago a que se refiere el Art. 227 del C. S. del T.".

Ahora bien: del simple examen del comprobante de consignación no se infiere en forma notoria que el ad-quem la hubiese apreciado erróneamente al no dar por establecido que la sociedad demandada procedió de buena fe al hacer dicha consignación por la suma de $ 20.000.00 que confesó adeudarle, pues para llegar a la conclusión contraria, o sea la existencia de la mala fe, consideró que al patrono le era fácil determinar el valor de las prestaciones adeudadas a través del examen de los libros de contabilidad, deducción, que a más de ser razonable, no ha sido desvirtuada en el recurso. Y no lo ha sido, por cuanto el argumento del impugnador de que Taxi Aéreo del Caquetá Ltda. no conocía el valor exacto de las prestaciones por concepto de enfermedad no profesional, lo fundamenta en la falta de apreciación por el Tribunal Superior de los certificados expedidos por los Médicos Oficiales del Trabajo que, como ya se vio, no constituyen documentos públicos y en consecuencia escapan al análisis de la Corte en vista de las restricciones impuestas al recurso extraordinario por la ya citada norma de la Ley 16 de 1969.

Y al no deducirse el valor de las prestaciones sociales por enfermedad no profesional de lo que el patrono debía al trabajador, queda también en firme la conclusión del Tribunal Superior referente a la desproporción entre la suma depositada, veinte mil pesos ($ 20.000.00), y el valor de las condenas de segunda instancia, por cesantía, vacaciones y auxilio por enfermedad no profesional, que en total sumó $ 48.865.98.

No habiéndose demostrado que el adquem incurrió manifiestamente en los errores de hecho que le atribuye el recurrente, el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TRANSITO DE PROCEDIMIENTOS

El artículo 154 del C. P. L. sobre tránsito de procedimientos, que desarrolla el principio contenido en el 40 de la Ley 153 de 1887, ordena que "los términos no vencidos y los recursos interpuestos se regirán por la ley aplicable al tiempo en que empezó el término o se interpuso el recurso".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., julio trece (13) de mil novecientos setenta y uno (1971).

(Magistrado Ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar).

(Acta número 34).

Juan Buatista Barragán Lemos formuló por conducto de apoderado, demanda contra el Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ICSS) Caja Seccional del Valle del Cauca, entidad autónoma de derecho público con personería jurídica y patrimonio propio distinto de los bienes del Estado e independiente del mismo, representado legalmente por su Director Camilo Rengifo Salcedo, o quien haga sus veces, para que por los trámites de un juicio ordinario de trabajo de mayor cuantía, y con citación y audiencia del Agente del Ministerio Público, fuera condenado, con ocasión y por motivo de haber dado por terminado sin justa causa su contrato de trabajo a lo siguiente:

a) A reintegrarlo en las mismas condiciones de empleo que tenía cuando fue despedido el 1º de mayo de 1966, y

b) A pagarle las sumas de dinero correspondientes a los salarios, primas, beneficios, prestaciones y derechos sociales, incluídos los reajustes de lo pedido, a partir del 1º de mayo de 1966, hasta la fecha de su reintegro efectivo en el cargo de Secretario Administrativo del ICSS, Caja Seccional del Valle del Cauca, excluyendo de los salarios lo que exceda "del monto de la indemnización de que trata el artículo 8º, Nº 4, letra d) y número 5 del Decreto Nº 2351 de 1965".

En subsidio pidió que se condenara a la Entidad demandada a lo siguiente:

1. A pagarle el valor de la indemnización a que tenga derecho de acuerdo a lo establecido en el numeral 5 del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, en armonía con lo dispuesto en el numeral 4, de la misma disposición, "y en lo que a salarios se refiere el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, esto es, el sentido y alcance completos del concepto salarios —salario ordinario, primas, bonificaciones, reajustes, etc.".

2. A decretar y declarar que tiene derecho a que el Instituto le reconozca, liquide y pague la pensión de jubilación proporcional al lapso de diez años, diez meses y cuatro días, en la forma, términos y condiciones de que tratan la Ley 171 de 1961, artículo 8º y demás normas legales reglamentarias y concordantes.

3. A reconocerle indemnización moratoria por falta de pago de los salarios, prestaciones, beneficios, indemnizaciones y derechos sociales que por ley le corresponden, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 65 C.S.T. y Decreto 2351 de 1965.

4. A condenarla ultra o extra petita, a prestaciones, indemnizaciones, beneficios y derechos sociales que se demuestren en el juicio y,

5. A pagarle el valor de las costas.

El apoderado del actor fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

"1º El señor **Juan Bautista Barragán Lemos**, de las notas civiles expuestas al principio de esta demanda, trabajó al servicio del **Instituto Colombiano de Seguros Sociales, Caja Seccional del Valle del Cauca**, desde el día veintisiete (27) de junio del año de mil novecientos cincuenta y cinco (1955) hasta el día treinta (30) de abril del año de mil novecientos sesenta y seis (1966), esto es, por un lapso de diez (10) años, diez (10) meses y cuatro (4) días;

"2º Durante el tiempo en que mi mandante trabajó en y para el ICSS, Caja Seccional del Valle del Cauca, desempeñó los cargos que en forma ascendente relaciono como sigue con sus respectivos períodos:

"a) **Inspector Administrativo**, del 27 de junio de 1955 al 31 de enero de 1956; b) **Coordinador de Servicios Médicos Consultorios Centrales**, del 1º de febrero de 1956 al 15 de enero de 1962; c) Del 16 de agosto al 31 de diciembre de 1961 y por orden de la Caja Seccional del Valle del Cauca del ICSS, hizo un curso de capacitación administrativa sobre dirección y manejo de entidades de seguridad social en el **Instituto Mejicano de Seguros Sociales**, en Ciudad de Méjico, D. F. Méjico; d) **Secretario Administrativo del Departamento Médico**, del 16 al 31 de enero de 1962; e) **Administrador de la Clínica Central**, en Cali, del 1º de febrero al 30 de junio de 1962; f) **Coordinador Administrativo de Consulta Externa**, del 1º de julio de 1962 al 12 de mayo de 1963; g) **Coordinador Administrativo del Departamento Médico**, del 13 de mayo de 1963 al 18 de mayo de 1964; h) **Jefe de la Sección de Inscripciones Patronales del Departamento Administrativo**, del 19 de mayo al 19 de octubre de 1964; i) **Secretario del Departamento Administrativo**, del 20 de octubre de 1964 al 30 de abril de 1966;

3º Por el desempeño del último cargo que el ex-empleado aquí demandante tuvo en el ICSS, es decir, Secretario del Departamento Administrativo de la Caja Seccional del Valle del Cauca, éste le reconocía a aquel un sueldo mensual de dos mil ochocientos ochenta y nueve pesos con setenta centavos ($ 2.889.70), que era el mismo sueldo devengado por mi mandante el citado 30 de abril de 1966;

"4º Durante el período en que el ex-empleado aquí demandante, Juan Barragán Lemos, trabajó al servicio del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, Caja Seccional del Valle del Cauca, se distinguió por la inmejorable calidad de sus servicios como funcionario, el sentido de responsabilidad, sacrificio, colaboración y eficiencia como funcionario, por su idoneidad, según se desprende del texto de diferentes y sucesivos mensajes dirigidos a Barragán Lemos por directivos de la entidad aquí demandada, como los doctores Humberto Raffo Rivera y Angel Rivera Quintana, ex-Directores de la mencionada Caja; y por la Federación de Trabajadores del Valle, documentos que más adelante relaciono y acompaño;

"5º La idoneidad y la benéfica experiencia adquirida en el campo del seguro social colombiano del demandante Juan B. Barragán Lemos, fueron estimulados y premiados por el ICSS, Caja Seccional del Valle del Cauca, mediante los continuos ascensos o promociones de que aquel fue objeto por parte de ésta, desde el cargo de Inspector Administrativo con que empezó en dicha entidad, pasando por los cargos de Coordinador Administrador de Consulta Externa y del Departamento Médico del ICSS, hasta el de Jefe de la Sección de Inscripciones Patronales del Departamento Administrativo y el último de Secretario del Departamento Administrativo, como también con una beca de perfeccionamiento en seguridad social en el Instituto Mejicano del Seguro Social;

"6º Mediante oficio Nº DSV-640, con fecha 30 de abril de 1966, el señor doctor Camilo Rengifo Salcedo, en su calidad de Director del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, Caja Seccional del Valle del Cauca co-

municó al señor don Juan Barragán L., mi mandante, quien a la sazón desempeñaba el cargo de Secretario Administrativo de esa entidad, la determinación de prescindir de sus servicios a la Caja, sin invocar causa legal alguna de despido, manifestando meramente el "objeto de facilitar el camino para llegar a metas que me he propuesto".

"7º El despido injusto de mi mandante en la forma que acabo de expresar, ha tronchado la meritoria carrera que en el campo de la seguridad social había hecho el mismo por más de diez (10) años en el ICSS de Cundinamarca y del Valle del Cauca, con perjuicios de consideración para el Seguro social colombiano y para el patrimonio profesional, y personal del ex-empleado aquí demandante, don Juan B. Barragán Lemos.

"8º El reintegro del señor Barragán Lemos al último cargo que desempeñó en el ICSS no solo es procedente sino justo y legal, y una reparación moral para el mismo y una recuperación para la Caja de las experiencias valiosas y de las magníficas cualidades de funcionario competente y leal de que es poseedor mi nombrado poderdante;

"9º Mi mandante Barragán L., es acreedor al reconocimiento y pago de las sumas de dinero correspondientes a los salarios, primas, beneficios, prestaciones y derechos sociales, incluídos los reajustes de salarios, primas y demás prestaciones sociales que habría recibido del ICSS de no haber sido despedido sin justa causa, contadas dichas prestaciones legales desde el primero (1º) de mayo de 1966 hasta la fecha de su reintegro efectivo en el cargo de Secretario del Departamento Administrativo de la Caja Seccional del ICSS en el Valle del Cauca y que Juan Barragán L. ha dejado de percibir a partir de esa fecha todo ello de conformidad con lo expresamente preceptuado por el artículo 8º Nº 4 letra d), y Nº 5 del Decreto 2351 de 1965 y, en cuanto a salarios se refiere, en lo que exceda del monto de la indemnización de que tratan las normas citadas en este hecho;

"10. En subsidio de la petición de reintegro, mi mandante tiene derecho al pago de la indemnización contemplada en el artículo 8º, Nº 5, en armonía con el Nº 4, letra d) del Decreto Nº 2351 de 1965, comprendiéndose en salarios el sentido y alcance de que habla el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo y normas suplementarias y complementarias - ordinario o básico, primas, bonificaciones, etc.

"11. En subsidio de la petición de reintegro, mi poderdante tiene derecho al reconocimiento, liquidación y declaración de la pensión de jubilación proporcional al lapso de 10 años, 10 meses y 4 días, en que estuvo trabajando al servicio de la entidad aquí demandada, en la forma, proporción y condiciones estatuídas en la Ley 171 de 1961, artículo 8º y demás normas legales reglamentarias y concordantes.

"12. El demandante Juan B. Barragán Lemos no fue oído directamente por su ex patrono aquí demandado antes de aplicársele tan drástica como injusta sanción del despido sin justa causa, como lo manda expresamente el artículo 6º del Decreto 1373 de 26 de mayo de 1966; de manera que este hecho no produce ningún efecto legal, el despido sin justa causa, por violación del trámite legal contemplado en dicha norma, sino la condigna sanción de indemnizarlo a razón de un día de salario por cada día de retardo en el pago de los salarios, prestaciones, beneficios e indemnizaciones aquí recabados, de conformidad con el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo;

"13. Juan B. Barragán L., es igualmente acreedor al reconocimiento, liquidación y pago de salarios, prestaciones, beneficios, indemnizaciones y derechos sociales mayores y/o distintos de los aquí impetrados, conforme al artículo 50 del Código de Procedimiento del Trabajo.

"14. Por ser mi mandante Juan B. Barragán Lemos demandante de una entidad autónoma de derecho público con personería jurídica y patrimonio propios distintos de los bienes del Estado e independiente del mismo, como es el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, Caja Seccional del Valle del Cauca, representada por su Director, quien actualmente es el señor doctor Camilo

Rengifo Salcedo, mayor y de este vecindario, o quien haga sus veces, aquel, mi poderdante, dio cumplimiento al agotamiento previo de la vía gubernativa o interna, de conformidad con lo ordenado por el artículo 6º del Decreto 2158 de 1948 o Código del Procedimiento del Trabajo, mediante reclamación prejudicial ante la entidad aquí demandada con fecha de 28 de enero de 1967, presentada con fecha 30 de enero de este mismo año.

"15. El Instituto Colombiano de Seguros Sociales, Caja Seccional del Valle del Cauca, no dio respuesta de ninguna clase a la demanda prejudicial o interna o administrativa presentada por mi mandante, por medio de apoderado, dentro del plazo indicado en el Decreto número 2733 de 1959, sobre procedimientos administrativos, por lo cual se ha producido el llamado silencio de la administración, equivalente a una negativa a las peticiones formuladas a dicha entidad.

"16. Es procedente judicialmente esta demanda, por estar agotado el trámite administrativo previo de rigor, para lo cual el señor Juan B. Barragán Lemos me ha otorgado poder bastante y suficiente".

Como normas legales aplicables se citaron los artículos 6, 50, 25 y concordantes del Código del Procedimiento Laboral, la Ley 90 de 1946 y disposiciones complementarias y concordantes, los artículos 7º y 8º del Decreto 2351 de 1965, el 6º y concordantes del Decreto 1373 de 1966, Decreto 2733 de 1959, la Ley 171 de 1961, artículo 8º, los artículos 22, 23, 64, 65 y concordantes del CST, el Decreto 528 de 1964 y el artículo 17 de la Constitución Nacional.

Admitida la demanda solo fue contestada por el apoderado que constituyó el Instituto demandado, pues el Personero Municipal se limitó a proponer la excepción dilatoria de inepta demanda.

En el escrito respectivo la Entidad demandada refiriéndose a los hechos, aceptó el 1º, 2º, 6º, 14 y 15, respecto al 5º dijo ser verdad que el actor ocupó diversos cargos en aquella y que fue becado para adelantar estudios en el Instituto Mejicano de Seguro Social. Negó el noveno y el décimo y sobre los demás, manifestó que no tenían la calidad de tales, sino que eran apreciaciones del demandante.

En la contestación de que se da cuenta, expuso además las razones de la defensa que se sintetizan en la afirmación de que los distintos cargos que ocupó Barragán Lemos no indican el normal escalamiento de posiciones, sino la necesidad del Instituto de ubicarlo en una posición para la cual fuera en realidad apto. Y que la ruptura del contrato obedeció a necesidades técnicas, ya que el demandante no se adaptó a la nueva organización administrativa implantada por el Director Camilo Rengifo Salcedo.

Tramitado el juicio, el Juzgado 3º Municipal del Trabajo de Cali que conoció del mismo, le puso fin a la primera instancia en sentencia de 13 de septiembre de 1968 en la cual resolvió:

"Primero. Condénase al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, Caja Seccional del Valle del Cauca, representada por el doctor Camilo Rengifo Salcedo, quien se identifica con la cédula de ciudadanía número 2726627 de Buga, o por quien haga sus veces, a pagar al señor Juan Bautista Barragán Lemos, portador de la C. de C. Nº 2422661 de Cali, la suma de cincuenta y ocho mil doscientos setenta y cinco pesos con sesenta centavos m/cte. ($ 58.275.60), dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de esta providencia y conforme a la siguiente discriminación:

"Por concepto de lucro cesante ....$	58.275.60
Menos suma recibida por el trabajador	32.782.02
	$ 25.493.50 (sic)

"Segundo. De acuerdo a la discriminación anterior, la suma liquidada a pagar al trabajador es de: Veinticinco mil cuatrocien-

tos noventa y tres pesos con cincuenta (sic) centavos ($ 25.493.50 - sic) moneda corriente.

"Tercero. Ordénase el reintegro del trabajador señor Juan Barragán Lemos, de condiciones civiles ya dichas, a la Entidad demandada.

"Cuarto. Sin costas".

Contra el fallo anterior interpuso recurso de apelación el apoderado de la demandada, y el Tribunal Superior de Cali, una vez agotado el procedimiento de la segunda instancia, profirió sentencia el 5 de julio de 1969, mediante la cual revocó la del inferior y absolvió al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, Caja Seccional del Valle del Cauca, de los cargos que le fueron formulados en el libelo.

La parte demandante, interpuso contra la anterior resolución recurso extraordinario de casación, según escrito presentado el 11 de julio de 1969.

El Tribunal antes de concederlo y en atención a que existía duda sobre la cuantía del interés para recurrir ordenó estimarlo pericialmente y el experto sorteado al efecto doctor Efraín Lezama Ramírez, en concepto debidamente razonado lo justipreció en la cantidad de $ 77.508.20 (folios 37 y 38, cuaderno Nº 2).

Con fundamento en el experticio, del cual se dio traslado a las partes y posteriormente se aprobó, el ad-quem concedió el recurso y subidos los autos a la Corte, Sala Laboral fue admitido por ésta.

La acusación

En tiempo, sustentó el apoderado del demandante el recurso de casación y el Instituto opositor, presentó escrito de réplica.

El recurrente según lo expresa en el petitum de su demanda, aspira "a que la sentencia impugnada se case totalmente" y como consecuencia que la Corte, Sala Laboral, en función de instancia, haga la condena relacionada con el pago del salario integral dejado de percibir por Barragán Lemos desde el 1º de mayo de 1966, fecha de su despido injustificado, hasta el 5 de enero de 1968, día en que fue vinculado nuevamente al Instituto. Agrega en relación con el reintegro que aunque voluntariamente la Entidad decidió reincorporar a su mandante, para el servicio de un empleo mejor remunerado que el que desempeñaba cuando fue despedido sin justa causa, debe ordenarse la reincorporación para el cargo que tenía en el momento de su primera desvinculación, buscando las mismas condiciones de empleo a que alude el artículo 8º numeral 5 del Decreto 2351 de 1965 "lo que determina que el alcance de la impugnación lo haga extensivo a él".

Fijado el alcance de la demanda, señala el censor como causal para pedir la infirmación del fallo, la contenida en el numeral 1º del artículo 60 del Decreto 528 de 1964, cuyo inciso segundo se halla modificado por el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, y formula dos cargos que pasan a examinarse.

Primer cargo

Lo enuncia el acusador en la siguiente forma:

"El ad-quem violó indirectamente, debido a su no aplicación, a través de error de hecho el parágrafo del literal b) del artículo 7º y el numeral 5 del artículo 8º del Decreto Legislativo número 2351 de 1965, adoptado como Ley por el artículo 3º de la Ley 48 de 1968, y el artículo 21 del C. S. T. Consecuencialmente violó por aplicación indebida, el ordinal d) del numeral 4, del artículo 8º del referido Decreto 2351 de 1968 sic (Art. 3º Ley 48 de 1968), en relación con los artículos 604, 606, 607 —inciso 2º— y 632 del C. J. y 145 del C. P. T.".

Luego de formular el ataque en los términos anteriores, dice el censor que el error de hecho en que incurrió el Tribunal consistió en haber tenido como demostrado, estándolo, que el despido de Barragán fue sin justa causa; ni aceptar que fue un trabajador consagrado y capacitado que por lo mismo no actuó deficientemente; que tenía una trayectoria de más de diez años conti-

nuos en la entidad empleadora; que su reintegro al ICSS no era inconveniente y que al contrario, él había considerado aconsejable reincorporarlo.

Para el recurrente este error provino de la falta de apreciación de varios documentos auténticos y de una confesión judicial y aparece de manifiesto en los autos.

Los documentos auténticos que según el atacante no fueron estimados por el Tribunal son: a) La comunicación de despido (Folio 19); b) Los oficios que corren a folios 1, 6, 9 y 93 del cuaderno número 1; c) La constancia de la página 21 del mismo cuaderno del Jefe de Personal del ICSS en el Valle del Cauca; d) La constancia del mismo funcionario que figura al Fl. 59, y e) Los documentos visibles a los folios 86 a 92.

La confesión judicial a que se refiere el atacante como no tenida en cuenta, es según él, la contestación de la demanda, que aparece a folios 44 a 49 del cuaderno número 1 del siguiente tenor:

"Es apenas lógico que si el señor Barragán hubiera incurrido en faltas configurativas de las causales justas de despido, hubieran sido éstas las que hubiese alegado la Institución para retirarlo de su servicio pero ante la imposibilidad de constituir y comprobar algunas de esas causales, la Institución se vio obligada a despedir al señor Barragán mediante el recurso legal de que se ha hablado antes y pagándole la indemnización a que por esta circunstancia había lugar".

En seguida, transcribe el recurrente un pasaje de la sentencia del ad-quem, y dice que ella se resiente por no guardar adecuación con el caso sub-judice.

Agrega que comprobado plenamente por medio de las pruebas no estimadas por el Tribunal que el despido no tuvo justa causa, que el afectado con él fue un trabajador bastante dedicado y eficiente, con más de diez años continuos de servicio y que para su reintegro no existían circunstancias de incompatibilidad, en atención a que el Instituto voluntariamente lo volvió a llamar a su servicio, para el desempeño de un cargo de responsabilidad y mejor retribución del anterior, lo procedente era ordenar su reintegro y el pago de los salarios dejados de percibir, como lo establece la primera parte del numeral 5 del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, puesto que se encuentran reunidos sus presupuestos y, además porque el parágrafo del literal b) del artículo 7º ibídem, prohibe que después de la terminación unilateral del contrato de trabajo se aleguen válidamente causales distintas a las manifestadas en el momento de la extinción.

En consecuencia, expresa, al dejar de aplicar el Tribunal las disposiciones sustanciales citadas, siendo pertinente hacerlo las transgredió en la forma anotada al formular el cargo con violación también de los artículos 604, 605, 607 —inciso 2º— y 632 del C. J., sobre los cuales hace el recurrente un corto análisis.

Observa igualmente el acusador, que el quebrantamiento de las normas primeramente citadas, por su no aplicación, trajo como corolario la indebida aplicación del ordinal d) numeral 4 del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 que tasa la indemnización a que da lugar el despido injusto de los trabajadores con más de diez años continuos de servicio, porque en presencia de una situación como la del actor, lo legal y jurídico era aplicar en su integridad la norma más favorable al trabajador, esto es, el numeral 5 del artículo 8º ibídem, ya que esta disposición comprende el reintegro y el pago de los salarios dejados de percibir, de conformidad con el artículo 21 del C. S. T.

Finalmente, el atacante dice que más de diez años de servicios continuos en una misma entidad, hacen presumir la idoneidad necesaria del trabajador cuestión ésta que la empleadora misma en este caso se encargó de confirmar al reincorporarlo de nuevo a su servicio, y que es acertada la conclusión del a-quo, cuando expreso; "...ciertamente la incompatibilidad no surgió entre entidad demandada y trabajador, sino entre Director de la Entidad demandada y trabajador, salvando las circunstancias que hubieren causado dicha incompatibilidad".

El opositor después de hacer algunas críticas sobre el denominado alcance de la impugnación, se refiere a este cargo, para manifestar que él resulta como el siguiente, baldío, y que si la Corte asumiera el carácter de Tribunal de instancia, tendría que confirmar la sentencia acusada por iguales razones o por otras determinantes de la misma conclusión.

Dice que en relación con las probanzas señaladas como no estimadas por el Tribunal, algunas de ellas no tienen incidencia sobre el fondo mismo de la cuestión sub-judice y otras si fueron apreciadas por el fallador y se refiere a cada una de ellas, de la siguiente manera:

a) La del folio 19 o sea la nota de 30 de abril de 1966, por medio de la cual se comunicó al actor la terminación del contrato de trabajo, si fue tenida en cuenta por el adquem y en la sentencia acusada se transcriben algunos de sus términos. Por lo demás, agrega, nadie ha discutido la existencia de esa comunicación, pero tampoco se ha negado que el Instituto dio cabal cumplimiento a lo preceptuado por el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, pues se cubrió al ex-trabajador la indemnización señalada por dicho precepto legal.

b) Los oficios de los folios 1, 6 y 9 en los que antiguos Directores del ICSS del Valle del Cauca reconocen la eficiente y magnífica labor desarrollada por Barragán Lemos, se refieren a épocas muy anteriores a la que vivió el Instituto bajo la dirección del doctor Camilo Rengifo Salcedo y no demuestran, en consecuencia, que también lo hubieran sido en períodos posterior y en el desempeño de funciones muy distintas.

Respecto a la documental del folio 93, fue llevada irregularmente al juicio y no tiene el carácter de prueba por no haber sido pedida ni decretada por ninguno de los juzgadores de instancia.

Además, dice, estos elementos no hacen relación alguna a la causa invocada en la carta de despido dirigida al demandante.

c) La constancia que aparece al folio 21 del Jefe del Departamento de Personal del ICSS, Valle del Cauca, solo sirve para demostrar dos cosas: la sorprendente frecuencia con que el señor Barragán cambiaba de cargos y que no siempre estuvo sirviendo al Instituto ya que durante un tiempo —del 16 de agosto de 1961 al 31 de diciembre del mismo año— estuvo en Méjico a donde fue enviado para seguir un curso sobre capacitación administrativa en relación con la dirección y manejo de Entidades de seguridad social.

Para el replicante no es lo mismo estar cursando estudios en el exterior, que prestando servicios al frente de determinadas funciones, en presencia de lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, que se refiere al trabajador "que hubiere cumplido diez (10) años continuos de servicios".

Sin embargo, el opositor dando por sentado, para los fines que analiza que es lo mismo estar estudiando en Méjico que trabajando en Cali, repite que la indemnización le fue cubierta a Barragán por el Instituto.

d) Sobre la constancia del Secretario de la Oficina de Personal del ICSS, del folio 59, manifiesta que sí fue apreciada por el Tribunal cuando habla de que el Instituto prescindió de los servicios del demandante "previo el pago de la indemnización ordenada por la Ley" y que además, sobre la validez de este elemento probatorio no ha existido discusión alguna entre las partes.

e) En relación con los documentos de los folios 86 a 92, relacionados con la reincorporación del demandante a la Caja Seccional del Valle del Cauca, con el contrato de trabajo en la nueva posición, con las múltiples y delicadas funciones de la misma y con el Boletín de Novedades número 068 del 11 de enero de 1968, expresa que no constituyen pruebas en el informativo, pues ni fueron pedidas ni decretadas como tales en aquel, no siendo entonces fundamentada la censura que se hace al Tribunal en este punto.

Sobre la confesión judicial que dice el recurrente se dejó de estimar por el ad-quem, replica el opositor destacando dos cosas que a raíz del despido al ex-empleado se le cubrió la indemnización señalada por el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, que recibió sin protesta ni objeción, ya que, solo vino a promover la demanda el día 7 de junio de 1967, es decir, más de un año después de que el ICSS terminó unilateralmente el contrato, y que, teóricamente Barragán hubiera podido accionar contra su despido y optar por el reintegro, pero antes de decidirse a aceptar la indemnización.

En las anteriores circunstancias agrega, no se dio el caso de falta de apreciación de documentos auténticos o confesión judicial a que se refiere el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, y en consecuencia no puede sostenerse que se incurrió por el fallador de segundo grado en los errores de hecho pretendidos por el recurrente, y por tanto, tampoco se ha registrado la infracción del numeral 5 del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, eje de la controversia, ni la de las otras disposiciones indicadas en el cargo.

Se considera

El artículo 154 del C. P. L., sobre tránsito de procedimientos, que desarrolla el principio contenido en el 40 de la Ley 153 de 1887, ordena que "los términos no vencidos y los recursos interpuestos se regirán por la ley aplicable al tiempo en que empezó el término o se interpuso el recurso" (subrayó la Sala).

En el sub-lite, según aparece al folio 16 del cuaderno tres el recurso extraordinario de casación, fue interpuesto por el apoderado del actor, contra la sentencia de segunda instancia, el 11 de julio de 1969, según constancia secretarial.

Esta circunstancia indica de por sí en el caso de autos que la ley aplicable y por la cual se rigen el trámite y la sustanciación del presente recurso es la 16 de 1968, que solamente admite el error de hecho en la casación laboral, por la no apreciación de "documento auténtico", según su artículo 23, que desde luego, agrega la Sala, debe tener la calidad de prueba, por haberse decretado como tal, ya a petición de parte o de oficio.

De lo anterior se desprenden dos conclusiones que se concretan así: a) la falta de estimación de la confesión judicial, alegada por el recurrente, no es causa de error evidente de hecho, pues esta prueba no está incluída para tales efectos en el artículo 23 de la Ley 16 de 1968 y solo aparece establecida posteriormente en el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, no aplicable al presente asunto; b) Las documentales que obran a los folios 86 a 93 del cuaderno número 1, no tienen el carácter de medios probatorios, ya que se agregaron al expediente, fuera de audiencia por el apoderado del actor con el exclusivo fin de que constaran en "el informativo del referido juicio" (folio 85). No fueron decretadas como pruebas ni de oficio, ni a solicitud de parte y por tanto, se repite, no puede fundarse sobre ellas y por su desestimación el error pretendido.

Aclarado este punto, el error imputado al Tribunal por el recurrente solo descansaría en la falta de apreciación por parte de aquel de los documentos que obran a los folios 19, 1, 6, 9, 21 y 59 del cuaderno principal, y entonces debe analizarse el fallo acusado, para poder determinar si ellos fueron apreciados o no por el ad-quem.

Encuentra la Sala que el documento del folio 19, contentivo del aviso que dio el Instituto a Barragán Lemos sobre terminación del contrato de trabajo, fue expresamente mencionado por el Tribunal en su sentencia.

Dijo el ad-quem:

"El día 30 de abril de 1966 (Fls. 19) se le comunicó al actor la terminación del contrato de trabajo, lo cual se hizo "con el objeto de facilitar el camino para llegar a metas" que se había propuesto la nueva dirección de la Entidad. Y en otra parte agrega:

"El ICSS al dar por terminado el contrato de trabajo lo hizo en consideración a la reorganización de orden técnico, para lo cual necesitaba personal debidamente pre-

parado para los fines que se proponía y en esta consideración prescindió de los servicios del actor, previo el pago de la indemnización ordenada por la ley... (se subraya).

Estos dos pasajes de la sentencia indican que el Tribunal sí estimó el documento del folio 19, pero además demuestran que aunque no lo citó, tuvo en cuenta el del folio 59, ya que éste contiene la constancia de haber pagado la demandada a Barragán, la suma de $ 32.782.02 por concepto de "indemnización Art. 8º Decreto 2351".

En cuanto a la constancia del folio 21, que no es otra cosa que el certificado de trabajo que debe expedirse a la terminación del contrato, a solicitud del trabajador también es claro que lo estimó el sentenciador, aunque sin individualizarlo cuando expresó:

"En el juicio se encuentra plenamente acreditada la existencia del contrato de trabajo, su duración, sueldo devengado por el actor y los diferentes cargos que ocupó en la Entidad demandada" (Se subraya).

La certificación expedida como constancia y que obra al folio 21, contiene la enumeración de los diversos cargos servidos por el señor Barragán Lemos, con indicación de los lapsos durante los cuales los ocupó, luego necesariamente debe concluirse en que este aparte de la sentencia tuvo como fundamento, tal escrito.

En cuanto a la cartas que obran a los folios 1, 6 y 9 del cuaderno número 1, y que contienen elogios para el demandante respecto a la prestación de sus servicios, no determinan de modo necesario las características que deben tenerse en cuenta para el reintegro, y además, porque el Tribunal para revocar la sentencia del a-quo y absolver al actor de los cargos de la demanda, tomó en consideración solamente que a la terminación del contrato hecha en forma unilateral y sin justa causa por el ICSS, éste había pagado al ex-trabajador la indemnización consagrada en el ordinal d) del numeral 4 del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965.

Este último fundamento del fallo lo ataca el recurrente diciendo que ha debido aplicarse lo dispuesto en el numeral 5 del artículo y Decreto citados, de acuerdo a lo que preceptúa el artículo 21 del C. S. T., por ser aquella disposición más favorable al trabajador.

Ocurre sin embargo, que lo afirmado por el censor no puede provenir tan solo de una cuestión de hecho, sino que la decisión del punto ha de ser también fruto de la interpretación que se dé a la norma.

En el cargo que se estudia, lo dicho por el acusador al respecto, es una opinión del mismo, sobre la cual no puede fundamentarse el error alegado.

Teniendo en cuenta que las pruebas que obran a los folios 19, 21 y 59 sí fueron apreciadas por el sentenciador y las que aparecen a los folios 1, 6, y 9 no determinan necesariamente las características que deben tenerse en cuenta para el reintegro, por sí solas, el error evidente alegado, no se ha demostrado y por tanto el cargo se desestima.

Segundo cargo

Está formulado así:

"Violación indirecta, a través de error de hecho, por aplicación indebida, del ordinal d) del numeral 4 del artículo 8º del Decreto Legislativo número 2351 de 1965, adoptado como ley por el artículo 3º de la Ley 48 de 1968. Consecuencialmente por falta de aplicación del parágrafo del literal b) del artículo 7º y el numeral 5 del artículo 8º del citado Decreto 2351 de 1965 (Art. 3º de la Ley 48 de 1968) y el artículo 21 del C. S. T., en relación con los artículos 604, 606, 607 —inciso 2º— y 632 del C. J. y 145 del C. P. T.".

Para el acusador el error de hecho radica en haber dado como probado el Tribunal sin estarlo, que el demandante prestó en el ICSS un trabajo deficiente y que careció de la capacidad indispensable para conti-

nuar al servicio del mismo, en una época en que hacía unas reorganizaciones en el funcionamiento de esa dependencia oficial y, además en que el reintegro del mismo no era conveniente, aconsejable o compatible con las circunstancias creadas por el despido.

Para demostrar el error el casacionista se remite a las pruebas que para él no fueron apreciadas y que singularizó en el cargo anterior, que dice se abstiene de enumerar "en homenaje a la brevedad", y finaliza expresando la manera como considera que se violaron las normas sustanciales a que hizo referencia.

El opositor hace una crítica de carácter técnico a la formulación del ataque y pide se rechace por aspectos de forma y de fondo.

Se observa

Considera el recurrente que por el solo hecho de calificar este cargo como subsidiario del anterior, tal calificación lo releva de singularizar las pruebas que según él dejó de apreciar el Tribunal para remitirse simplemente a lo dicho al respecto en el ataque anterior.

La Sala interpretando el artículo 63 del Decreto 528 de 1964, que modificó en parte, el 90 del C. S. T., ha dicho y lo ha enseñado, en forma permanente que es formalidad de la demanda, cuando se escoge la vía indirecta, o sea la violación de la ley a través de errores de hecho, que el acusador singularice en el cargo la prueba dejada de apreciar o estimada equivocadamente por el fallador, que dé lugar a tal error.

Este requisito pertenece a la técnica del recurso extraordinario, de por sí formalista, y por tanto, el ataque que a aquella no se ciña deberá rechazarse.

Pero en todo caso, el examen que se hizo en el cargo anterior, sobre las pruebas a que se remite el acusador, demuestra que también carece de fundamento este ataque, subsidiario al que, en consecuencia, se desestima.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de fecha 5 de julio de 1969, proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio que adelantó Juan Bautista Barragán Lemos contra el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, Caja Seccional del Valle del Cauca.

Costas a cargo del recurrente.

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

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

HOMOLOGACION

La Corte, por providencia de 15 de julio de 1971, DECLARA INEXEQUIBLE el numeral noveno de la parte resolutiva del laudo arbitral proferido el 13 de abril de 1971, por el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir el conflicto colectivo laboral entre la Flota Mercante Grancolombiana S. A. y la Asociación Nacional de Empleados de la Flota Mercante Grancolombiana S. A. — HOMOLOGA en lo restante el mencionado laudo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, julio quince de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

(Acta número 36).

La presente providencia se dicta para resolver el recurso de homologación interpuesto por el apoderado de la Flota Mercante Grancolombiana S. A., contra el laudo arbitral de trece (13) de abril de mil novecientos setenta y uno (1971), proferido por el Tribunal de Arbitramento convocado por Resolución número 0068 de diez y ocho (18) de enero de mil novecientos setenta y uno (1971), emanada del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, para dirimir el conflicto colectivo surgido entre la entidad recurrente y la Asociación Nacional de Empleados de la Flota Mercante Grancolombiana.

Antecedentes

Como consecuencia de denuncia del fallo arbitral vigente entre las partes, presentada el 18 de mayo de 1970, y de la aprobación dada el 3 de junio del mismo año, por la Asamblea General de la Asociación Nacional de Empleados de la Flota Mercante Grancolombiana, esta entidad presentó el 3 de julio de 1970, a la Flota Mercante Grancolombiana S. A., un pliego de peticiones.

Las conversaciones de arreglo directo se iniciaron el día 13 de julio de 1970 y se prolongaron hasta el 26 de noviembre del mismo año, cuando se llegó a un arreglo parcial, que registra el acta número 36 de la indicada fecha. Los puntos sobre los cuales no hubo acuerdo, fueron sometidos a conciliadores nombrados por las partes, quienes en 14 de diciembre de 1970 produjeron fórmulas que sometieron a la empresa y a la asociación, pero que no fueron acogidas por la Flota.

Por Resolución número 0068 de 18 de enero de 1971, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social convocó al Tribunal de arbitramento respectivo. En Resolución número 0171 de 2 de febrero del mismo año, el Ministerio integró el tribunal con los árbitros doctores José María Bustos, nombrado por la empresa, y Belisario Betancur Cuartas, designado por el Sindicato; como ellos no lograran acuerdo en la designación de árbitro tercero, fue nombrado por el Ministerio en Resolución número 0268 de 15 de febrero de 1971, el doctor Jorge Vélez García.

Por Resolución número 0329 de 22 de febrero de 1971, el Ministerio aceptó la renuncia del árbitro de la empresa y aprobó la designación hecha por la Flota en la per-

sona del doctor Fernando Hinestrosa Forero, por Resolución número 0359 de 23 de febrero del mismo año, aceptó la renuncia del árbitro tercero, y finalmente por la número 0405 de 26 del mismo mes, aprobó la designación de árbitro tercero hecha por los otros dos, en la persona del doctor Germán Escobar Ballestas.

El Tribunal de Arbitramento profirió el laudo correspondiente el día 13 de abril de 1971, y en él resolvió todos los puntos del pliego de peticiones acerca de los cuales no hubo acuerdo en la etapa de arreglo directo. Contra dicha providencia interpuso el 15 del mismo mes, recurso de homologación el apoderado de la Flota Mercante Grancolombiana S. A.

El recurso

En el escrito sustentatorio se presenta el alcance, así:

"Se pretende con este recurso que sea declarado inexequible el artículo noveno de la parte resolutiva del laudo que profirió el Tribunal de Arbitramento Obligatorio, convocado por Resolución número 0068 del 18 de enero de 1971, emanada del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, para dirimir el conflicto colectivo laboral existente entre la **Flota Mercante Grancolombiana y la Asociación Nacional de Empleados de la Flota Mercante Grancolombiana "ANEGRAN"**, por cuanto los Arbitros excedieron el límite que a sus poderes impone la parte final del artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo".

El recurrente transcribe la petición relativa a descongelación de cesantías y la decisión del tribunal sobre el mencionado punto; recuerda lo dispuesto por los artículos 1º y 6º del Decreto 118 de 1957; repite una comunicación que sobre la materia dirigió el 31 de julio de dicho año, el Secretario General de la Flota, y también lo resuelto al respecto por la Junta Directiva de la entidad; justifica las determinaciones de la empresa por razón de los artículos 6º del Decreto 118 de 1957 y 17 del Decreto 2351 de 1965; advierte que los derechos consagrados por tales normas en favor de los patronos, no pueden ser desconocidos por los árbitros sin violar el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo; y termina transcribiendo algunas decisiones jurisprudenciales.

La oposición

El apoderado de la Asociación solicita que se homologue en todas sus partes la sentencia arbitral que es materia del recurso, y presenta los siguientes argumentos: que el artículo 143 del Código de Procedimiento Laboral se refiere a la extralimitación del objeto para el cual se convocó el tribunal, y que el laudo no sobrepasó tal objeto; que lo decidido sobre descongelación de cesantías corresponde a lo pedido en el pliego sobre dicha materia; que en el laudo se presenta como parte motiva una serie de consideraciones económicas, contra lo que pretende el recurrente cuando indica que hubo violación de derechos; que en fallo de homologación anterior y relativo a la materia, se anuló una recomendación sobre descongelación de cesantías por ser propio del laudo ordenar y no recomendar; y que las normas laborales consagran un mínimo de derechos y garantías en favor de los trabajadores, que por medio de convenciones y laudos pueden superarse.

El opositor se extiende en consideraciones sobre el objeto de la contratación colectiva y sobre el efecto que ella tiene en relación con el salario mínimo y con otros derechos consagrados por las disposiciones laborales.

Se considera

La Corte es competente para conocer del presente recurso de homologación, porque se trata de un laudo dictado para resolver un conflicto surgido en una empresa de servicio público. (Artículo 1º del Decreto 753 de 1956 y 143 del Código Procesal del Trabajo).

El trámite del conflicto fue correcto, la constitución del tribunal de acuerdo con la ley, y el fallo dictado dentro de término de prórroga concedido por las partes.

El único punto atacado en el recurso de homologación es el artículo noveno de la parte resolutiva del laudo, que corresponde a la petición 16 del pliego presentado por la Asociación.

El punto 16 del pliego de peticiones dice:

"Descongelación de cesantías: La Empresa procederá a descongelar las cesantías del personal que aún no se ha beneficiado con esa determinación. Dispondrá para tal efecto de las reservas que el Tribunal de Arbitramento recomendó apropiar de común acuerdo con el Laudo Arbitral proferido el 5 de junio de 1964, y se comprometerá a no congelarlas ni a modificar su forma de liquidación en el futuro, aun en el supuesto caso de que una nueva ley así lo disponga".

Este punto no fue resuelto dentro de la etapa de arreglo directo, según aparece del acta número 36, folio 48 del fólder número 2. Por lo tanto, fue estudiado por los conciliadores, y al no ser aceptadas las fórmulas por ellos propuestas, pasó dicho punto a conocimiento del tribunal de arbitramento.

El numeral noveno de la parte resolutiva del fallo arbitral dice:

"La liquidación de cesantía de la totalidad del personal afiliado a "Anegrán" se hará prescindiendo de la congelación de que trata el Decreto 118 de 1957".

Luego la materia relativa a la decisión atacada, o sea, la descongelación de cesantías, es objeto propio del laudo.

La Corte debe verificar la regularidad del mismo, para lo cual debe tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo, que dice:

"Decisión. Los árbitros deben decidir sobre los puntos respecto de los cuales no se haya producido acuerdo entre las partes en las etapas de arreglo directo y de conciliación, y su fallo no puede afectar derechos o facultades de las partes reconocidas por la Constitución Nacional, por las leyes o por normas convencionales vigentes".

La liquidación del auxilio de cesantía que corresponde generalmente a un mes por cada año de servicios y proporcionalmente por las fracciones, ha tenido variaciones en la legislación nacional. Inicialmente el último salario servía para determinar el valor de la cesantía, al multiplicar esa retribución por todo el tiempo servido. Con la expedición del Código se adoptó una fórmula según la cual los aumentos de salario no repercuten en la cesantía sino en cuanto se refieren a los tres años anteriores al alza de salario. Finalmente, con base en el Decreto 2351 de 1965 y con efectos desde el 1º de enero de 1963, se volvió al sistema de la liquidación por el último salario y respecto del tiempo servido. Además, en 30 de junio de 1957 se hizo una congelación de cesantías, por razón del artículo 6º del Decreto 118 de 1957, en virtud de la cual los aumentos posteriores a dicha fecha no afectaban el cómputo de cesantía por tiempo anterior a ella, o de otra manera, se liquidaban en tal oportunidad las cesantías, pero no se pagaban sino cuando ocurrieran los eventos previstos por la ley.

Esa congelación fue pues una excepción a la regla general de la liquidación de la cesantía y constituyó para el patrono un derecho o facultad de cumplir la obligación laboral en esa forma restringida.

El artículo 6º del Decreto 118 de 1957, dice:

"Congélanse las cesantías de los trabajadores particulares, y de las empresas públicas descentralizadas en treinta (30) de junio de 1957. En consecuencia, en dicha fecha se procederá a su liquidación, de acuerdo con las normas vigentes, sin que sean exigibles sino en los casos establecidos en la ley".

El artículo 17 del Decreto 2351 de 1965, dice:

"Para liquidar el auxilio de cesantía se toma como base el último salario mensual del trabajador, siempre que no haya tenido variación en los tres (3) últimos meses. En el caso contrario y en el de los salarios variables, se tomará como base el promedio de

lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuere menor de un año.

"Para el tiempo de servicio anterior al treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos sesenta y dos (1962) se aplicarán las normas vigentes hasta esa fecha".

La petición 16 del pliego contiene no solamente la modificación de un derecho o facultad reconocida por la ley al patrono, cual es la de congelar la cesantía en treinta de junio de 1957, sino también un desconocimiento de cualquier disposición legal futura sobre la materia.

El Tribunal de Arbitramento no pronunció ese desconocimiento futuro, pero sí violó el derecho legal del patrono cuando ordenó la descongelación de las cesantías. Esa disposición del laudo implica una derogatoria de la ley que no le está atribuída, ya que no se trata simplemente de una cuestión económica sino jurídica.

El que los árbitros hubieran manifestado en la parte motiva del laudo, que estudiaron circunstancias económicas para dictar el fallo, no le quita a la disposición novena el carácter violatorio de la facultad de congelar las cesantías por disposición legal.

El opositor cita una sentencia de la Corte en que se anuló parte de un fallo porque recomendó la descongelación de cesantías, como argumento para decir que la orden de descongelación no es violatoria de derechos o facultades. Si bien es cierto que cuando se produjo la anulación de la recomendación, ella se refería a la descongelación, también lo es que esa declaración no justifica la decisión del laudo ahora examinado, porque bastaba antes examinar el carácter meramente recomendatorio para que se produjera la anulación, sin que se requiriera analizar la violación producida por una decisión de descongelación.

Es cierto que las normas laborales consagran un mínimo de garantías y de derechos en favor de los trabajadores, y que el sistema de la contratación colectiva es manera propia para que se aumenten esos derechos de los trabajadores, pero también lo es que las convenciones no se hicieron para interpretar la ley ni para derogarla. Por medio de los pliegos de peticiones se pueden conseguir mejores condiciones de trabajo, mayores garantías y prestaciones extralegales, pero no debe pretenderse modificar el régimen legal en sí mismo.

Cuando en una convención se señalan salarios superiores a los mínimos legales, así se determinen como mínimos en la empresa, se está obteniendo un salario distinto al mínimo legal, sin que se pretenda que se ha modificado esa determinación normativa general. Lo mismo ocurre con las prestaciones extralegales, porque no se puede pretender que una prima especial o unas vacaciones por tiempo mayor al señalado en la ley, sean aunque solamente impliquen cuestiones económicas, la misma prima de servicios o las mismas vacaciones establecidas por el Código Sustantivo del Trabajo.

Bien se podía pedir y obtener si ello fuera justificable, una cesantía superior a la determinada por la ley, para tener una prestación extralegal, pero no puede ordenarse por los árbitros que se modifique la prestación en forma que viole derechos o facultades determinadas por la ley para el cumplimiento de esa obligación.

Como el numeral noveno de la parte resolutiva de la sentencia arbitral violó derechos y facultades conferidas por la ley al patrono, habrá de anularse esa parte y homologarse lo restante, en donde no se encuentra ordenamiento que viole norma superior de derecho.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DECLARA INEXEQUIBLE el numeral noveno de la parte resolutiva del laudo arbitral proferido el trece (13) de abril de mil novecientos setenta y uno (1971), por el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir el conflicto colectivo laboral entre la Flota Mercante Grancolombiana S. A.

y la Asociación Nacional de Empleados de la Flota Mercante Grancolombiana S. A. HOMOLOGA en lo restante el mencionado laudo.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, depositense esta sentencia y el laudo a que ella se refiere, en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y confíesele el expediente para su archivo. Insértese el presente fallo en la Gaceta Judicial.

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Enrique Arrázola, Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CAJA NACIONAL DE PREVISION

En conformidad con lo dispuesto por el Decreto-ley 1600 de 1945, relacionado con la Caja Nacional de Previsión Social, en su artículo 10: "El Gerente será el representante legal de la Caja, su administrador inmediato y el ejecutor de las determinaciones de la Junta Directiva; en las reuniones tendrá voz pero no voto".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, veintiséis (26) de julio de mil novecientos setenta y uno (1971).

(Magistrado Ponente: Doctor Miguel Angel García B.).

(Acta número 31).

El doctor Alvaro Villamizar Suárez, en su propio nombre, presentó demanda ordinaria laboral de mayor cuantía contra el Instituto de Crédito Territorial y la Caja Nacional de Previsión Social, con la finalidad de que, estas entidades fueran condenadas solidariamente a pagarle cesantía definitiva, los salarios que correspondían al cargo desempeñado con los reajustes pertinentes a partir del primero de febrero de 1966 hasta cuando el pago se efectúe, primas y bonificaciones, vacaciones y asistencia médica.

Como fundamentos expuso los que se sintetizan así:

Que prestó sus servicios al Instituto de Crédito Territorial en la Seccional de Cúcuta, desde el día 16 de febrero de 1962, como Abogado II de la Oficina Jurídica, hasta el día 31 de octubre de 1965, fecha ésta en que le fue cancelado el contrato de trabajo.

Que lo ligaba con el Instituto de Crédito un contrato escrito y que al ser despedido devengaba un sueldo de $ 3.300.00 mensuales.

Que treinta días después de su despido fueron reajustados los sueldos al personal del Instituto.

Que al ser despedido no se le pagó la cesantía, que fue liquidada por la Caja Nacional de Previsión Social por la suma de $ 5.090.81 a la que tiene derecho, y la cual no le ha cancelado ni el Instituto ni la Caja Nacional de Previsión Social.

Que como ninguna de las dos entidades le ha pagado ese valor ni lo ha consignado, son responsables solidariamente del pago de la misma y de la indemnización por falta de pago.

Que agotó la vía gubernativa sin resultado positivo alguno.

Señaló como parte demandada al Instituto de Crédito Territorial, representada en Cúcuta por el Gerente Seccional doctor Luis Carlos Bonells Rivera y a la Caja Nacional de Previsión Social, representada en Cúcuta por el Director de la Seccional señor Luis Flórez.

El juzgado del conocimiento que lo fue el Segundo Laboral Municipal de ese lugar, por medio de fallo de fecha veinte de febrero de mil novecientos sesenta y siete, resolvió: declarar infundadas las excepciones de inepta demanda y petición antes de tiempo; absolver a la Caja Nacional de Previsión Social de los cargos hechos solidariamente; condenar al Instituto de Crédito Territorial

a pagar al demandante: a) Por concepto de auxilio de cesantía la suma de cinco mil ciento cincuenta y ocho pesos con cuarenta y dos centavos ($ 5.158.42). b) Por concepto de indemnización por la mora en el pago de las prestaciones, la suma de cuarenta y un mil ochocientos pesos ($ 41.800.00) y absolver al Instituto de Crédito Territorial de las demás pretensiones del demandante.

Sin costas.

Contra esa providencia interpusieron recurso de apelación ambas partes, y el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta** en sentencia de quince de marzo de mil novecientos sesenta y siete resolvió la alzada de la siguiente manera:

"Primero. Modifícase el numeral 3º de la sentencia apelada y en su lugar se dispone:

"Condénase al **Instituto de Crédito Territorial**, entidad descentralizada del orden nacional, representada en Cúcuta por su Gerente Seccional, doctor **Luis Carlos Bonells Rivera**, o por quien haga sus veces, a pagar tres días después de ejecutoriada esta sentencia al doctor **Alvaro Villamizar Suárez**, mayor de edad y de la misma vecindad los siguientes valores:

"a) Por concepto de auxilio de cesantía la suma de trece mil doscientos cincuenta y siete pesos con veintitrés centavos ($ 13.257.23) M/cte.

"De la anterior cantidad deberá descontar el Instituto el monto que proporcionalmente la Caja Nacional de Previsión le asignó al hacer el anticipo que otorgó al demandante.

"Por concepto de salarios de mora la suma de tres mil quinientos setenta y cinco pesos ($ 3.575.00) M/cte. mensual, desde el primero de febrero de 1966, hasta el día en que se cubra el monto a que se refiere el literal a) del numeral anterior.

"Segundo. Confírmase la sentencia apelada en sus demás numerales.

"Tercero. Sin costas.

Contra esa sentencia de segundo grado interpuso recurso de casación el Instituto de Crédito Territorial. Concedido éste y admitido aquí por la Sala, presentada en tiempo la demanda de casación con réplica de la parte opositora, se procede a decidir:

La demanda

Señala el casacionista el petitum de su demanda de la siguiente manera:

"Alcance de la impugnación

"Solicito a la Honorable Corte Suprema de Justicia la infirmación total del fallo proferido por el Tribunal Judicial de Cúcuta, y, en su lugar, se disponga lo siguiente: que el Instituto de Crédito Territorial no está obligado a pagar al doctor Alvaro Villamizar Suárez el auxilio de cesantía ni la indemnización correspondiente a los salarios en mora".

"Acuso la sentencia materia de esta demanda en las causales de impugnación previstas en los numerales 1º y 3º del artículo 60 del Decreto Ley Nº 528 de 1964, con base en los siguientes cargos:

Formula seguidamente el impugnante tres cargos, de los cuales por razones de orden lógico se estudia en primer lugar el tercero, porque de prosperar éste se haría inútil el examen de los otros.

La censura afianza este cargo en la causal tercera del artículo 60 del Decreto 528 de 1964, causal esta vigente para la época de la interposición del recurso, puesto que vino a ser derogada expresamente por el artículo 23 de la Ley 16 de 1968.

Se refería aquella causal a los juicios en que se hubiera incurrido en alguna nulidad procesal de las taxativamente señaladas por el artículo 448 del Código Judicial, entonces vigente (Ley 105 de 1931).

Con fundamento en ella pues, el casacionista dentro del cuerpo de este cargo, y lue-

go del planteamiento de la incompetencia de jurisdicción y de la ilegitimidad de la personería puntualiza que: "La Caja Nacional de Previsión Social no fue citada en la forma legal por conducto de su representante que es el Gerente General de la misma, según el artículo 14 de los estatutos y el artículo 10 del Decreto 1600 de 1945. Al señor Juez Segundo Laboral se le transcribieron estas normas legales, según consta en el oficio que obra a los folios 18 y siguientes del cuaderno primero sin que se diera cumplimiento a ellos. El Director de la Seccional **no es el representante legal de la Caja, y,** por consiguiente, no está citado para comparecer en juicio en la forma legal ni comparecer en juicio por medio de sus representantes legales tal como lo preceptúa el artículo 34 del Código del Procedimiento del Trabajo.

"Se violó también el numeral 3º del artículo 448 del Código Judicial al no hacer la citación o emplazamiento en forma legal".

Se observa

Es objetivo en el caso sub-judice que, el actor del juicio encaminó su demanda contra el Instituto de Crédito Territorial, representado en Cúcuta "por el Gerente de la Seccional doctor Luis Carlos Bonells Rivera, y contra la "**Caja Nacional de Previsión Social**, entidad descentralizada del orden nacional, representada en Cúcuta por su Director seccional señor don Luis Flórez".

El promotor del juicio, en ningún momento prescindió de la acción judicial contra la Caja Nacional de Previsión Social, y por ello fue citado ante el juez del conocimiento el señor Luis Flórez D., quien ya en tiempo oportuno había presentado su escrito de 21 de septiembre de 1966, en donde entre las argumentaciones y citas que expone dice textualmente:

"(...) La demanda está propuesta y dirigida contra el Gerente Seccional del Instituto de Crédito Territorial en Cúcuta y el Director de la Caja Nacional de Previsión. Este lo es únicamente el doctor Edgar Martán Góngora con sede en Bogotá: Oficinas de la Caja Nacional de Previsión. Y es él quien lleva la personería de esta Institución y seguramente reclamará tal derecho dentro de esta tramitación y en uso de razones de orden legal".

Y en otro aparte de ese mismo escrito dice:

"Ante la notificación que el Juzgado a su cargo se propone hacerme dentro de la demanda a que vengo haciendo referencia, entrego a Ud. el presente oficio contentivo de la información que debo darle al respecto, y me excuso de notificarme por incompetencia legal para tal caso".

Ahora bien, en conformidad con lo dispuesto por el Decreto Ley 1600 de 1945, relacionado con la Caja Nacional de Previsión Social, en su artículo 10: "El Gerente será el representante legal de la Caja, su administrador inmediato y el ejecutor de las determinaciones de la Junta Directiva; en las reuniones tendrá voz pero no voto".

La Junta Directiva de la Caja Nacional de Previsión Social autorizada por los artículos 9º numeral 1º del Decreto 1600 de 1945 y 3º del Decreto 3104 de 1953, elaboró los estatutos aprobados por Acuerdo número 16 de 25 de febrero de 1963 en cuyo artículo 14 se dice que: "El Director General es el representante legal de la Caja, su administrador inmediato y el ejecutor de las determinaciones de la Junta Directiva. En las reuniones de ésta, tiene voz pero no voto".

Este acuerdo contentivo de tales estatutos fue aprobado por el Gobierno Nacional por medio del Decreto 711 de primero de abril de 1963.

En el artículo 10 de los mencionados estatutos de la Caja Nacional de Previsión Social ordinal 5º se autoriza a la Junta Directiva para "Crear las seccionales o agencias que sean indispensables para el cabal cumplimiento de los fines de la Caja". Pero, en parte alguna delega en los directores o gerentes de las secciones o agencias la representación legal de la Institución que

compete solo al Gerente o Director General, según lo disponen los decretos precitados.

Aquí pues, no obstante el planteamiento de la demanda dirigida contra las dos entidades solidariamente, Instituto de Crédito y Caja Nacional de Previsión y a pesar de la advertencia que hizo el Gerente de la Seccional de esta última en Cúcuta, señor Luis Flórez, de que él no llevaba la representación legal de esa institución, el juicio fue adelantado sin haber citado en la forma legal al Director General de la Caja demandada, de donde se concluye que se incurrió flagrantemente en la causal de nulidad contemplada en el ordinal 3º del artículo 448 de Código Judicial entonces vigente, y también entonces causal de casación.

El cargo por tanto prospera y será casada la sentencia acusada, y tenidas en cuenta estas mismas consideraciones para el fallo de instancia.

La prosperidad de este cargo, releva a la Sala del examen de los dos primeros.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley CASA la sentencia de fecha quince de marzo de mil novecientos sesenta y siete proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en este juicio, y en sede de instancia, DECLARA NULA toda la actuación procesal a partir del auto de fecha doce de septiembre de mil novecientos sesenta y seis, en la parte en donde ordena correr traslado al señor Luis Flórez como representante de la Seccional de Cúcuta.

Condénase en las costas del juicio, en la primera instancia al demandante y al juez que conoció del asunto, por mitad.

En la segunda instancia también por mitad entre el actor del juicio y los Magistrados que actuaron en segundo grado.

Sin costas en el recurso.

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

José Enrique Arboleda V., Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía O., Secretario.

PROHIBICION DE DESPEDIR

Artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., julio veintiséis (26) de mil novecientos setenta y uno (1971).

(Magistrado Ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar).

(Acta número 38).

La señora **Rosalbina Paipa de Domínguez,** en demanda que presentó contra **Distribuidora Pantécnica** S. A., domiciliada en Bogotá y representada por Wilhelm Agrícola, relató que vinculada por contrato de trabajo, prestó servicios a esa entidad del 2 de marzo de 1959 al 30 de septiembre de 1968, con un salario de $ 2.300.00; que esta relación laboral terminó por decisión unilateral de la Empresa, sin justa causa, estando al momento del despido en estado de embarazo, sin que para su desvinculación hubiera aquella pedido la autorización de que habla el artículo 240 del C. S. T. y que, la Sociedad no ha querido pagarle la indemnización por terminación unilateral del contrato, ni la especial por encontrarse en el estado a que se hizo alusión y se ha negado a reintegrarla.

Con fundamento en los hechos de que se da cuenta, la señora de Domínguez, asistida de apoderado, pidió que contra la Sociedad se hicieran los siguientes pronunciamientos:

1. Declaración sobre la existencia de un contrato de trabajo entre ella y Distribuidora Pantécnica S. A., de duración indefinida.

2. Que como consecuencia de la precitada declaración la Sociedad fuera condenada a pagarle a) $ 16.558.56 como indemnización por ruptura unilateral del contrato; b) $ 9.200.00 como indemnización especial por despido en estado de embarazo; c) Indemnización moratoria a razón de $ 76.66 diarios contados a partir de la finalización del contrato de trabajo, hasta que el pago se realice, y d) Las costas del juicio.

3. Reintegro a un cargo de igual o superior categoría al que ocupaba al momento del despido.

4. Que no se considere interrumpido el tiempo que permanezca cesante para efectos de las prestaciones a que pueda tener derecho y por lo tanto, dicho lapso se compute en su favor para todos los efectos legales.

En derecho indicó como disposiciones aplicables los artículos 22, 23, 24, 36, 65, 127, 193, 57 ordinal 7º, 244, 249 y particularmente el 239 y 240 del C. S. T. y los Decretos 2351 de 1965 y 2158 de 1948.

La demanda fue admitida por el Juzgado Primero Municipal del Trabajo de Bogotá (hoy Juzgado del Circuito) y al descorrer el traslado el Procurador Judicial de la Empresa, solamente aceptó el hecho referente al último sueldo devengado por la actora.

Indicó las razones de la defensa manifestando que a la Sociedad no había hecho saber la demandante el estado de gravidez cuando estaba vigente el contrato y que, además, por consignación judicial se habían cancelado a aquella las indemnizaciones y prestaciones ciertas a que era acreedora.

Finalmente propuso como excepciones la inexistencia de las obligaciones reclamadas, la genérica y la derivada del hecho de que las indemnizaciones pedidas excluyen la acción de reintegro "por cuanto es procesalmente improcedente proponerlas simultáneamente, ya que las primeras se originan en la resolución del contrato, y la segunda, tiene como finalidad el cumplimiento del mismo".

Rituado el juicio en legal forma, el Juzgado puso fin a la primera instancia en sentencia de fecha 12 de junio de 1970, en la cual condenó a la Sociedad demandada a pagar a la actora la cantidad de $ 5.978.31, por concepto del excedente de la indemnización por la ruptura del contrato; la absolvió de los demás cargos del libelo; declaró probada parcialmente la excepción de pago en lo que respecta a la indemnización por despido y le impuso costas en un 20%.

Los apoderados de las partes apelaron de esta providencia y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en fallo de 30 de agosto de 1970, resolvió el recurso disponiendo:

"Primero. Modifícase la condena proferida mediante el ordinal 1º de la sentencia apelada que quedará así: $ 6.515.31 por concepto de saldo insoluto de la indemnización por despido.

"Segundo. Condénase a la misma demandada a pagar a su ex-trabajadora Rosalbina Paipa de Domínguez la cantidad de $ 766.66 por concepto de indemnización moratoria.

"Tercero. Con las modificaciones originadas en los ordinales primero y segundo de este fallo confírmense los ordinales 2º y 3º del de primera instancia.

"Cuarto. Modifícase el ordinal 4º de la providencia que se revisa y en su lugar se condena a la parte demandada a pagar el 30% de las costas de la primera y segunda instancia.

"Quinto. Decláranse no probadas las demás excepciones propuestas".

Contra la anterior resolución del Tribunal interpuso recurso extraordinario de casación el apoderado de la demandante que fue concedido por el ad-quem y posteriormente admitido por la Corte.

La acusación

Dentro del término del traslado el recurrente presentó demanda de casación y en tiempo fue replicada por el apoderado de la Empresa.

El libelo contiene tres cargos y en cada uno de ellos se expresa el alcance de la impugnación.

La Sala procede a estudiarlos en el orden en que fueron propuestos.

Primer cargo

Se formula por "violación de los artículos 1602, 1603, 1604, 1608, 1614, 1615, 1616, 1617, 1625 y 768 del Código Civil, por falta de aplicación y como consecuencia inmediata de todo ello el artículo 65 del C. S. del T. por aplicación indebida".

La finalidad del cargo, dice el impugnante, es obtener que la Corte case el fallo recurrido, y, en su lugar, condene a la Sociedad demandada a pagar la indemnización moratoria a que tiene derecho la actora indefinidamente tal como aparece en el petitum.

Para demostrar el ataque, el casacionista, comienza por afirmar que es principio jurídico incuestionable que el deudor incumplido debe indemnizar a la otra parte y que en materia contractual, la fuente de esta obligación no es propiamente el negocio jurídico, sino que nace del incumplimiento mismo de la obligación. Transcribe jurisprudencia de la Corte y dice que la responsabilidad civil contractual, está regida por el título 12 del Libro Cuarto del Código Civil, especialmente por los artículos del mismo que citó en el cargo como infringidos, excluyendo el 768.

Expresa luego que existió incumplimiento parcial por parte de la demandada, por pago incompleto y que como corolario incurrió el patrón en mora, que de acuerdo con la ley se presume culpable, afirma hubo error de derecho al hacer la liquidación de lo consignado por la empresa, que es presunción de mala fe según el Art. 768 del C. C. Agrega que, consecuencia de la mora, es la indemnización de perjuicios que incluye el lucro cesante, o sea el salario de un día por cada uno de retardo.

Como vehemente indicio demostrativo de la mala fe patronal hace resaltar el hecho de que la Sociedad consignó "por concepto de las prestaciones sociales e indemnización para solucionar las deudas generales pendientes con la trabajadora, apenas $ 10.580.25 y que se demostró en el proceso que la sola condena por despido injusto es del orden de $ 6.515.31, como saldo insoluto de la indemnización por despido", lo cual indica que esta sola suma representa más del 50% de lo consignado por la Sociedad.

Sostiene el recurrente que el patrono debía saber cuáles eran las obligaciones legales que le incumbían y que debió consignar, haciendo una simple operación aritmética, por concepto de deudas laborales, la suma señalada por el ad-quem, que no haciéndolo se muestra meridianamente su mala fe, la que se hace más ostensible y protuberante, si se tiene en cuenta que el error en la liquidación es inexcusable.

A continuación transcribe el artículo 768 del C. C. y el 1613 ibídem. Hace un comentario acerca de la consignación efectuada por la Empresa para repetir que fue imperfecta deduciendo como ya lo había hecho que existió mora de acuerdo con el artículo 1615 de la misma obra, cuyo texto copia.

Más adelante manifiesta: "Se han violado, en consecuencia todas las normas citadas del C. C., al no darles aplicación. Se debe indemnización de perjuicios al acreedor, desde que el deudor se ha constituído en mora de pagar (Arts. 1615 del C. C. y 65 del C. S. del T.). El retardo debe ser culpable. Sin mora no hay perjuicios. Pero hay que insistir en que el incumplimiento se presume culpable, y que la carga de la prueba corresponde al deudor, quien debe demostrar, para exonerarse, una causa extraña, esto es, la fuerza mayor o el error invencible o excusable. La mora es un hecho objetivo: "El deudor está en mora: 1º Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado. (Art. 1608 del C. C.).

"De suerte que el incumplimiento objetivo de la obligación legal de pagar salarios y prestaciones, o de consignarlos a la terminación del mismo (Art. 65 del C. S. del T.), sitúa a la parte incumplida, ipso facto, en el campo de la mala fe.

"La violación de las normas enunciadas ocurrió, pues, en forma directa, porque los hechos fueron correctamente estudiados por la Sala, sin que sobre ello exista discusión alguna. Incluso al que da asidero para la **indemnización moratoria, decretada por el Tribunal.** Haciendo abstracción de los hechos, el Tribunal les ha dejado de aplicar los concretos principios de la responsabilidad civil contractual contenidos en los artículos 1602, 1603, 1604, 1608, 1615, 1616 del C. C., 19 (aplicación supletoria) y 27 y 55 del C. S. del T., a saber: al deudor incumplido se le presume culpable, esto es, de mala fe, y debe indemnizar a la otra parte, desde que incurre en mora. Le corresponde la carga de la prueba, y no puede exonerarse sino demostrando pago, inexistencia de la obligación, o error siquiera excusable. La violación de estas normas, en relación con el artículo 1625 del C. C. que contiene los modos de extinción de las obligaciones, por no aplicarlos, llevaron inexorablemente a la Sala Laboral del Tribunal de Bogotá a violar también el artículo 65 del C. S. del T., por aplicación indebida.

"No se entiende cómo el Tribunal haya condenado apenas al pago de 10 días de mora, es decir, hasta el momento de la consignación, cuando el sentido del artículo 1613 del C. C., es perfectamente claro en indicar que el pago no se ha hecho, cuando se ha verificado imperfectamente. Porque, se re-

pite, quedó faltando más del 50% en la consignación efectuada, para solucionar todas las deudas laborales con la trabajadora.

"Queda así demostrada la violación de las normas transcritas, con la lógica incidencia en la parte resolutiva del fallo. Pido nuevamente, con todo comedimiento, a la H. Corte, casar la sentencia en este punto, y condenar a la demandada a la indemnización moratoria del artículo 65 del C. S. del T.".

El opositor replicó este cargo diciendo que la condena por indemnización moratoria la hizo el Tribunal en consideración a que solo diez días después de terminado el contrato la Sociedad consignó lo que creía deber a la actora y que es cierto que el ad-quem reajustó el valor de la indemnización por despido sin justa causa, pero ello obedeció a la omisión patronal en establecer la cuantía de su patrimonio en la forma regulada por el artículo 195 del C. S. T. que tuvo como origen exclusivo la negativa de la Administración de Impuestos en expedir la certificación pertinente sobre el patrimonio gravable o presuntamente gravable de la Entidad, pero que es realidad del proceso que la empresa pagó a la señora de Domínguez todos sus salarios y prestaciones sociales y que respecto a la indicada indemnización cubrió a la trabajadora la suma que creía adeudarle en consideración a que su patrimonio estaba dentro del límite del 75% previsto por el artículo 8º, numeral 6º del Decreto 2351 de 1965.

Finaliza manifestando que, en consecuencia, el Tribunal aplicó debidamente el artículo 65 C. S. T., por cuanto no actuó por ignorancia ni con rebeldía contra esa norma sustantiva.

Se considera

En este proceso fue excluída por la demandante cualquiera discusión en razón a pago de salarios y prestaciones sociales dentro de las calificaciones del C. S. T. Es así, como en la demanda con que se inició el juicio solo se piden indemnizaciones por despido injusto y por estar la trabajadora en ese momento en estado de embarazo, indemnización moratoria hasta cuando se verifique el pago de ellas, reintegro con la consecuencia de no considerarse interrumpido el contrato durante el tiempo que permaneciera cesante y costas.

Tampoco en los hechos del libelo se expresó que se adeudaran a la actora sumas por salarios y prestaciones.

La condena a indemnización moratoria la liga expresamente la extrabajadora, hoy recurrente, al no pago de las sumas por las dos indemnizaciones que solicitó en el libelo inicial.

El ad-quem no examinó con el debido cuidado esta petición y por ello, en forma errónea dijo:

"Como esta súplica —indemnización moratoria—, no se vinculó explícitamente al pago de las indemnizaciones por despido, lo que sería improcedente como se anota en el proveído impugnado, debe analizarse en relación con la fecha en que se solucionaron los derechos vigentes a la terminación del contrato".

Con tal motivación, que se repite, es errada, el ad-quem condenó a la Sociedad en forma ilegal por hacerlo extra-petita, al pago de los salarios equivalentes a diez días, comprendidos entre la fecha del despido y el de la consignación de las prestaciones efectuadas por la Empresa, sin que en este recurso extraordinario pueda corregirse esta decisión del Tribunal por ser única recurrente la ex-trabajadora.

El examen del cargo confirma que el recurrente pretende la extensión de la condena hecha, hasta cuando se pague en su totalidad la indemnización por ruptura unilateral del contrato por parte de la Sociedad.

Es así como toda la argumentación sobre la pretendida violación de los textos civiles que cita, descansa en el cumplimiento imperfecto de la obligación del patrono relacionada con el pago total de la indemnización por ruptura del contrato.

Para el censor además, el lucro cesante equivale a la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 C. S. T.

Este entendimiento del recurrente es equivocado. En efecto, la indemnización de perjuicios que comprende entre otros, el lucro cesante, tiene su causa en el incumplimiento del contrato de trabajo y cuando es el trabajador la víctima de aquel, la indemnización por tal concepto está prefijada en la ley, artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, hoy Ley 48 de 1968 y la constituyen los salarios faltantes, para el vencimiento del contrato cuando es a término fijo, o los correspondientes al lapso determinado por la duración de la obra o labor contratada, o la suma gradual que la misma disposición señala, en razón del tiempo servido, cuando se ha pactado a término indefinido.

En cambio, la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 C. S. T., se produce por el no pago de los salarios y prestaciones debidos por el patrono al trabajador cuando termina el contrato, cualquiera que sea el motivo de su extinción, o cuando no consigna lo que confiese deber, en caso de que el trabajador se niega a recibir o no exista acuerdo respecto de la deuda.

Aclarado este aspecto de la acusación, se ve cómo las disposiciones del C. C. sobre responsabilidad civil contractual, no tienen incidencia en el sub-lite, ya que existen normas específicas en la ley laboral, que no hacen necesario acudir a las primeras para fundar un ataque como el contenido en el cargo que se examina.

De otro lado, y en distinto pasaje del ataque, el recurrente deduce la indebida aplicación del artículo 65 C. S. T., de la falta de aplicación de los textos civiles indicados, pero ya acomodados estos al incumplimiento objetivo de la Sociedad de su obligación legal de pagar salarios y prestaciones a la señora de Domínguez, pues dice que en la consignación quedó faltando más del 50% para solucionar todas las deudas laborales de la trabajadora.

Observa la Sala que estos argumentos implican de por sí la consideración de cuestiones de hecho, inadmisibles cuando la vía escogida es la directa.

Con todo, estima necesario la Corte referirse a ellos para el solo efecto de indicar al impugnador que no es posible en el recurso extraordinario cambiar la causa petendi de las pretensiones deducidas y sobre las causales ha versado el juicio y que, es erróneo, pensar que consignado el total de las prestaciones, tal pago puede desconocerse por el solo hecho de que se produzca una condena por perjuicios la que sumada al valor de las primeras haga que el depósito no represente siquiera el 50% de lo adeudado. En este caso se debe la diferencia entre lo consignado y el valor real del perjuicio, pero tal suma a que condena la sentencia, no genera indemnización moratoria, por no tratarse de salarios ni de prestaciones.

Con las observaciones hechas al principio de estas consideraciones y para los efectos del cargo, encuentra la Sala que no se violaron directamente y por el motivo indicado las disposiciones señaladas por el acusador.

El ataque no prospera.

Segundo cargo

Predica el censor violación directa del artículo 239 del C. S. del T., por interpretación errónea, y en consecuencia pide la casación del fallo recurrido, "en punto a la indemnización por despido de la trabajadora en estado de embarazo", para que en su lugar, profiera la Corte decisión favorable a la indemnización impetrada en el libelo de demanda.

El recurrente demuestra el cargo diciendo:

"El error del Tribunal en la interpretación de la norma, consiste en decir que existe "la necesidad de que se notifique al patrono el estado de embarazo, porque nadie puede satisfacer una obligación cuya existencia

ignora". Es decir, que debe notificársele antes del despido, lo que no es cierto. En otros términos: que la trabajadora debe "notificarle" su estado de embarazo, al patrono, durante la vigencia de la relación laboral. Esto conduce a introducir en la norma en comento, elementos normativos de "especialización", que conducen a restringir considerablemente su alcance. En efecto, el Tribunal condiciona la operancia de la norma, al introducir el factor **tiempo**, en el cual debe ser hecha la declaración por parte de la trabajadora; y, por otro lado, desplaza el "**onus probandi**" del patrono a la trabajadora, para desvirtuar la presunción consagrada en el artículo 239 del C. S. del T. Se trata como se desprende a primera vista, de una intelección abiertamente errónea.

"La ley simple y llanamente afirma que "Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin la autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente:" No es dable al intérprete introducir elementos de distinción, donde la ley no distingue. Ni mucho menos, añadir al contenido normativo elementos **específicos** que la ley no contempla. La ley presume que en el ánimo del patrono el despido está conectado, directamente, con el embarazo. Jamás habla de "notificación" que, con antelación al despido, le haga la trabajadora. Y ello, es de sentido común, por las razones que paso a exponer perfunctoriamente: a) Científicamente la trabajadora no está en condiciones de saber si está embarazada o no. El más experto ginecólogo no está en condiciones de asegurar con certeza absoluta el estado de embarazo, sino transcurridos seis meses después de la gestación (de iniciada). A lo sumo la trabajadora puede decir que se le ha presentado la amenorrea y ello solo cuando el ciclo de la menstruación es regular. Pedirle a una pobre obrera que le "notifique" al patrono su estado de gravidez, es desconocer los más elementales dictados de la ciencia médica. Y es seguro que éstos fueron tenidos en cuenta por el legislador al formular la norma. Aún más: Esa es la razón de ser de la presunción. b) La errónea interpretación del Tribunal, conduce a que sea la trabajadora la que debe demostrar el embarazo, con lo cual se desconoce el espíritu de la norma, que hace gravitar la presunción en el patrono, y por lo tanto, es éste quien debe desvirtuarla. c) De admitir el razonamiento del Tribunal, al hacer la hermenéutica de la norma, se llegaría, en los contratos a **término indefinido**, a la conclusión sencillamente aberrante y estrafalaria de que la trabajadora debe tener dotes de pitonisa para presagiar el momento en que el patrono la va a despedir. Porque lo propio del despido sin justa causa, y mediante la condigna indemnización, es que se hace intempestivamente, y entonces tendríamos que interpretar la norma —para encontrarle algún sentido—, añadiéndole otro elemento condicionante, en el entendimiento de que provee un **preaviso**, durante el cual la trabajadora pondría de presente al empresario su estado de gravidez. Semejantes consecuencias absurdas no se pueden imputar al legislador. d) Por último, la interpretación dada por el Tribunal, conduce a rebajar y ultrajar la dignidad de la mujer trabajadora colombiana, porque, no sabiendo el momento preciso en que el patrono la va a despedir, tendría que estar informándole al patrono cada vez que el ciclo menstrual presenta alguna perturbación o demora".

"El yerro del Tribunal al interpretar la norma es tan de bulto, que, de entenderla con el alcance que le dio en el fallo, conduce a **que jamás de los jamases tenga aplicación el artículo 240 del C. S del T.** Porque basta que la trabajadora manifieste al patrono que está embarazada momentos después en que se le da el aviso de terminación unilateral del contrato de trabajo, para que el patrono eluda la indemnización por despido en dicho estado, con el fácil argumento de que se le "notificó" tardíamente la preñez por parte de aquella. Y así, repito, nunca tendrían aplicación, virtualidad u operancia, los artículos 239 y 240 del C. S. del T. Es difícil encontrar un argumento más suasorio, para demostrar lo erróneo de la interpretación dada por el Tribunal al artículo 239".

A su vez, el opositor al referirse a este ataque, dice que la interpretación que dio el Tribunal al texto 239 del C. S. T., concuerda con lo ya dicho por la Jurisprudencia de esta Sala, que transcribe, en parte y solicita se desestime el cargo.

Se considera

El ad-quem al despachar desfavorablemente la súplica relativa a indemnización por despido de la actora en estado de embarazo, interpretó no solo el inciso 2º del artículo 239, sino el 1º, y dio tres razones para justificar su decisión:

a) Que el amparo de la maternidad surge de un hecho biológico que el empleador no tiene por qué conocer, si la trabajadora no se lo comunica; b) Que el legislador lo que prescribe y sanciona "no es el mero hecho del despido de una trabajadora embarazada, amparada como cualquier otro trabajador por las disposiciones que protegen la estabilidad en el empleo, sino la circunstancia de que el motivo, el móvil o la causa de ese despido haya sido el embarazo o la lactancia", y c) Que la hipótesis legal no puede darse cuando el patrono ignora que a la trabajadora a quien despide se encuentra en esa situación particular porque naturalmente nadie actúa movido o impulsado por algo que desconoce.

La Sala Laboral ha fijado el criterio cuestionado así:

"De la manera como se intitula el capítulo de que forma parte la referida norma sustantiva laboral claramente se desprende que el legislador colombiano no se limitó a prohibir el despido de la trabajadora en estado de embarazo o de lactancia, sino que, además, para garantizar la efectividad de esta prohibición y de la consagrada finalidad de protección a la maternidad y al menor, erigió en presunción de despido ilegítimo, de un lado, por motivo de una de dichas situaciones, el unilateral rompimiento patronal del contrato de trabajo encontrándose la asalariada dependiente "dentro del período del embarazo, o dentro de los tres meses posteriores al parto", sin obtener la autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente, esto es del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares donde no existiere aquel funcionario, quienes únicamente la dan cuando el permiso solicitado se funda en alguna de las causales previstas en los artículos 62 y 63 del mismo Código que dan derecho al patrono para despedir al trabajador; y estatuyó, de otra parte, sanciones apropiadas por la prescindencia de la autorización ameritada.

No hay duda entonces que para dar por configurada la referida presunción en un evento determinado, se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que el patrono haya despedido a la trabajadora; b) que dicho despido se haya producido cuando ésta se encontraba dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, según el caso; y c) que el patrono no haya obtenido para proceder de esta manera la debida autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde del lugar donde faltare éste. Y que para desvirtuarla el patrono, contra el cual opera, pues es de carácter legal por la manera como aparece instituída, debe comprobar que esos hechos no han acaecido, por no haber habido despido sino terminación normal del contrato de trabajo por cualquiera de las causas al respecto consagradas en la ley; no haber estado la trabajadora en el momento de la desvinculación laboral en estado de ambarazo o lactancia; y haberse obtenido al despedírsela la autorización administrativa correspondiente.

"Estrictamente el precepto en cita no reclama la demostración de otros hechos por la trabajadora, para la operancia y por el patrono, para la inoperancia, de esta presunción legal. Pero desde el momento mismo en que uno de los hechos indicadores de que el legislador se vale para deducir el propósito o motivo ilegítimo del despido de la trabajadora, es el de que la despedida se encuentre dentro del período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, no hay duda alguna que el uno o el otro tienen que ser conocidos del patrono al tomar la aludida determinación, pues lógica-

mente —y con lógica actúa el legislador cuando recoge reglas prácticas para estatuir presunciones— no puede imputársele a una persona una consecuencia como la mencionada de un hecho que no ha realizado o que ignora. Por consiguiente, hay que entender implícita en el estudiado artículo del C. S. del T., este requisito del conocimiento por parte del patrono del estado prenatal o de lactancia en que se encuentra su trabajadora cuando la despida, para la estructuración de la presunción de que se viene hablando, y la demostración de su razonable ignorancia, para desvirtuarla. (Juicio de Susana Parra de Forero contra Garulla & Cía. S. A. —2 de septiembre de 1969— Gaceta Judicial Tomo Nº CXXXI bis, páginas Nros. 279 y 280)".

La exigencia del Tribunal respecto a que antes del despido de la trabajadora el patrono conozca su estado de embarazo, no implica en consecuencia la violación del artículo 239 C. S. T., por interpretación errónea, y por esto el cargo no prospera.

Tercer cargo

Se acusa la sentencia por "violación indirecta de los artículos 593, 637 del Código Judicial y 1758 y 1761 del Código Civil, como normas medio. Y del artículo 239 del C. S. del T., por falta de aplicación de todas ellas como consecuencia del evidente error de hecho en que incurrió el Tribunal por falta de apreciación de documentos auténticos que demuestra el despido culpable de la trabajadora embarazada (Ley 16 de 1968, artículo 23)".

Dice el impugnante que el ataque tiene por objeto la casación de la sentencia para que en su lugar se condene a la demandada a pagarle a la actora la indemnización correspondiente por despido en estado de embarazo tal como fue impetrada en el libelo.

Los documentos auténticos que dice el recurrente no fueron apreciados por el sentenciador, ignorándolos totalmente, son los de los folios 88, 5 y 6 del cuaderno principal.

Sobre el primero expresa que contiene la certificación del médico de la Empresa expedido por orden de ésta el 3 de octubre de 1968, en el cual dicho facultativo dejó la siguiente constancia: "Según relata la trabajadora se halla en amenorrea desde agosto ocho (8) de 1968".

La sentencia manifiesta el recurrente no apreció el documento anterior, ni siquiera lo enumera entre las probanzas, a pesar de que es de vital importancia demostrativa porque evidencia de modo incontrastable que la señora de Domínguez solicitó orden para hacerse practicar examen de egreso que le fue entregada en las últimas horas de la tarde del 30 de septiembre de 1968, lunes y el médico solo le dio cita para el día 3 de octubre para la práctica del examen que le fue hecho en las horas de la noche de ese día. Para el impugnador era esa la oportunidad que tenía la trabajadora de informar al médico de la demandada sobre su estado de gravidez.

Agrega el recurrente luego de copiar una cita de comentarista colombiano, que el certificado de egreso le fue entregado a la demandante el 4 de octubre siguiente, de suerte que no cabe la menor duda de que en tiempo hizo conocer a la Empresa su estado de embarazo.

Respecto al documento del folio 5, expresa el censor que se trata del certificado expedido por el doctor Bernardo Montejo sobre el examen de laboratorio practicado a la actora el 1º de octubre de 1968, día siguiente a su despido, según el cual dio resultado positivo la "Reacción de Gravindex".

Manifiesta luego que tal certificación fue entregada por la trabajadora al Jefe de personal de la demandada el mismo día 1º de octubre, y con él se demuestra "apodícticamente" que aquella abrigaba el convencimiento de estar embarazada y que si no lo puso de presente el 30 de septiembre fue porque debió trabajar hasta las seis de la tarde, y luego, al estar desvinculada de la Sociedad, no tuvo más oportunidad de hacerlo, hasta que se le practicó examen de egreso.

En relación con el escrito de folio 6, lo describe e indica su contenido, y afirma que tampoco fue tenido en cuenta por el Tribunal.

Para terminar manifiesta el recurrente:

"Está sobradamente demostrado, en esos tres documentos auténticos, que la señora **Rosalbina Paipa de Domínguez** fue despedida por la empresa en estado de embarazo. Que la trabajadora notició oportunamente a la empresa, dentro de las circunstancias normales, de tal embarazo. Y que la empresa persistió en el despido, a pesar de que tuvo noticias desde el 1º de octubre del estado de gravidez, y luego el 4, por certificación del propio médico de la empresa, y luego, a solicitud de ésta, por medio del certificado de los Seguros Sociales.

"El Tribunal, ni siquiera en forma superficial, se detuvo en la ponderación de estos tres importantísimos documentos, que ni siquiera enumera en su proveído. Los ignoró totalmente".

Violó así el Tribunal de Bogotá, en forma INDIRECTA, los artículos 593 y 637 del Código Judicial, y en relación con ellos, los artículos 1758 y 1761 de Código Civil, sobre el valor probatorio de los documentos auténticos, tanto públicos como privados, como normas medio, por falta de aplicación. Y, consecuencialmente, el artículo 239 del C. S. del T., que consagra la presunción de que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo, y que la trabajadora despedida sin autorización de la autoridad tiene derecho al pago de una indemnización, **por falta de aplicación** de dicha norma al caso debatido: todo a consecuencia del **evidente error de hecho** en que incurrió la Sala al no apreciar los documentos auténticos arriba acotados, es decir, por falta de apreciación de tales pruebas".

El opositor replica este cargo con varios argumentos, siendo el principal el de la que la sentencia descansa en otros soportes de hecho no atacados por el impugnante.

Se considera

De conformidad con el artículo 23 de la Ley 16 de 1969, a que se acoge el recurrente, la violación de la ley por la vía indirecta, se produjo por la falta de apreciación de documento auténtico.

Ha de agregarse, que la Ley 16 de 1969, por la que se gobierna el presente recurso, también contiene como motivo de violación de la ley el que aduce el acusador.

Es verdad que los documentos señalados como no apreciados por el sentenciador son certificaciones de médicos y el resultado de un examen de laboratorio, pero como fueron debidamente reconocidos en juicio, se sabe con seguridad que fueron expedidos por las personas que los suscriben y expedidos en las fechas que en ellos consta, teniendo por tanto el carácter de auténticos.

Sentado lo anterior debe entonces la Sala examinar si los precitados documentos fueron, como dice el recurrente ignorados por el Tribunal y por tanto no apreciados en el fallo acusado.

Cuando el sentenciador examinó la súplica sobre indemnización por despido de la trabajadora en estado de embarazo, se expresó así:

"De consiguiente, y como todos los **elementos de juicio que obran en el informativo** (subraya la Sala) tienden a corroborar la afirmación de la demandada en el sentido de que el informe sobre el embarazo fue posterior a la terminación del contrato, inclusive los aportados por la actora quien confesó esa extemporaneidad tanto en audiencia de conciliación como en posiciones (Fls. 3, 5, 6, 48 a 50, 64 a 67, 67 a 69 y 88), debe entenderse desvirtuada la presunción del artículo 239 en comento y de consiguiente confirmarse la absolución inicial por este concepto".

De la anterior cita del fallo, se deduce que entre los elementos de juicio apreciados por el Tribunal figuraron precisamente

los documentos de los folios 5, 6 y 88 que el censor dice no fueron estimados y ni siquiera figuran en el proveído del ad-quem.

Por todo lo cual el error de hecho imputado al Tribunal no existió.

Además asiste razón al replicante cuando observa que la decisión reposa en otros elementos de juicio, a los que no se refirió el acusador.

El cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 31 de agosto de 1970, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el ordinario laboral que adelantó Rosalbina Paipa de Domínguez contra Distribuidora Pantécnica S. A.

Costas a cargo del recurrente.

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

Jorge Gaviria Salazar, Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DESCUENTOS DE CUOTAS A TRABAJADORES NO SINDICALIZADOS

Ante la imposibilidad legal de beneficiarse de la convención colectiva, por ministerio de la ley o adhiriendo a ella, no es aceptable que a los empleados públicos se les descuenten cuotas para el sindicato de trabajadores oficiales, en razón de ventajas o beneficios que legalmente no pueden disfrutar.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., julio treinta de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

(Acta número 32).

El Sindicato de Trabajadores de las Empresas Públicas de Medellín, representada por su Presidente, demandó por medio de apoderado a **las Empresas Públicas de Medellín,** para que mediante un juicio ordinario de mayor cuantía se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"Primero. Que las **Empresas Públicas de Medellín** están en la obligación de deducir las cuotas ordinarias a los trabajadores no sindicalizados, por cuanto éstos también se están beneficiando del Laudo Arbitral proferido el 14 de agosto de 1967 y de las convenciones colectivas de trabajo suscritas entre las partes —Sindicato de Trabajadores de las Empresas Públicas de Medellín y éstas—. Segundo. Que igualmente las **Empresas Públicas de Medellín** están en la obligación de pagar al Sindicato de las mismas las sumas de dinero dejadas de retener a los trabajadores no sindicalizados, a partir del 8 de septiembre de 1965, o, en subsidio, desde la fecha que se comprobare en el proceso. Tercero. Que las **Empresas Públicas de Medellín** deben reconocer y pagar las sumas de dinero por costas del juicio, al Sindicato demandante, incluyendo los honorarios de abogado, en caso de oposición".

Según los hechos de la demanda, el Sindicato de Trabajadores de las Empresas Públicas de Medellín, entidad con personería jurídica reconocida por la Resolución número 0158 de enero 31 de 1956, publicada en el Diario Oficial número 29037 de mayo 19 de 1956, tiene afiliada la mayoría de los trabajadores de las Empresas Públicas de Medellín, en número de 2.284 trabajadores, y siempre ha contado con más de la tercera parte de los mismos; entre las Empresas y el Sindicato se han celebrado convenciones colectivas en 1958, 1959, 1960, 1961, y 1965, y en 1963 y 1967 fueron proferidos laudos para resolver conflictos colectivos, habiéndose fijado en ellos las condiciones que rigen los contratos de trabajo del personal vinculado a las Empresas Públicas de Medellín; esta entidad se ha negado a retener las cuotas ordinarias a muchos trabajadores no sindicalizados, bajo el pretexto de que son funcionarios públicos sometidos a un régimen legal diferente al contractual; sin embargo, tanto los trabajadores sindicalizados como los no sindicalizados reciben, total o parcialmente, los beneficios otorgados en las convenciones colectivas y en los fallos arbitrales.

Las Empresas Públicas de Medellín, al dar contestación a la demanda, aceptó unos hechos y negó otros. Se opuso a las peticiones con fundamento principalmente en que los empleados públicos vinculados a ella no pue-

den pertenecer al Sindicato de Trabajadores demandante, por lo cual tampoco pueden beneficiarse de Convenciones Colectivas o Laudos, como se desprende del artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, y en que en las Convenciones se pactan garantías que no tienen relación con las condiciones de los contratos de trabajo, o con las condiciones generales de trabajo, contrariando lo dispuesto en los artículos 467 y 468, estipulaciones que son ineficaces para generar en favor del Sindicato la respectiva cuota si el empleado público se beneficia de ellas, como cuando hace compras en una Proveeduría establecida por la Empresa.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el Juez del conocimiento, que lo fue el Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, desató la litis mediante sentencia dictada el cuatro de abril de mil novecientos setenta, por medio de la cual absolvió a las Empresas Públicas de Medellín de los cargos aducidos en la demanda. Apeló el Sindicato de Trabajadores de las Empresas Públicas de Medellín, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral, al decidir la alzada en fallo de veintisiete de junio de mil novecientos setenta, confirmó el fallo de primer grado.

Recurrió en casación la parte demandante. Admitido el recurso por esta Sala, se decidirá previo el estudio de la demanda extraordinaria y la réplica del opositor, presentadas oportunamente.

La sentencia acusada

El fallador de segunda instancia, llegó a la conclusión de que las Empresas Públicas de Medellín, por su origen, constituyen un establecimiento público autónomo, desmembración de la administración municipal y parte integrante del Estado, de conformidad con el Decreto 1050 de 1968; que para desarrollar sus funciones requieren la colaboración tanto de empleados públicos, sometidos a un régimen legal o reglamentario, y de trabajadores oficiales vinculados por un contrato de trabajo; que las convenciones colectivas cobijan a los trabajadores oficiales y excluyen a los funcionarios públicos, principio consagrado en el laudo de 1967 que rige las relaciones entre las partes; que la entidad demandada, con fundamento en el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, determinó su personal de empleados públicos; que los excluídos de esta clasificación son obviamente, trabajadores oficiales, de los cuales hay unos sindicalizados y otros no; que a estos últimos se les ha deducido las cuotas sindicales; que a los empleados públicos en número de 195, no se le retienen cuotas; y que la prima de navidad, el plan de financiación de habitaciones, el fondo rotatorio de préstamos, la prima semestral de junio y los servicios médicos para familiares, son ventajas de que disfrutan también los clasificados como empleados públicos, en virtud de decretos de la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Medellín.

Luego argumenta así: "Tales razonamientos fueron los que llevaron al Juzgado del conocimiento a concluir que a los empleados públicos al servicio de las Empresas demandadas no se les puede retener cuotas sindicales, tesis que la Sala prohija, como se dijo antes, porque la encuentra correcta. Tales empleados no están bajo el imperio del artículo 39 del Decreto 2351 de 1965, porque él mira, dentro del campo propio del derecho del trabajo, a aquellos trabajadores no sindicalizados pero sindicalizables, que se lucran de las convenciones colectivas a ellos extensibles, para comprometerlos a pagar las cuotas de beneficio, en razón de que la norma pretende fortalecer la acción del grupo sindical y, al mismo tiempo, velar por la equidad en las relaciones laborales, pues no sería justo admitir que quienes voluntariamente se marginan de la lucha obrera por mejores condiciones de trabajo, ajenos a los esfuerzos y sinsabores que conlleva, recogieran los frutos de la conquista sin pagar algún precio. Por lo mismo no se puede predicar del grupo de los empleados públicos, quienes no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, aunque lo quisieran, sino elevar "memoriales respetuosos" que contengan solicitudes de interés para el grupo. Si, paralelamente, éste, por decisión del establecimiento, obtiene beneficios semejantes a los conseguidos por los trabajadores oficiales,

tales ventajas no encuentran su fuente en la convención colectiva, a cuya celebración no pudieron contribuir, ni aun deseándolo. Por lo demás, la tesis acogida por el a-quo encuentra respaldo en plurales decisiones de la Corte Suprema de Justicia, algunas de las cuales son citadas por él, lo que da más vigor de certeza a la conclusión".

El recurso

Con fundamento en la causal primera de casación presenta dos cargos, ambos por la vía directa, los que se estudiarán en el orden en que fueron formulados:

Alcance de la impugnación

Pide el recurrente se invalide el fallo de segunda instancia, se revoque la sentencia de primer grado y en su lugar se condene a las Empresas Públicas de Medellín a pagarle a su Sindicato las cuotas ordinarias por beneficio de la convención dejadas de retener a sus empleados que se hayan venido lucrando directamente de la Proveeduría e indirectamente de las demás conquistas convencionales y de los laudos desde el 14 de agosto de 1967, debiendo continuar con esta retención en el futuro, y a pagar las costas de las instancias y del recurso extraordinario.

Con base en la causal primera de casación formula dos cargos, uno principal y otro subsidiario, que se estudiarán en su orden.

"**Cargo principal.** Errada interpretación del Art. 39 del D. L. 2351 de 1965 —**cuota por beneficio de la Convención**—, en relación con sus otros 37, 38 y 23, adoptados como Ley permanente por la 48 de 1968, D. R. 1373 de 1966, Art. 12 y D. 18 de 1958, Art. 2º, 2ª parte y, además, con los Arts. 414, 416, 461, 467, 468; 475, 1º, 13, 18 y 19 del C. S. del T.".

Para el recurrente son hechos indiscutibles que el Sindicato de Trabajadores de las Empresas Públicas de Medellín es una organización sindical de primer grado y de base, con más de la tercera parte de los trabajadores como afiliados y que obtuvo en la convención colectiva de trabajo del 5 de agosto de 1958, recogida en el Laudo de 1967, el establecimiento del servicio de proveeduría para sus afiliados, de la cual gran número de los denominados empleados públicos hace uso.

No obstante lo anterior, dice el impugnador, el ad-quem rechazó las justas aspiraciones del Sindicato, con fundamento en que las Empresas Públicas de Medellín son un establecimiento público autónomo que para el logro de sus fines requiere personal diferente: empleados públicos y trabajadores oficiales; que las convenciones colectivas cobijan a los trabajadores oficiales y excluyen a los funcionarios públicos, situación que conlleva a que no se le puedan retener cuotas sindicales a los empleados públicos, quienes no están bajo el imperio del artículo 39 del Decreto 2351 de 1965, que se refiere a aquellos trabajadores no sindicalizados, pero sindicalizables, entre los cuales no se encuentran los empleados públicos, quienes no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas.

Dice el recurrente que las convenciones colectivas, y los fallos arbitrales que a ellos se asimilan, tienen por objeto fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo y las condiciones generales del trabajo; los acuerdos relacionados con los elementos esenciales del contrato de trabajo se refieren a las primeras y otros acuerdos que tienen que ver con el "habitat" del trabajador, comodidad, recreación, beneficios generales, etc., a las segundas. Estas últimas sí pueden extenderse, según el impugnador, a los empleados públicos, pues el hecho de que no puedan sindicalizarse con los trabajadores oficiales, ni presentar con ellos pliegos, ni negociarlos o forzar su arbitramento, circunstancias perjudiciales a la índole de su relación legal y reglamentaria con la administración, no implica "que unidos no puedan luchar por logros mínimos provechosos a sus condiciones generales de trabajo, o empleo", como lo son obtener una adecuada iluminación para el lugar de la faena, buenos restaurantes, proveedurías, almacenes, etc., circunstancia que admitió el Tribunal al reconocer que numerosos

empleados de las Empresas Públicas de Medellín se benefician de los servicios de la proveeduría conquistada por sus trabajadores, sin estar sometidos a lo que dispone el artículo 39 del Decreto 2351 de 1965, situación que el Juzgador de primer grado calificó de aberrante, y que el ad-quem prohijó al confirmar su fallo, limitándose a dar consejos a los Altos Empleados Públicos, beneficiarios incorrectos de las conquistas de los trabajadores.

Expresa el casacionista su concepto en relación con la errada interpretación de las normas y termina su argumentación así:

"El Honorable Tribunal tomó el artículo 39 citado, en sus términos semánticos y se quedó con ellos en los mismos, de una parte; de la otra, muy cortés con el legislador, le atribuyó su propio pensamiento social con respecto de su 'razón' y 'alcance' y se encerró con él, otra vez, en aquellos. Prisionero de la exégesis, renunció a administrar justicia y se limitó a ratificar consejos, se repite; renunció a interpretar la ley en relación con la cuestión debatida y lo hizo simplemente con sus términos, su propia atribuída intención, aislado de las tópicas metajurídicas en discusión. Olvidó los artículos 1º, 18, 19 y 471 de los Códigos Laboral y del Procedimiento Civil. Renunció a saber que la equidad es un instrumento precioso del juez para integrar una proposición de cuya aplicación resulte una decisión conforme con la justicia; renunció a saber, en fin, que fuera de la exégesis, la ley se puede interpretar, también, analógicamente (**a simili ad simili**) para mayores provechos.

"5.1.9.2 Implícitamente, en cambio, razonó **a contrario**, deduciendo la inaplicabilidad del Art. 30 citado al caso. De manera equivocada, desde luego, si se considera que el argumento solo es de recibo cuando la norma contiene un **cuantificador** que indique claramente a quiénes y solo a quiénes tiene que aplicarse y que el lenguaje jurídico objetiviza por recurso a las palabras 'solamente', 'exclusivamente', 'únicamente', etc., que deben constar presis verbis en su contexto, según lo han enseñado Georges Kalinowski y Eduardo García Maynes (Lógica del Raciocinio Jurídico); que la ley debe ser interpretada de modo que procure la justa solución del problema debatido y que dicha solución reclamaba como correcta y adecuada para el fin aludido, la argumentación **a simili ad simili**, es decir la interpretación analógica de la misma, esto es la contraria a la empleada por el juzgador para consolidar el problema.

"5.1.11. Hoy por hoy, con diferencia del siglo pasado, la ley no se interpreta por sus términos y con sus términos para quedarse con ellos; ni recurriendo a la 'razón legal del legislador' que más puede interesar al poderoso y a la 'noticia fidedigna de su establecimiento', en pretensión de que 'la troyka' de la historia permanezca y se fortalezca el "Stablishment'. Actualmente, tanto el nivel lingüístico de comprensión de la escritura legal como el objetivo sobre la intención del legislador, son simples medios para procurar la realización del Derecho Objetivo en relación con los hechos debatidos, como medio, a su vez, para alcanzar la justicia, justicia relativa, entonces, a la controversia, a la ley aplicable, al derecho, y al criterio judicial, más o menos justo, según se acuerde o aparte de la equidad. Claro que de las solas ley y exégesis, puede derivarse una decisión justa para la controversia, pero no siempre. En la excepción, el juez obligado por la ley a administrar justicia, deberá recurrir a su información y sensibilidad social con miras a procurarse una 'Ratio Legis Judicial' por extensión que, consultada la 'naturaleza de las cosas' (Cfr. **Coing, Helmut, Grunsuge Der Rechtsphilosophie'** Walter Gruyter, Berlín, 1.9.50), haga posible el cumplimiento de su deber, dentro de un amplio margen de creatividad, a semejanza de los buenos tiempos del 'Ius Honorarium', con ayuda de la equidad, o solo con ella, según corriente del pensamiento que ahora impulsan **Zitelman, Kelsen, Ross, Parelman, Klug y García Maynes**, entre otros, y que abrevan nuestros desusados artículos 1º, 18, y 19 del C. S. del T.

"5.1.12. Se ha entendido que la analogía jurídica, al igual que las extrajurídicas, reclama de las situaciones expresamente reguladas por la norma de las situaciones ex-

presamente reguladas por la norma, parecido semejante, esencial o por lo menos importante, con las extrañas, que se pretenden abarcar.

"5.1.12.1. Lo que sea semejante, esencial o importante, **en casos diferentes**, 'depende de nuestro conocimiento previo y de nuestra perspectiva mental, que determina nuestras expectativas' (Cfr. **Sttebing, L. Susan, 'Introducción Moderna a la Lógica', Unam**, 1965).

"5.1.12.2. Las consecuencias del razonamiento en el campo jurídico resultan claras: **La analogía depende tanto de nuestra información jurídica como de nuestras convicciones sociales.**

"5.1.12.3. Si el razonamiento analógico facilita encontrar una razón judicial suficiente en materia jurídica y ésta depende de nuestras perspectivas mentales, dicha perspectiva será orientada por nuestra sensibilidad social. Además, en punto de derecho laboral, por su objetivo: el hombre. Pero el hombre que trabaja asalariado, alienado, **para otro** y necesita como vital la pacificación de su espíritu. De este modo el sustractum de la analogía no es típicamente lógico-formal, sino axiológico pues el juez ya no decide con las solas palabras de la ley, ni como pensó el legislador al redactarla, sino como piensa él que debe resolverlo, dándole apariencia legal a una solución de equidad, según **Kelsen**. 'En la analogía no existen dudas sobre el significado semántico o la 'ratio legis' de la norma, sino más bien un saber negativo sobre su existencia para regular un caso determinado y solo podemos captar solo el **cometido axiológico** y de este procedimiento si entendemos que recurrimos a ella porque la norma determinada para un caso no está expresamente consagrada o prevista. El juez no extiende una norma a otra sino que por motivos axiológicos crea una que se dice estar dentro del campo de referencia semántica de otra norma que no le sirve para solucionar el caso. Esto, obviamente, supone un salto al vacío desde el punto de vista lógico, pero es de todos modos el remedio social que la judicatura dispone en ciertos sistemas jurídicos como solución más efectiva, no tanto de la laguna que técnicamente supone la inexistencia de la norma, sino de un problema social como lo implica el sobre el cual el juez debe resolver (**Gómez Duque**, Luis Fernando 'La interpretación del Derecho en Colombia', Ed. Crítica Jurídica, Bogotá, 1970, Pág. 49).

"5.1.13. Por lo expuesto, sostengo que la interpretación correcta del artículo 39 del Decreto Legislativo número 2351 de 1965 (elevado a ley permanente por la 48 de 1968), en relación con las otras disposiciones citadas al principio, los hechos debatidos y probados y la obligación judicial de resolver con justicia la aberrante situación reconocida, mediante su aplicación, es la **extensiva analógica** y que es errada la exegética —a contrario— que llevó a su falta de aplicación y deberá conducir a la invalidación del fallo acusado".

El opositor se refiere a los argumentos del recurrente y dice que éste sostiene "Que existe interpretación errónea de la ley cuando se la aplica solamente a la situación prevista en su texto, y no la extiende mediante una interpretación analógica a otras situaciones, lo que conduciría, entonces sí a la violación de un conjunto de textos legales que regulan, en forma diferente y clarísima la situación debatida". Considera débil la tesis y argumenta en forma amplia sobre este aspecto de la acusación, y concluye que el Tribunal Superior interpretó correctamente el artículo 39 del Decreto 2351 de 1965.

Se estudia el cargo

El Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 3º, establece que sus normas regulan las relaciones de derecho individual del trabajo de carácter particular y las de derecho colectivo del trabajo, oficiales y particulares.

En la segunda parte, o sea la que contempla el Derecho Colectivo del Trabajo, el mismo estatuto, al referirse al derecho de asociación de los trabajadores del servicio oficial, hace la distinción, en su capítulo IX

entre los sindicatos formados por empleados públicos y los demás trabajadores oficiales vinculados por contrato de trabajo, limitando las funciones tanto de los unos como de los otros. Así el artículo 414 señala las funciones de los sindicatos de empleados públicos, que difieren de las de los trabajadores particulares, principalmente en cuanto a las facultades de elevar pliegos de peticiones y celebrar convenciones colectivas, de las que carecen, en virtud de la limitación impuesta por el artículo 416, pudiendo solamente presentar memoriales respetuosos que interesen a todos sus afiliados en general, o reclamaciones relativas al tratamiento de que haya sido objeto cualquiera de éstos en particular, o sugestiones encaminadas a mejorar la organización administrativa o los métodos de trabajo, con la obligación correlativa para las autoridades y superiores jerárquicos de recibir oportunamente a los representantes del sindicato y de procurar la adecuada solución a sus solicitudes, como lo dispone el artículo 415 ibídem.

Por su parte, los sindicatos de trabajadores oficiales vinculados por contrato de trabajo tienen las mismas funciones que los sindicatos de trabajadores particulares, con la limitación de declarar o hacer huelga que también, obviamente, rige para los sindicatos de empleados públicos. (Artículo 416 del C. S. del T.).

La razón para que los sindicatos de empleados públicos no puedan elevar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, se fundamenta en que estando dichos servidores ligados a la administración pública por un régimen legal y reglamentario, sus derechos y obligaciones se fijan en leyes y reglamentos, actos unilaterales en los cuales el Estado fija las condiciones que juzga necesarias para el servicio sin que intervenga la voluntad de los servidores oficiales lo que no obsta para que éstos, por medio de delegados, expresen a los superiores jerárquicos sus deseos de mejoramiento; pero radica en los jefes de la administración respectiva la facultad de tomar las decisiones que impliquen un mejoramiento, sea salarial o de otra naturaleza, de las condiciones en que se presta el servicio.

Cuanto al campo de aplicación de las convenciones colectivas, los artículos 37, 38 y 39 del Decreto 2351 de 1965, que sustituyeron a los artículos 470 y 471 del Código Sustantivo del Trabajo, los que a su vez habían sido modificados por los artículos 1º y 2º del Decreto 18 de 1958, contemplan una serie de reglas que pueden sintetizarse así: Las normas de la convención colectiva celebrada por un sindicato que no agrupe más de la tercera parte de los trabajadores de la empresa, solamente son aplicables a los miembros del sindicato que la haya celebrado, y a quienes adhieran a la convención o ingresen posteriormente a la organización sindical. Los trabajadores no sindicalizados que adhieran a la convención, quedan obligados a pagar al sindicato, durante su vigencia, la mitad de la cuota ordinaria con que contribuyen los afiliados.

La extensión a los no sindicalizados se produce, en consecuencia, por la adhesión expresa o tácita de quien se acoge a los beneficios convencionales, obligándose con el sindicato, como contraprestación, a pagarle la mitad de la cuota ordinaria exigida a los afiliados.

Si la convención es suscrita por un sindicato que tiene como afiliados más de la tercera parte de los asalariados de la empresa, el régimen convencional se extiende por ministerio de la ley a todos los trabajadores, sean o no sindicalizados, con la correlativa obligación para estos últimos de pagar al sindicato, durante la vigencia de la convención, una suma igual a la cuota ordinaria con que contribuyen los sindicalizados. Sin embargo, pueden los no afiliados renunciar a los beneficios de la convención, caso en el cual quedan exonerados de contribuir al sindicato.

La aplicación de las normas que se han sintetizado no tiene dificultad alguna cuando se trata de empresas particulares. Tampoco existe cuando el sindicato que celebra la convención está constituído por trabajadores oficiales, vinculados por contrato de trabajo, y los no afiliados que tengan el mismo régimen de vinculación quieren acogerse a los beneficios convencionales pagando la mitad de la cuota ordinaria al sindi-

cato, si éste no agrupa la tercera parte de los trabajadores o beneficiándose por ministerio de la ley si el sindicato lo forma más de la tercera parte de los trabajadores vinculados por contrato de trabajo, pagando la cuota sindical completa, salvo que se produzca la renuncia a los beneficios convencionales.

La dificultad se presenta cuando en la entidad oficial coexisten trabajadores vinculados por contrato de trabajo y empleados sometidos a un régimen legal reglamentario, y el sindicato constituído por los primeros celebra una convención colectiva. El Tribunal Superior, en el fallo acusado, estimó que la convención se extendía a los trabajadores no sindicalizados, pero sindicalizables, entendiendo por estos últimos a los vinculados por contrato de trabajo, con exclusión de los empleados públicos.

Ahora bien: como ya se dijo al estudiar los artículos 414, 415 y 416 del Código Sustantivo del Trabajo, los empleados públicos, o sean los sometidos a un régimen legal o reglamentario, gozan del derecho de asociación, con las limitaciones ya vistas. De ahí que esta argumentación del ad-quem no sea totalmente correcta, aun cuando la conclusión consulta el sentido de las normas acusadas como erróneamente interpretadas.

A los empleados públicos, no les está permitido, directamente o a través de la organización sindical a la cual pertenecen, celebrar acuerdos o convenciones colectivas sobre las condiciones de trabajo. El régimen a que están sometidos es impuesto unilateralmente por la ley o reglamento expedido por autoridad competente. Por esta razón, tampoco les es aplicable un régimen convencional pactado por trabajadores vinculados por contrato de trabajo que prestan sus servicios a la misma entidad oficial, pues ello implicaría una modificación al sistema unilateral contenido en normas y reglamentos.

Así lo ha entendido esta Corporación reiteradamente como puede verse en los siguientes pasajes del fallo de treinta y uno de julio de mil novecientos sesenta y siete, Homologación del Laudo dictado el veintiuno de marzo del mismo por el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver el conflicto colectivo surgido entre las Empresas Municipales de Calarcá, Quindío y su Sindicato de Trabajadores.

"Sea, para empezar, oportuno decir lo tan conocido de que para la prestación de los servicios públicos el Estado ocupa a sus colaboradores, ya mediante una relación de derecho público o por medio de un contrato de trabajo, según la naturaleza de la actividad genérica en que el servidor sea empleado. Esta diversa naturaleza del vínculo jurídico de colaboración (aparte de la que se obtiene de los particulares o por otros sistemas de contratación que no crean la relación permanente de servicio personal), determina medios y formas de ingreso y de fijación de las condiciones de trabajo distintas. Mientras respecto de quienes ingresan al servicio público y ejecutan su labor mediante un contrato de trabajo, hay por lo menos un campo considerable de convención, en que la voluntad del trabajador puede concurrir al señalamiento de esas condiciones, en relación con los servidores públicos que ingresan gracias a una relación de derecho administrativo, no existe ningún aspecto de deliberación sobre las características de la labor que han de desempeñar ni su retribución. Tan solo es de su parte el acto de aceptación del empleo, sometido en las modalidades de la incorporación al servicio y en su desempeño a un estatuto con respecto del cual no puede existir sino la adhesión del servidor". De otro lado, no apenas dentro de los servicios públicos centralizados, sino en los confiados a organismos públicos autónomos, tanto la organización en sindicatos como el régimen jurídico de relación colectiva e individual de los servidores públicos, tienen que acomodarse a su propia naturaleza, y no hay lugar al hibridismo ni a la invasión de un campo por normas que pertenecen a la regimentación del otro. Y así, los colaboradores del Estado con relación de derecho

público en la prestación de sus servicios, solo pueden agruparse gremialmente, y para los fines exclusivos señalados en la Ley, en los llamados sindicatos de "empleados públicos" por el C. S. del T. (Arts. 414 y ss.), mientras que los trabajadores oficiales con vínculo laboral, pueden hacerlo en sindicatos similares a los de los trabajadores privados y con prerrogativas semejantes, con la única restricción del derecho de huelga. La situación legal y estatutaria del colaborador oficial con vínculo de derecho público para la prestación de su servicio, pues, todo medio convencional, sea individual o colectivo, para crear o variar esa situación, porque ella nace del ejercicio de facultades constitucionales y legales otorgadas exclusivamente a órganos del Estado. De otra parte, debe tenerse presente que, en correspondencia armónica con este principio de origen constitucional, el radio de vigencia de la convención colectiva de trabajo, contenido en la definición que de ella trae el artículo 467 del C. S. del T., se circunscribe a la fijación de "las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia". Lo que significa que la convención no tiene poder legal, según su propia naturaleza jurídica, para regir en campo distinto del propio del contrato de trabajo. Y también que si una convención invade terrenos diferentes, se sale de su radio de vigencia, sin eficacia por consiguiente, y con quebrantamiento de su norma orgánica. En concordancia con esto, dado que el laudo arbitral que pone fin a un conflicto colectivo de trabajo, tiene, por disposición del artículo 461 del C. S. del T. "el carácter de convención colectiva" en cuanto a las condiciones de trabajo, para él rigen las mismas normas que para la convención en los aspectos anotados antes. Ni la convención colectiva de trabajo ni el laudo arbitral, tienen poder legal para fijar o modificar condiciones de servicio de los colaboradores oficiales sujetos a una situación legal o reglamentaria, es decir, vinculados al Estado, en cualquiera de sus organismos, por una relación de derecho público, sin violar, además de los artículos 467 y 461 del C. S. del T., las disposiciones constitucionales y legales —entre ellas el ordinal 9º del artículo 76 de la Carta— sobre facultades a los órganos estatales para crear empleos, fijarles funciones y asignaciones, y nombrar y remover empleados públicos dentro de las condiciones de acceso y el período fijados por la Ley".

Ante la imposibilidad legal de beneficiarse de la convención colectiva, por ministerio de la ley, o adhiriendo a ella, no es aceptable que a los empleados públicos se les descuenten cuotas para el sindicato de trabajadores oficiales, en razón de ventajas o beneficios que legalmente no pueden disfrutar, como acertadamente lo estimó el ad-quem.

Mas lo anterior no obsta para que la administración pública, unilateralmente y dentro de los procedimientos legales o reglamentarios, conceda a los empleados públicos, cierta clase de beneficios, que pueden ser los mismos que los consagrados para los trabajadores oficiales en las convenciones colectivas. Mas en estos casos el disfrute de los beneficios deriva del acto administrativo y no de la convención colectiva.

Este fue el procedimiento adoptado por las Empresas Públicas de Medellín en relación con sus empleados públicos, como lo dice la sentencia acusada, sin que esta afirmación, que implica una cuestión de hecho, hubiese sido censurada en el cargo que se estudia.

El recurrente hace una distinción entre las cláusulas de la convención colectiva que se refieren a "las condiciones que regirán los controles de trabajo durante su vigencia", a que se refiere el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo, y las que fijan "las condiciones generales del trabajo" mencionadas en el artículo 468 ibídem, y dice que las primeras no se aplican a los empleados públicos, mas sí las segundas, que a su juicio pueden ser comunes para toda clase de servidores oficiales. Esta distinción no es correcta desde el punto de vista jurídico, por cuanto las convenciones colectivas regulan el contrato de trabajo en todos sus aspectos, entre los cuales se encuentra lo que el casacionista denomina "habitat" del trabajador. Pero aun en el supuesto de que

las unas y las otras regulen materias diferentes, ellas son inaplicables a los empleados públicos, no por su objeto, sino por el origen, que es convencional.

Por último, el impugnador argumenta que no existiendo norma que rija el caso en estudio, o sea la deducción a los empleados públicos de las cuotas para el sindicato por beneficiarse de la convención, es aplicable el artículo 39 del Decreto 2351 de 1965, que no indica claramente a quienes y solamente a quienes cobija. Sin embargo, para que pueda aplicarse una norma por analogía, es necesario que el supuesto al cual va a extenderse sea similar al contemplado por ella. Y aquí no se presenta esta situación, porque tanto el régimen legal individual como colectivo a que están sometidos los empleados públicos, difiere esencialmente del contractual que rige a los trabajadores oficiales, como se ha dicho a lo largo de este fallo.

Habiendo interpretado correctamente el Tribunal Superior las normas citadas como erróneamente interpretadas, la acusación contenida en este cargo no prospera.

"**Cargo subsidiario. Violación expresa** (o por falta de aplicación) del artículo 19 del C. S. del T., en concordancia con los 8º, 5º, 4º y 471 de la Ley 153 de 1887 y del Código de Procedimiento Civil, determinante (como medio) de la no aplicación de la 'equidad', en relación con los principios de 'coordinación económica', 'equilibrio social', y 'prohibición del enriquecimiento sin causa (Arts. 1º del C. S. del T., y 2310, 2313 y 2315, especialmente, del C. C.) y los Arts. 23 y 18 Nº 2º, 2ª parte de los Dtos. 2351 de 1965 y 1968, en la decisión del caso particular".

Al sustentar el cargo, el casacionista dice que a pesar de haber reconocido el ad quem que 195 empleados se beneficiaban de la convención colectiva, negó las peticiones del sindicato demandante, pues consideró que no existe ley que le confiera el derecho reclamado. "Pero la falta de ley aplicable —agrega el recurrente— no autoriza para dejar sin decisión el caso sometido a la jurisdicción, mucho menos para desplazar su resolución a una de las partes del juicio. El Juez está obligado siempre a dispensar justicia en los casos que ante él se debaten. De aquí que el reconocimiento de que falta ley aplicable al caso, no sea sino la base para que de conformidad con el Art. 19 del C. S. del T., en concordancia con los 8º, 5º, 4º y 471 de la Ley 153 de 1887 y Código de Procedimiento Civil, integrado al Laboral por disposición del 145 de este procedimiento, dé aplicación a la equidad y principios generales del derecho, sin otra obligación que la de motivar la decisión, según el Art. 163 de la C. N.".

Se refiere luego a lo que según su criterio debe entenderse por equidad, y termina así: "La utilidad del juicio equitativo se funda, precisamente, en que significa una innovación frente a un caso totalmente imprevisto por la ley, de una parte y, de la otra, un correctivo a la injusticia de la ley en relación con un caso particular y solución segura a situaciones como la debatida que imperiosamente reclama alguna: ella, y no consejos, justicia y no injusticia. Coordinación económica y armonía social, no imposición de beneficios incorrectos y sin contraprestación, sin ninguna causa ilícita, por quienes más tienen que dar en perjuicio de aquellos de quienes más han recibido y menos pueden ofrecer: de los empleados respecto de los trabajadores y a la inversa".

El opositor estima que la decisión tomada por el Tribunal Superior no viola los principios de la equidad, y que por el contrario, si le hubiese dado al artículo 39 del Decreto 2351 una interpretación analógica extensiva, habría violado los principios esenciales de la equidad, porque no es concebible que a empleados públicos que no tienen posibilidad legal de celebrar convención colectiva de trabajo, ni a quienes es extensible la convención que celebre el sindicato de base de trabajadores oficiales, se les obligue a concurrir al pago de la cuota sindical por beneficio de la convención. Agrega que el recurrente incurre en magno error al afirmar que el Tribunal Superior no decidió el caso controvertido, lo que sí hizo, pues absolvió a la demandada de las peticiones de la demanda, lo cual es decidir.

Se considera

El artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo que indica el recurrente como violado principalmente, no es una norma sustancial de carácter laboral, pues no consagra derecho material alguno; se limita a establecer el principio de que cuando no haya norma exactamente aplicable al caso controvertido, se aplica la que regule casos o materias semejantes, los principios que se deriven del Código, la jurisprudencia, la costumbre o el uso, la doctrina, etc. Las normas citadas de la Ley 153 de 1887, del Código de Procedimiento Civil y del Código Civil, tampoco consagran derechos materiales. El artículo 1º del Código Sustantivo del Trabajo señala los fines de dicho estatuto laboral. El artículo 23 del Decreto 2351 de 1965, aun cuando se refiere al derecho de las asociaciones sindicales a que los patronos respectivos deduzcan de los salarios de los trabajadores afiliados el valor de las cuotas ordinarias o extraordinarias, no consagra el derecho cuyo reconocimiento se persigue en el juicio, cual es el de que se le deduzca a los trabajadores no afiliados la cuota con que contribuyen los afiliados al sindicato, como contraprestación por los beneficios de la convención colectiva que se les han hecho extensivos.

Es jurisprudencia reiterada de esta Corporación que toda acusación en el recurso extraordinario debe contemplar una proposición jurídica completa, lo que no se presenta cuando se omite señalar como violadas las normas sustanciales que consagran los derechos y obligaciones cuyo reconocimiento o desconocimiento se pretende a través del recurso. El recurrente, en la formulación y sustentación del cargo, no señaló la disposición que consagra el derecho del sindicato, cuyo reconocimiento pide previa la casación del fallo recurrido, omisión que impide que la proposición jurídica sea completa, y hace inadmisible la acusación.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral.

Costas del recurso a cargo de la parte recurrente.

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

Jorge Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ESTABLECIMIENTO PUBLICO

El concepto de establecimiento público que presenta el recurrente, puede no ser exacto, ya que mientras unos tratadistas exigen que la actividad del establecimiento público sea estrictamente de carácter administrativo, otros admiten que ella puede consistir en un servicio público, en una necesidad general no obligatoriamente a cargo del Estado, sino muchas veces satisfecha también por particulares.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, julio treinta y uno de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Córdoba Medina).

(Acta número 39).

Esta providencia resuelve los recursos de casación interpuestos por los apoderados de **Santiago Vargas Lorenzana y de la Clínica de Maternidad de Medellín,** contra la sentencia dictada el trece (13) de julio de mil novecientos setenta (1970), por el **Tribunal Superior del Distrito Judicial** de dicha ciudad, en el juicio seguido por el señor Vargas contra la entidad mencionada.

Antecedentes

El señor Santiago Vargas Lorenzana, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía número 542044, demandó a la Clínica de Maternidad de Medellín, para que fuera condenada a pagarle: remuneración del descanso en domingos y festivos, indemnización por despido injusto, reajuste de prestaciones, indemnización por falta de pago, pensión especial de jubilación y las costas del juicio.

Los hechos en que se apoya el libelo, son:

"Primero. En el cargo de Jefe de la Oficina de Propaganda Exterior trabajé al servicio de la **Clínica de Maternidad de Medellín Luz Castro de Gutiérrez** en forma continua durante el lapso comprendido entre el 21 de noviembre de 1957 y el 4 de marzo de 1968. La relación laboral se reguló mediante contrato suscrito con el representante legal de esa entidad cuyo original reposa en los archivos de la Clínica.

"Segundo. Como remuneración por los servicios prestados se me cubría una comisión equivalente al 30% sobre el total de las entradas netas mensuales obtenidas por conducto de la oficina a mi cargo. Este porcentaje o comisión sobre los ingresos líquidos constituía, en forma exclusiva, el salario devengado, es decir, carecía de sueldo mínimo fijo.

"Tercero. Durante el tiempo que estuve vinculado a la Clínica, o sean diez años, 3 meses y 12 días, nunca se me llegó a remunerar los dominicales y demás festivos de la semana, en otras palabras, los días de descanso legalmente obligatorio y remunerado, toda vez que al constituir la comisión aludida en el hecho anterior la única y exclusiva fuente de remuneración, lógica solo me cubrían el trabajo **efectivamente desempeñado.** Por consiguiente, dentro del salario devengado no podía entenderse comprendido el pago del descanso en los días en que es legalmente obligatorio y remunerado.

"Cuarto. El servicio que presté a la Clínica fue siempre eficiente y dio cuantiosos ingresos con los cuales la entidad podía solventar parte de sus gastos a pesar de la falta de colaboración en mi gestión de parte de la Junta Directiva y Administración durante el último período de labores. En numerosas ocasiones me dirigí a la dirección de la entidad a fin de que subsanara deficiencias que no era de mi competencia resolver pero a dichos informes se les prestaba poca atención. De estas observaciones hay constancia en los archivos de la Clínica.

"Quinto. Por oficio de fecha 29 de febrero de 1968, el administrador de la Clínica, señor Angel Francisco Escobar G., me comunicó que la Clínica había resuelto prescindir de mis servicios como Jefe de la Oficina de Propaganda Exterior, agradeciéndome los servicios prestados a la Institución. En dicho comunicado se habla de incumplimiento de mi parte a obligaciones contractuales pero hasta la fecha no me han concretado tal cargo, razón por la cual desconozco la naturaleza del supuesto incumplimiento de mis deberes. Por el contrario, como afirmé en el hecho antecedente, la ejecución del contrato de mi parte se ciñó estrictamente a sus cláusulas reguladoras y a las normas legales. De ahí que en carta fechada en esta ciudad el 1º de marzo de 1968, dirigida al señor Escobar G., exigí una debida explicación que hasta la fecha no me ha sido dada acerca de las "razones" que tuvo la Clínica para prescindir en forma unilateral de mis servicios, ofreciendo entregar la Oficina a mi cargo, en presencia del Revisor Fiscal de la Institución.

"Sexto. Como puede inferirse de los hechos anteriores, el haber trabajado al servicio de la entidad en referencia durante un lapso continuo de 10 años, 3 meses y 12 días y el hecho de haber sido despedido sin justa causa me dan derecho a que la Clínica de Maternidad de Medellín Luz Castro de Gutiérrez me pensione una vez cumpla la edad legal de 60 años.

"Séptimo. De otra parte, la Clínica, al dar por terminado el contrato de trabajo que me ligaba con ella, en forma unilateral y sin justa causa comprobada, me adeuda la indemnización de que trata el literal d), numeral 2º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, o sean 45 días de salario por el primer año de servicios y 30 días adicionales de salario por cada uno de los años subsiguientes al primero (9 años) y proporcionalmente por la fracción de 3 meses y 12 días.

"Octavo. El 25 de abril de 1968 la Clínica practicó una liquidación de cesantía por todo el tiempo trabajado, prima de servicio proporcional al tiempo trabajado durante el año de 1968, vacaciones durante los últimos 3 años y prima de vacaciones equivalente a 8 días de salario por el lapso comprendido entre el 21 de noviembre de 1966 y el 21 de noviembre de 1967. En ella se han omitido los reajustes, prestaciones e indemnizaciones que son materia de reclamo en este libelo.

"Noveno. Hasta el presente la Clínica se ha negado al pago de los reajustes salariales por concepto de remuneración de los días de descanso legalmente obligatorios y remunerados; al reajuste de cesantía, primas de servicio y prima de vacaciones a que tengo derecho al aumentar el promedio salarial; al reconocimiento de la pensión de jubilación por haber sido despedido sin justa causa habiendo laborado más de diez años continuos y al pago de la indemnización legal por terminación unilateral del contrato sin justa causa. Por esta razón me adeuda además una suma igual al último salario diario por cada día de retardo en el pago.

"Décimo. En cartas fechadas en esta ciudad el 6 de mayo y 28 de noviembre de 1968, dirigidas a la Clínica, formulé las reclamaciones a que hago referencia en este memorial. En esta forma he agotado el procedimiento gubernativo exigido por el artículo 6º del Código de Procedimiento Laboral".

La parte demandada contestó el libelo de la siguiente manera.

"1º La Clínica demandada es una entidad oficial del Municipio de Medellín creada por Acuerdo número 18 del 1º de agosto de 1949 del Concejo de esta ciudad.

"2º Es una entidad de beneficencia o de utilidad común. No tiene carácter de empresa industrial o comercial.

"3º Las relaciones laborales con sus empleados tienen carácter puramente oficial y de acuerdo con los artículos 3º y 4º del Código Sustantivo del Trabajo no son aplicables las normas sobre derechos individuales que el mismo Código para los trabajadores particulares trae.

"4º Por esto, el Decreto 2351 de 1965 sobre indemnización por ruptura de contrato no tiene aplicación en el caso presente. Sus normas individuales por estar incorporadas en el Código Sustantivo del Trabajo, rigen solamente para los empleados particulares. Además, la legislación que ha empezado a regir en este año de 1969 para los trabajadores oficiales, le quita a la relación laboral el carácter de contrato respecto a las instituciones sin ánimo de lucro, como la clínica demandada, y hace variar la competencia para decidir.

"5º La remuneración por el descanso dominical solo pertenece a quien haya contraído la obligación de prestar los servicios todos los días laborables de la semana y que no falte a ellos sin causa justa. El demandante no estaba obligado a cumplir funciones que le embargaran todos los días ni todas las horas, pues prestaba sus servicios sin sujeción conforme a cláusula expresa de su contrato, aun desde su propia oficina que lleva el nombre de Publicidad Faro Ltda.

"6º Por lo mismo, no es posible acumular para efectos de jubilación los años que él dice haber servido. Es necesario examinar si el señor Vargas Lorenzana como ex-miembro de las Fuerzas Armadas goza de pensión de retiro que sea incompatible con la pretendida pensión de jubilación.

Por lo dicho propongo las excepciones de incompetencia de jurisdicción, carencia de fundamento legal para demandar obligaciones de índole particular o privada, inexistencia de los pretendidos derechos de jubilación, reajustes y remuneración del descanso por inexistencia de las condiciones legales para su nacimiento. También propongo la excepción de pago y prescripción".

El día veintiuno de abril de mil novecientos setenta, el Juez Segundo Laboral del Circuito de Medellín, absolvió a la demandada de todos los pedimentos del libelo y no hizo condenación en costas. El fallador estimó que la remuneración de los descansos estaba comprendida en el salario mensual por porcentaje, que no eran aplicables normas del Código Sustantivo para efectos del despido, que el demandante no podía gozar de pensión por estar recibiendo renta procedente del tesoro público, y que consecuencialmente eran improcedentes los reajustes y la indemnización por falta de pago. Apeló el apoderado del actor.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en sentencia de la cual se ha hecho mención, revocó el fallo de primer grado, condenó a la Clínica de Maternidad de Medellín a pagar $ 4.123.58 como indemnización por despido injusto, y $ 619.65 mensuales desde que el demandante cumpla 60 años, como pensión de jubilación, absolvió de las restantes peticiones y se abstuvo de hacer condenación en costas. Estimó el adquem que la remuneración del descanso en festivos y domingos, estaba comprendida en el salario, que el despido no fue justificado, que la pensión de jubilación no era incompatible con el sueldo de retiro de que disfrutan los miembros de las Fuerzas Armadas, y que la demandada cubrió oportunamente lo que consideró deber. Ambas partes interpusieron recurso de casación.

Se estudiará en primer lugar la demanda de la entidad, porque con ella se pretende destruir la base de las peticiones que se buscan con el recurso del trabajador.

Demanda de la entidad

El apoderado de la Clínica de Maternidad de Medellín presenta tres cargos, con los cuales desarrolla el alcance de la impugnación, que formula así:

"Pretendo el quebrantamiento parcial del fallo recurrido, en cuanto declara no probadas las excepciones propuestas por la Clínica de Maternidad de Medellín y en cuanto condena a esta Institución al pago de $ 4.123.58 como indemnización por despido injusto, y a la suma de $ 619.65 como pensión mensual vitalicia de jubilación, exigible cuando el demandante cumpla la edad de sesenta años, o desde la fecha de la sentencia si ya los hubiere cumplido, para que, convertida esa Superioridad en tribunal de instancia, confirme en todas sus partes la sentencia absolutoria de primer grado, imponiéndole al demandante las costas de la actuación en ambas instancias y en el recurso".

Primer cargo

Se acusa la sentencia del ad-quem de ser violatoria por aplicación indebida de los artículos 8º de la Ley 171 de 1961 y 21 del Decreto 1611 de 1962, y de los artículos 40, 43 y 51 del Decreto 2127 de 1945, en relación con el artículo 11 de la Ley 6ª del mismo año, como consecuencia de errónea interpretación del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª del mismo año, en su artículo 1º.

Después de transcribir algunos apartes del fallo impugnado, el acusador advierte que no discute la índole de la labor ejecutada, ni impugna el análisis que el Tribunal hace de la cuestión probatoria por este aspecto, pero estima que hubo interpretación errónea del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, porque el fallador a pesar de admitir que la Clínica de Maternidad de Medellín es un establecimiento público, concluye que el demandante, dada la índole de la labor ejecutada al servicio de la Institución, fue un trabajador oficial vinculado a la administración pública por contrato de trabajo.

Afirma el censor que la labor del demandante no está comprendida en los casos de excepción del mencionado artículo 4º, ya que el carácter de establecimiento público de la Institución, no permite que se la considere como construcción o sostenimiento de obras públicas, ni como sociedad industrial, agrícola, comercial o ganadera, ni como institución idéntica a la de los particulares o susceptibles de ser fundada o manejada por éstos en la misma forma.

Hace el impugnador un análisis de los elementos esenciales de establecimiento público, para deducir que por la naturaleza de tal institución, ella no puede ser fundada por particulares.

Concluye el recurrente así:

"El artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 no se refiere expresamente a la índole de la actividad del trabajador como criterio para discernir entre empleado oficial sometido a un estatuto legal y reglamentario y empleado oficial vinculado por contrato de trabajo, pero la jurisprudencia de esa H. Sala sí considera ese factor para juzgar sobre situaciones exceptivas, manifestando que "hay que atender a la función del trabajador, que si es de imperio o esencial en el servicio solo puede cumplirse en condición pública, como funcionario al que la constitución responsabiliza en sus actos y en sus omisiones, con un status legal y reglamentario que no se adquiere por la vía contractual, ni se realiza por la sola materialidad del desempeño sino por el carácter con que se le presta" (homologación del 31 de julio de 1968).

"El demandante desempeñó el cargo de "Jefe de la Oficina de Propaganda Exterior" y su salario estaba representado por el 30% sobre el total de las entradas netas mensuales a través de la Oficina a su cargo. Estos hechos, admitidos por el Tribunal, indican que las funciones del actor eran esenciales y de innegable importancia, como que ellas se encaminaban hacia la consecución o mejoramiento del patrimonio de la institución, sin el cual los fines que se propone resultarían inalcanzables. Luego, aun dentro de aquella doctrina jurisprudencial cabe considerar que el demandante cumplió tales funciones como sujeto de una relación de orden administrativo, como empleado al que la Constitución podía responsabilizar en sus

actos o en sus omisiones, y no como sujeto de un contrato de trabajo celebrado con un establecimiento público.

"Es, pues, equivocada la exégesis que el sentenciador hace de la mencionada norma y como consecuencia de esa errónea interpretación, aplicó indebidamente las disposiciones señaladas en el cargo y produjo las condenaciones por los conceptos arriba puntualizados. De ahí que sea viable el quebrantamiento parcial del fallo acusado para que, en la decisión de instancia, se absuelva a la entidad demandada confirmando el de primer grado, con costas a cargo del demandante".

Se considera

El ad-quem afirma que la Clínica de Maternidad de Medellín es un establecimiento público, pero no puede entenderse que quiso clasificarlo en la forma en que lo hace el recurrente. La sentencia recalca sobre el carácter oficial de institución, mas no sobre la índole de establecimiento público. Se quiere hacer ver que el nombre de fundación adoptado en el Acuerdo Municipal número 18 de 1º de agosto de 1949, no es correcto para las entidades oficiales. Por tales razones el ad-quem compara mediante cita de autor nacional, el establecimiento público con la institución de utilidad pública.

Por otra parte, el concepto de establecimiento público que presenta el recurrente, puede no ser exacto, ya que mientras unos tratadistas exigen que la actividad del establecimiento público sea estrictamente de carácter administrativo, otros admiten que ella puede consistir en un servicio público, en una necesidad general no obligatoriamente a cargo del Estado, sino muchas veces satisfecha también por particulares. ...

Pero aunque se aceptara que el establecimiento público solamente ha de atender actividades de índole administrativa, no se concluiría que debe rechazarse el contrato de trabajo, ya que frente a la legislación actual, puede existir la forma contractual con los trabajadores que determinen los estatutos o en aquellos establecimientos públicos que se encuentren organizados en forma industrial o comercial.

Con mayor razón si se estima que el establecimiento público puede prestar un servicio público de los que también están a cargo de particulares, porque allí no solamente con la legislación actual sino con la anterior, se tendría el contrato de trabajo dentro de instituciones idénticas a las de los particulares.

En lo que sí erró el Tribunal fue en creer que la sola actividad del trabajador determinaba si la relación era laboral o administrativa, porque ello constituye un entendimiento equivocado de la norma contenida en el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945. Efectivamente, la excepción se consagra en relación con las obras públicas, las sociedades y las instituciones idénticas o similares a las de los particulares, luego la actividad del particular debe examinarse no solo en sí misma, sino en concordancia con la clase de entidad y naturalmente con la función desarrollada.

La errónea interpretación anotada, no incidió en los resultados del fallo, ya que si el Tribunal hubiera entendido que el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 se refiere a la naturaleza de la entidad a la cual se vincula el trabajador, habría hallado que la Clínica de Maternidad de Medellín se encuentra dentro de las excepciones contenidas en la norma citada, pues es una institución idéntica a las de los particulares.

Según el Acuerdo por el cual se erigió en fundación la Clínica Municipal de Maternidad, visible a folios 40 a 45 del primer cuaderno, ella es un órgano de servicio público, con patrimonio propio y autonomía administrativa, es una fundación de beneficencia, de carácter permanente y público, que tiene por objeto prestar servicios de asistencia prenatal, clínicos y hospitalarios a las mujeres que por su estado de embarazo necesiten la prestación de ellos, sin perjuicio de poder ocuparse en otras actividades similares cuando la situación de la fundación lo permita; es una institución que presta servicios al público en general, pues-

to que los empleados municipales apenas tienen un servicio preferencial y dentro de cupo determinado.

Los servicios prestados no son gratuitos, pues el patrimonio se forma también con las cuotas de los pensionados y semi-pensionados.

Luego los particulares pueden fundar clínicas que tengan los mismos objetivos y que funcionen de la misma manera que la demandada en el juicio.

Aun con la correcta interpretación de la norma, el fallador habría encontrado que existía un contrato de trabajo y no una relación administrativa, luego la violación inicial no habría tenido incidencia en la parte resolutiva del fallo.

La Sala observa que el fallo de primer grado se apoyó en que había existido contrato de trabajo entre Santiago Vargas Lorenzana y la Clínica de Maternidad de Medellín; que por no haber apelado, la parte demandada se conformó con dicho fallo, y que en su ataque en casación pide que se confirme la sentencia de primer grado. En tales condiciones procesales, no era conducente sostener en el recurso extraordinario, que había existido una relación administrativa, cuando se había aceptado el contrato de trabajo que implica la competencia para la justicia laboral.

Por lo anterior, no prospera el cargo.

Segundo cargo

Está formulado así:

"Acuso la sentencia objeto de la impugnación de ser violatoria por aplicación indebida de los artículos 8º de la Ley 171 de 1961 y 21 del Decreto 1611 de 1962, y de los artículos 40, 43 y 51 del Decreto 2127 de 1945, en relación con el artículo 11 de la Ley 6ª del mismo año, a que llegó el fallador merced a la errónea interpretación del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª del mismo año, en su Art. 1º, y de los Decretos 3134 de 1968, en su Art. 5º, en relación con los Arts. 1º, 2º, 3º, 4º y 5º, del Decreto 1848 de 1969, que reglamenta el anterior. La equivocada interpretación de los dos últimos estatutos, en las disposiciones señaladas, lo mismo que las contenidas en los artículos 5º, 6º y 8º del Decreto 1050 de 1968, condujo además, a la falta de aplicación de los artículos 49 de la Ley 153 de 1887 y 58 del C. de R. P. y M.".

En la demostración del cargo se indica que el fallador consideró inaplicables al caso los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 por ser posteriores a la terminación del servicio, con lo cual hizo exégesis equivocada de ellos, pues aunque es cierto que la terminación del trabajo fue anterior, el censor afirma que tales decretos son aclaratorios del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, y transcribe algunos párrafos de la sentencia dictada por esta Sala en el recurso de homologación del laudo que decidió el conflicto colectivo entre la Universidad de Antioquia y el Sindicato de Trabajadores de la misma.

Se concluye el ataque de la siguiente manera:

"Ahora bien: si sentados esos precedentes, les hubiera concedido a las disposiciones de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 su verdadero alcance, no se hubiera perdido dentro de la imprecisión del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, que fue el estatuto que tomó en cuenta para decidir que la forma de vinculación del demandante a la Clínica fue de origen contractual y, por lo tanto, no hubiera aplicado indebidamente los preceptos que crean en abstracto el derecho que la sentencia declara contra los intereses de la parte demandada. Por eso, es viable el quebrantamiento parcial del fallo acusado para que, en decisión de instancia, sea absuelta la Institución, confirmando el de primer grado, con costas a cargo del demandante".

Se considera

Este cargo tiene la misma presentación que el anterior con la agregación de los artículos 5º del Decreto 3135 de 1968, 1º a 5º

del Decreto 1848 de 1969, y 5º, 6º y 8º del Decreto 1050 de 1968, junto con el 49 de la Ley 153 de 1887 y 58 del C. de R. P. y M.

Considera el recurrente que hubo interpretación errónea al estimar que los Decretos de 1968 y 1969 no se aplicaban al caso por haber terminado la vinculación de Vargas Lorenzana antes de la vigencia de las citadas normas. El impugnador asegura que tales decretos son aclaratorios del artículo 4º de Decreto 2127 de 1945, por lo cual se entienden incorporados en la norma aclarada y son aplicables a situaciones definidas con anterioridad a la vigencia de los preceptos aclaratorios.

El artículo 49 de la Ley 153 de 1887 derogó expresamente el artículo 13 del Código Civil por el cual se consagraba la irretroactividad de la ley salvo en el caso de la ley penal favorable, pero ello no quiere decir que todas las leyes resulten retroactivas.

El artículo 14 del Código Civil dice:

"Las leyes que se limitan a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas; pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias ejecutoriadas en el tiempo intermedio".

El artículo 58 del Código de Régimen Político y Municipal, reza:

"Cuando una ley se limita a declarar el sentido de otra, se entenderá incorporada en ella para todos sus efectos, pero no alterará lo que se haya dispuesto en decisiones ejecutoriadas antes de que entre a regir".

De las normas anteriores se desprende que no porque simplemente una ley aclare el sentido de otra, ha de entenderse incorporada en ella, sino que es necesario que la ley se limite a declarar el sentido de otra, o que expresamente diga que es aclaratoria. Los Decretos de 1968 y 1969 no se limitan a declarar el sentido del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, ni expresan que lo aclaran, luego no se entienden incorporados en él, así hayan servido para confirmar uno de los criterios jurisprudenciales sobre la norma anterior.

Los establecimientos públicos pueden pues, no ser absolutamente administrativos, sino que en ocasiones tienen carácter industrial o comercial, luego pueden ser idénticos a los de los particulares o ser susceptibles de ser fundados y manejados por ellos en la misma forma.

En este cargo caben las mismas consideraciones que se hicieron al resolver el anterior, en cuanto se refiere a la interpretación del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, y a los decretos posteriores como también a la incidencia del error sobre el resultado del fallo.

No prospera el cargo.

Tercer cargo

Dice el recurrente:

"Acuso la sentencia recurrida de ser violatoria, por aplicación indebida, de los artículos 8º de la Ley 171 de 1961 y 21 del Decreto 1611 de 1962, y de los artículos 4º, 40, 43 y 51 del Decreto 2127 de 1945, en relación con los artículos 1º y 11 de la Ley 6ª del mismo año, violaciones en que incurrió el fallador por vía indirecta, a consecuencia de error manifiesto de hecho por falta de apreciación del Acuerdo número 72 del 6 de septiembre de 1955, emanado del Consejo Administrativo Municipal de Medellín, visible a Fls. 82; de la carta enviada por el señor Angel Francisco Escobar G., Director Tesorero de la Clínica, al Contralor Municipal, el 15 de febrero de 1968 de Fls. Y de la respuesta dada a este oficio por el Contralor, en comunicación del 29 de febrero de 1968 de Fls. 84 y por equivocada apreciación del documento de Fls. 19, en donde la Junta de la Clínica consideró "que el despido había ocurrido con justa causa".

"El error de hecho consistió en no dar por demostrado, estándolo, que la Clínica de Maternidad de Medellín tuvo justa causa para prescindir de los servicios de Santiago Vargas Lorenzana".

Estima el casacionista que si no se hubiera cometido el error indicado, el Tribunal hubiera considerado que el despido fue jus-

to y no habría condenado a la indemnización y a la pensión de jubilación, pues ambas tienen fundamento en la injusticia de la terminación.

Después de transcribir los pasajes pertinentes del fallo acusado, el impugnador encuentra en las pruebas que dice no apreciadas por el ad-quem, la obligación de rendir informes a la Contraloría Municipal de los avisos contratados, y la falta de cumplimiento de esa obligación por el señor Vargas Lorenzana, de donde deduce la causa justificativa del despido.

Se considera

El Acuerdo Municipal número 72 de 1955 no figura en copia expedida por el Secretario del Concejo, sino en una copia que fue tomada de otra, por la Secretaría de la Clínica, la comunicación dirigida al Contralor Municipal no se adujo al juicio, y la comunicación que aparece al folio 84 no determina por sí misma que el señor Vargas Lorenzana hubiera dejado de cumplir obligaciones que le correspondieran como trabajador de la Clínica de Maternidad de Medellín, pues se ignora lo que trate el Acuerdo 32/63 a que se refiere la carta.

No aparece que se haya cometido error evidente de hecho en la apreciación de que no hubo justa causa para el despido, ya que la carta del folio 84 no lo determina, la otra carta a que se refiere el censor, no pudo ser considerada por no haber obrado en el juicio, y la copia del Acuerdo no debe estimarse, ni se ha determinado que las obligaciones que hubiere podido consagrar ese Acuerdo, hubieran sido incumplidas, ya que la carta del folio 84 se refiere a otro acuerdo.

Por no haberse demostrado el error evidente de hecho no prospera el cargo.

No se ha tenido en cuenta el escrito del opositor, porque no citó el número de su tarjeta profesional o el del respectivo acuerdo, según lo prescriben los artículos 17 y 22 del Decreto 196 de 1971, vigente en la fecha de presentación del memorial.

Demanda del Trabajador

El apoderado del señor Vargas Lorenzana presenta tres cargos con el alcance que señala de la manera siguiente:

"Con los cargos que formularé más adelante, pretendo la casación parcial de la sentencia del Tribunal, para mejorar la sentencia en cuanto absuelve a la parte demandada del pago de remuneración por descansos dominicales y festivos, y en consecuencia para que se condene al pago de ellos y al consiguiente reajuste de prestaciones (auxilio de cesantía, vacaciones, primas, pensión de jubilación) y de la indemnización por despido, teniendo en cuenta el nuevo cómputo de salario que incluya aquellos pagos. Al mismo tiempo pretendo que se reforme la condena relativa a la indemnización por el despido sin justa causa, en concordancia con el cargo que formularé en esta materia".

Primer cargo

Dice el acusador:

"Con base en la causal primera de casación (Art. 60 del D. 528 de 1964 y Art. 23 de la Ley 16 de 1968), acuso la sentencia recurrida por infracción directa de los Arts. 172, 173, 174 y 177 del C. S. del T.; como también por violación del Art. 17 del Decreto 2351 de 1965 (sobre base para liquidación de cesantía); Art. 260 del C. S. del T. en concordancia con el 8 de la Ley 171 de 1961 (sobre base para liquidación de pensión), Art. 306 del C. S. del T. (sobre base para liquidación de primas) y Art. 14 del D. L. 2351 de 1965 (sobre base para la liquidación de compensación de vacaciones en dinero)".

El censor advierte que las normas del Código Sustantivo del Trabajo obligan a remunerar el descanso en días festivos y domingos, que la remuneración de Vargas Lorenzana era un porcentaje que solamente cubría el valor del trabajo, que por falta de

aplicación de las normas señaladas no se condenó al pago de esos descansos, se tomó equivocadamente la base para las condenaciones por indemnización y pensión, y se dejaron de reajustar las otras prestaciones, con lo cual se violaron las normas señaladas en la acusación.

Se considera

Por virtud de los artículos 3º, 4º y 492 del Código Sustantivo del Trabajo no se aplican a los empleados oficiales, las reglas del citado Código pues sus relaciones laborales de derecho individual con la administración se regulan por normas especiales. Solamente la pensión consagrada en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 se aplica tanto a particulares como a oficiales, pero ello ocurre precisamente porque la misma norma lo ordena.

Si las disposiciones de derecho individual consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo no son aplicables a los empleados oficiales, ninguna violación pudo cometerse porque el sentenciador hubiera dejado de aplicar esas normas a un caso que estimó de trabajador oficial con contrato de trabajo.

Además, la absolución por descanso dominical y en días festivos se produjo con base en el análisis del contrato de trabajo, donde el ad-quem encontró que se había estipulado un salario que según la estimación de la prueba, cubría el valor de los descansos reclamados. Como el acusador plantea la censura por infracción directa, no puede discutir cuestiones de hecho, y sobre la base de la sentencia de que la remuneración de los descansos está incorporada en el salario pagado, no podría configurarse la violación por absolución de ese extremo de la litis.

Conviene advertir que el Decreto 2351 de 1965, adoptado por la Ley 48 de 1968, hace parte del Código Sustantivo del Trabajo, porque contiene reformas a él como expresamente lo dice el citado decreto tanto en el título como en los considerandos.

No prospera el cargo.

Segundo cargo

Fue formulado de la manera siguiente:

"Con apoyo también en la primera causal de casación (Art. 60 del D. 528 de 1964 y Art. 23 de la Ley 16 de 1968), acuso la sentencia recurrida por ser violatoria de ley sustancial.

"Tal violación se presenta por interpretación errónea del Art. 174 del C. S. del T. (en concordancia con los Arts. 172, 173 y 177). Y condujo lógicamente, al quebranto, por falta de aplicación, de los Arts. 17 del D. 2351 de 1963 sobre base para liquidación de cesantía; 260 del C. S. del T. y 8º de la Ley 171 de 1951 sobre base para la liquidación de pensión; 306 del C. S. del T. sobre base para la liquidación de primas, y Art. 14 del Decreto 2351 de 1965 sobre base para la liquidación de compensación monetaria por vacaciones no disfrutadas en descanso".

Después de copiar la parte pertinente de la sentencia del ad-quem, afirma el impugnante que hubo interpretación errónea porque "en el caso de autos la remuneración del señor Vargas Lorenzana no era a base de sueldo, sino de un porcentaje sobre ciertos negocios que él efectuaba para la Clínica y que a ésta le producían ingresos para su sostenimiento".

El recurrente reproduce algunos apartes de una sentencia de 1964, afirma que es aplicable al caso y concluye en que la violación de la ley no solamente llevó a negar el pago de dominicales y festivos, sino también al reajuste de prestaciones, y a producir liquidaciones equivocadas en la indemnización por despido y en la pensión de jubilación.

Se considera

El sentenciador no interpreta la norma que el impugnante señala, porque el fallador estuvo actuando sobre las reglas aplicables a los trabajadores oficiales y no sobre las normas de derecho individual del Código Sustantivo del Trabajo, y porque el fundamento de la absolución por pago de domingos y festivos, parte de una base de hecho cual es la consideración de que al estipular una forma determinada de salario, según la cláusula respectiva, se estipuló el pago de ese descanso incorporado al salario.

Como el cargo no ataca los fundamentos de hecho de la sentencia, que son su verdadero apoyo, y realmente el acusador no comparte la apreciación de hecho, fuera de que se indican como violadas normas cuya aplicación no era pertinente no puede prosperar el cargo.

Tercer cargo

Dice:

"Con fundamento también en el primer motivo de casación (Art. 60 del D. 528 de 1964) acuso la sentencia por ser violatoria de ley sustancial, por infracción directa, en lo relativo a la indemnización por rompimiento del contrato de trabajo, así:

"Se aplicó a este caso, independientemente del aspecto de hecho, cuando no había lugar a hacerlo, el Decreto 2127 de 1945 (especialmente los Arts. 40 y 41). Y se dejaron de aplicar, cuando sí era el caso de hacerlo, las siguientes normas: El Art. 5º del Decreto Ley 2351 de 1965 que dispuso que el contrato no estipulado a término fijo, o cuya duración no esté determinada por la obra o labor contratada, "será contrato a término indefinido", y el artículo 8º del mismo Decreto, que establece sanciones e indemnizaciones a cargo del patrono, cuando éste termina unilateralmente el contrato de trabajo sin justa causa, indemnizaciones que se regulan en la misma norma, teniendo en cuenta el salario y el tiempo de servicios".

La demostración del cargo está apoyada en que el Decreto 2127 de 1945 quedó subrogado por el Decreto 2351 de 1965, "ya sea que se trate de contratos entre particulares o de contratos o relaciones de trabajo existentes con empresas o entidades de carácter oficial".

Se considera

Como ya se vio al estudiar el cargo primero, en razón de los artículos 3º, 4º y 492 del Código Sustantivo del Trabajo, no se aplican a los trabajadores oficiales las normas de derecho individual del citado estatuto, sino las normas especiales, luego la aplicación al caso de contrato de trabajo con la administración, del Decreto 2127 de 1945 es correcta, en el sub-lite y la no aplicación al mismo caso de las normas sobre derecho individual de trabajo consagrado en el Código de la materia, es también acertado.

Por tales motivos, no prospera el cargo.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de trece (13) de julio de mil novecientos setenta (1970), dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio seguido por Santiago Vargas Lorenzana contra la Clínica de Maternidad de Medellín.

Sin costas.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LAUDO ARBITRAL

El laudo es una verdadera sentencia proferida por auxiliares de la justicia en conformidad con las normas procesales que regulan la materia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, nueve (9) de agosto de mil novecientos setenta y uno (1971).

(Magistrado Ponente: Doctor Miguel Angel García B.).

(Acta número 33).

El señor **Rafael A. Giraldo López,** por medio de apoderado, demandó en juicio ordinario laboral de mayor cuantía a la entidad denominada **"Flota Magdalena S. A."** con la finalidad de que esta empresa fuera condenada a pagarle: reajuste de salarios, cesantía, prima ne servicios, vacaciones, dominicales y festivos, indemnización proveniente del rompimiento unilateral del contrato de trabajo y la mora en el pago de las prestaciones debidas más las costas del juicio.

Expresa el actor en su demanda: qué entre las partes existió un contrato de trabajo; que los servicios del demandante fueron prestados por él desde el 24 de junio de 1954 hasta el 10 de agosto de 1966; que sus servicios consistieron en desempeñar las funciones de agente de la "Flota Magdalena S. A.", en la población de Anserma, Departamento de Caldas; que el salario fue convenido en un porcentaje deducido de la venta de pasajes; que el 25 de abril de 1964 por laudo arbitral se estableció para los agentes de oficina de la Empresa un salario mínimo de ochocientos pesos mensuales, el cual no fue respetado por la Empresa para hacer los correspondientes reajustes y liquidar las prestaciones sociales; que el 10 de agosto de 1966 la "Flota Magdalena S. A." incumplió el contrato de trabajo al dar orden a los conductores de los "Buses" para que no estacionaran en la oficina atendida por el demandante sino en lugar distinto, e inclusive en otra empresa de transporte; que no obstante los constantes requerimientos, la Empresa se ha negado a reconocer y pagar al demandante las prestaciones, salarios e indemnizaciones que reclama en la demanda.

La parte demandada se opuso a las pretensiones del libelo inicial de la demanda; únicamente aceptó, en cuanto a los hechos, la existencia del contrato de trabajo, puntualizó que la "Flota Magdalena S. A." se había visto obligada a dar por terminado el contrato el 14 de octubre de 1966, por cuanto el demandanté no atendía la oficina a su cargo, entendiendo este motivo como justa causa de la cesación del mismo.

En la primera audiencia de trámite propuso la excepción de prescripción "para las peticiones relacionadas con dominicales, festivos, vacaciones causadas y primas de servicios (Fl. 52 v.).

El juzgado del conocimiento que lo fue el Primero Civil Municipal de Anserma, con fecha treinta y uno de enero de mil novecientos sesenta y siete declaró la existencia del contrato de trabajo entre las partes, la ruptura unilateral e ilegal de esa relación por parte de la demandada, y condenó a esta última a pagar a Rafael A. Giraldo López la cantidad de $ 7.055.41 por concepto de cesantía, primas de servicios y vacaciones, conforme a las liquidaciones de la parte mo-

tiva; la suma de $ 1.400.00 como indemnización por violación del contrato de trabajo existente; $ 2.562.00 m/cte. por concepto de salarios indemnizatorios hasta el 31 de enero de 1967, fecha de la sentencia, y al valor de un día de trabajo por cada uno de retardo en el pago de las prestaciones e indemnizaciones a que se refiere la condena, más las costas del juicio.

Contra ese fallo de primera instancia interpusieron recurso de apelación ambas partes, empero el actor del juicio, únicamente en lo atinente a las pretensiones que "no aparecen reconocidas y ajustadas".

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Anserma, en sentencia de veintiocho de marzo de mil novecientos sesenta y siete resolvió así:

"Primero. **Se confirma** el punto **primero** de la resolutiva de la sentencia recurrida, adicionándolo en el sentido de que fue modificado por el Laudo Arbitral de fecha mayo 2 de 1964.

"Segundo. **Confírmase** el punto **segundo**.

"Tercero. **Confírmase** el punto **tercero** en cuanto condena a la Empresa Flota Magdalena S. A. a pagar al señor Rafael A. Giraldo López por los conceptos de Cesantía, Vacaciones y Primas de servicio, pero con las reformas siguientes: Por concepto de cesantía, nueve mil seiscientos setenta y seis pesos con sesenta y seis centavos moneda corriente ($ 9.666.66). Por concepto de primas de servicio, dos mil cuatrocientos pesos ($ 2.400.00). Por concepto de vacaciones, mil cuatrocientos treinta y tres pesos ($ 1.433.00). En total por estos tres conceptos, trece mil cuatrocientos noventa y nueve pesos con sesenta y seis centavos ($ 13.499.66).

"Cuarto. **Se confirma** el punto **cuarto**, con la reforma de que la condena por este concepto, violación del contrato, es de dos mil seiscientos sesenta y seis pesos ($ 2.666.00).

"Quinto. **Se confirma** el punto **quinto**, pero quedará así: Se condena a la Flota Magdalena representada por su Gerente doctor David Barrero Pinillos a pagar como salarios indemnizatorios al señor Rafael A. Giraldo López el valor de un día de salario a razón de veintiséis pesos con sesenta y seis centavos ($ 26.66) por cada uno de los días transcurridos desde la expiración del contrato de fecha nueve (9) de noviembre de mil novecientos sesenta y seis, hasta que se verifique el pago total de las prestaciones determinadas en esta sentencia.

"Sexto. Se adiciona la sentencia recurrida conforme a los puntos siguientes:

"a) **Se condena** a la Empresa Flota Magdalena S. A. representada por su Gerente doctor David Barrero Pinillos a pagar al señor Rafael A. Giraldo López por concepto de reajuste de salarios, la suma de once mil cuatrocientos pesos ($ 11.4000.00).

"b) **Condénase** a la misma empresa representada por su Gerente doctor David Barrero Pinillos a pagar al mencionado señor Rafael A. Giraldo López, por concepto de dominicales y días festivos laborados la suma de doce mil trescientos seis pesos con veintidós centavos ($ 12.306.22) moneda corriente.

"Séptimo. **Confírmase** el punto **sexto** de la sentencia.

"Octavo. **Condénase** a la Empresa Flota Magdalena S. A. a pagar a la parte demandante las costas en esta instancia".

Contra esa sentencia interpuso recurso de casación la parte demandada. Admitido aquí por la Sala, presentada en tiempo la demanda, sin réplica de la parte opositora se procede a decidir:

La demanda

Señala el recurrente el alcance de la impugnación de la siguiente manera:

"Aspiro con el presento (sic) Recurso, a que la Honorable Corte Suprema de Justicia, por medio de su Sala de Casación Laboral, Case totalmente la sentencia recurrida, y, obrando como Tribunal de instancia, In-

firme o Revoque la de Primer Grado, absolviendo en consecuencia, a la Sociedad que legalmente represento, de todas las súplicas formulas (sic) en el libelo inicial y condenaciones efectuadas por ambos falladores de instancia. La anterior solicitud se basa en razón de los errores de Hecho y de Derecho, evidentes, protuberantes y manifiestos en los autos.

Con base en el Art. 63 del Decreto 528 de 1964, derogatorio y modificativo del Art. 87 del C. de P. L., formulo contra la sentencia impugnada, los siguientes cargos:

"Primer cargo

Lo plantea el casacionista así:

"Acuso la sentencia recurrida de ser violatoria de los Arts. 23, literales a) y c), 64 Decreto 2351 del 65, 127, 177, 179, 186, 189 (Decreto Legislativo Nº 2351 del 65 numeral 14), 249 y 306 del C. S. del T. A las violaciones de tales normas llegó el sentenciador, por vía indirecta, de las pruebas que obran en el informativo, a través de errores de Hecho y Derecho manifiestos en autos, por equivocada apreciación de unas pruebas y falta de estimación de otras, las cuales singularizaré en el desarrollo del cargo".

El casacionista transcribe algunos apartes de la sentencia de primera instancia, y así mismo de la de segundo grado, hace un dispendioso análisis de los errores de apreciación probatoria en que en su concepto incurrió el Tribunal y concluye la fundamentación de su censura así:

"De todos los problemas anteriores, afirmo ante los Honorables Magistrados de la H. C. S. de J. que en la forma como fue fallado este proceso, por ambos juzgadores de instancia, se llegó por evidente, equivocado, y manifiesto herror (sic) de Hecho y Derecho demostrados en este cargo, con base en las probanzas, a la violación indirecta, por aplicación indebida, no siendo el caso de hacerlo de los siguientes preceptos sustantivos contenidos en el C. S. del T. Art. 23 literales a) y c), Art. 64, indemnización-Lucro cesante; Art. 65, salarios caúdos (sic); Art. 127 (Ley 1ª del 66); Art. 177, 179 (Dto. Ley 2351 del 65), 186, 189, 190, 249 y 306. A ellos se agrega los Arts. 461 y 469 del C. S. del T. que tratan sobre las pruebas de las convenciones colectivas o fallos o Laudos Arbitrales que se aduscan (sic) como prueba en los Juicios Laborales, y la manera de acreditar su incorporación a los autos".

En el mismo orden en que fueron planteados por la censura la Sala estudia tanto el error de derecho como el de hecho a que se refiere el ataque.

"Error de derecho

"En el caso de autos, como se dijo al principio, el Tribunal de Segunda Instancia, para basar sus condenaciones proferidas en contra de la Empresa demandada, sobre el salario mínimo de **catorce pesos** ($ 14.00) acogidos por el fallador de primer grado, se basó dizque en el Laudo Arbitral que obra en el informativo en el Fls. 8 a 14, copia en mimeógrafo, efectuando las condenas dizque con base en un salario de **ochocientos pesos** ($ 800.00). Y aun en contra el expreso conocimiento hecho por el mismo Tribunal, a Fl. 23, de que se había llegado (sic) copias del Laudo Arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento de fecha de mayo dos del 64, por medio del cual se fijaron condiciones de Trabajo y demás modalidades inherentes a éste, normativo y regulador del trabajo entre la Flota Magdalena S. A., y sus subalternos, sin embargo, se llevó de plano y violó flagrantemente, el Art. 469 del C. a B. del T. (sic), por vía indirecta, al dar por demostrado un hecho con un medio probatorio que exige la ley, pero para el cual es necesario allegarlo al proceso con lleno de los requisitos legales (...)".

En otra parte de su escrito, dentro de la sustentación del cargo dice el recurrente:

"Lo que se predica de las convenciones colectivas se predica igualmente de los laudos arbitrales, y ambos medios probatorios constituyen prueba ad solemnitatem y por tratarse de documentos públicos debe seguir no solo los lineamientos del Art. 632

del C. J., sino en el caso presente, por ser de la jurisdicción laboral, le es aplicable lo que al respecto expresa la H. Corte Suprema de Justicia, (..)".

Y más adelante agrega citando otra jurisprudencia de la Corte:

"La copia, tomada esta expresión dentro del concepto que le corresponde en el campo jurídico es el 'traslado de cualquier escrito o documento hecho por funcionario competente y con las formalidades que la ley determina', y constituye un recurso jurídico arbitrado por el legislador para prevenir pérdidas o extravíos de documentos, con la finalidad de mantener incólume la existencia y probanza de los derechos, en los momentos que fuere necesario. Precisamente, para esos fines, la ley atribuye a determinados funcionarios la facultad de expedir trasuntos de documentos originales, que reciben el nombre de copia, y que, solo de esta manera adquieren plena efectividad, como si fueran las escrituras preexistentes de donde se trasladan. De allí que, en cuanto a su eficacia jurídica, están sometidas, tanto en el derecho sustancial como en el procesal, al riguroso disciplinamiento establecido por el legislador, según los distintos planos en que pueda desarrollarse esa actividad. Así, tanto el Código Civil como en el de procedimiento contemplan sus puestos (sic) diversos y precisan las formalidades de expedición, como ocurre según se trate de documentos públicos o privados, o que exista o no matriz o protocolo (Código Civil, Art. 2599 a 2608; C. J. 630 a 632 y 648 entre otros) (Casación Laboral 22 de abril de 1961)".

Se considera

Es evidente que, el Tribunal sentenciador efectuó las liquidaciones de las condenas y reajustes que dispuso en su providencia de segundo grado, sobre la base de un salario de ochocientos pesos mensuales, dando por demostrado este estipendio con el documento que aparece de los folios 8 a 14 del cuaderno principal, o sea copia mimeográfica, contenida en la circular número 30, bajo el título: "Flota Magdalena S. A.", por medio de la cual la Gerencia de esa Empresa informa a los socios sobre: "el laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento del Ministerio del Trabajo, en el litigio laboral con el Sindicato de Choferes y Trabajadores de la Empresa, el cual fue notificado el día 25 de abril del corriente año". Se refiere a 1964.

Esa circular pues, contiene, según lo expresado, copia del mencionado laudo, la cual como queda advertido fue expedida por la Gerencia de la Flota Magdalena S. A.

El ad-quem al aceptar plenamente este medio de prueba para los efectos señalados se expresó así:

"La existencia del arbitramento es un hecho claro, y no fue desconocido por la Empresa en el trámite del juicio, acusando solo que en él no se hallaba comprendido el caso del señor Giraldo López por abarcar exclusivamente al sector de los motoristas o conductores, criterio limitado que no es el mismo que contempla el laudo arbitral al resolver el punto tercero. Es verdad también que el fallo tiene vigencia determinada, pero no es menos cierto que sus disposiciones son las que han venido rigiendo, porque al terminarse su vigencia no ha existido otro laudo que modifique las disposiciones contenidas, y son, por tanto, las que gobiernan las relaciones entre la empresa y sus trabajadores. Por estas razones, el reajuste de salarios suplicado en la demanda tiene respaldo legal; y habiéndose desconocido en la sentencia de primera instancia, obligará en esta segunda a aceptarse en ese sentido. (...)".

Vale decir que, la disposición violada señalada por la censura comprendida en el artículo 469 del C. S. T., no es precisamente la aplicable al caso en estudio sino el artículo 632 del C. J. (entonces vigente) también citado por el recurrente.

El artículo 469 precitado se refiere concretamente a las convenciones colectivas y no a los laudos arbitrales. Con respecto a estos últimos ha dicho la Corte:

"Cuando un laudo dispone su depósito en el Ministerio, ese ordenamiento debe ser cumplido, como todas las demás disposicio-

nes arbitrales; pero este depósito no constituye solemnidad para su eficacia, ni para su prueba, por no haberlo instituído así el legislador. El laudo arbitral tiene eficacia jurídica aunque no se haya depositado en el Ministerio, y su existencia y autenticidad se establecen en el juicio en la misma forma como se acreditan las demás sentencias laborales. (Se subraya). Así debe concluirse de los preceptos probatorios que gobiernan la materia, los cuales no sufren modificación por la solemnidad exigida por el Art. 469 del C. S. T. para la convención colectiva, ya que esta norma especial no tiene el carácter extensivo, ni la naturaleza misma del conflicto colectivo de trabajo ni la de su solución arbitral convienen con la exigencia de la formalidad estudiada". (Sent. 27 enero de 1968).

El artículo 460 del C. S. T. dice que: "El fallo arbitral se notificará a las partes personalmente o por medio de comunicación escrita".

Es pues el laudo una verdadera sentencia proferida por auxiliares de la justicia en conformidad con las normas procesales que regulan la materia, y por tanto para acreditar su existencia y autenticidad debe presentarse para ser tenido como prueba, como documento público auténtico, en copia formalmente expedida y autorizada por el Secretario o empleado encargado del archivo o de la guarda del expediente, tal como lo ordena el artículo 632 del C. Judicial (antes en vigencia).

En estas condiciones, el Tribunal al tener como medio de prueba la copia del laudo a que se ha hecho referencia, aceptó su autenticidad por cuanto la parte demandada no negó su existencia, sin tener en cuenta que en las condiciones en que fue presentada esa copia, no presta mérito probatorio, por cuanto carece de la atestación de ser auténtica, incurriendo por tanto evidentemente en el error de derecho señalado por la censura, lo cual influye necesariamente en todas las liquidaciones efectuadas en la sentencia acusada, así como en el reajuste de salarios derivados de esa prueba.

"Error de hecho

Sintetiza el censor los errores de hecho de que acusa la sentencia de que aquí se trata en la siguiente forma:

"c) Dar por demostrado, no estándolo, que también se probaron los extremos de la reclamación o vinculación laboral habida entre ambas partes litigantes, especialmente en relación con el salario devengado por el trabajador y la fecha de su desvinculación para con la Empresa, pues la prueba testimonial es genérica y además de ello vaga e imprecisa, tanto por los declarantes que lo hicieron en favor de la parte demandante, como por los testimonios aducidos por la Empresa demandada.

"e) No dar por demostrado, estándolo, que de la prueba aducida por la Empresa demandada y que obra en autos, hablan (sic) de fechas de desvinculación del extrabajador Giraldo López en octubre 14 de 1966 y que el mismo apoderado del actor reconoció en la audiencia de trámite celebrada ante el H. Tribunal de Anserma, cuando expresa al Fl. 4 del cuaderno Nº 2, que la fecha de que (sic) el extrabajador fue despedido de sus labores aparece "...en nota que aparece agregada a los autos...", siendo así que tanto el Juzgado de (sic) conocimiento habla o reconoce como fecha de desvinculación laboral el 1º de agosto de 1966, afirmación prodijada (sic) por el sentenciador Ad-quem, y éste último. sin más contradictorio, pues a pesar de que reconoce en su fallo, a folio 18, cuaderno Nº 2, que la cancelación del contrato se efectuó el 14 de octubre de 1966, en la nota de despido tantas veces comentada, sin embargo toma otra fecha para deducri (sic) las condenaciones proferidas, o sea que hay una contradicción palmaria entre lo afirmado en la parte motiva y las condenaciones expuestas en la parte de la sentencia (de 2º grado);

"g) Dar por no demostrado, estándolo que muchas o varias de las primas reclamadas se hallan satisfechas mediante los comprobantes de pago de la misma(sic) que obran en auto Fls. 44 a 47, documentos que obraron con consentimiento de la parte deman-

dante y no fueron tachados ni redargüido (sic) de falsor (sic) y que sobre ellos no hubo debate;

"h) No dar por demostrado, estándolo, que el señor apoderado de la parte demandada en contestación a la demanda inicial, propuso la ecepción (sic) Perenterio (sic) de Prescripción relacionada con varias de las pretensiones formuladas por la parte demandante, o sean atintes (sic) a primas de servicios, vacaciones causadas y no compensadas en dinero, salarios de dominicales, y festivos nacionales y religiosos, en un mero (sic) de setecientos veintiocho (728), afirmados por el actor y no demostrados su trabajo (sic) en forma palmaria, con una anterioridad de tiempo de servicios que sobrepasan a los tres años, de que habla el Art. 488 del C. S. del T.".

Repite el casacionista algunos argumentos ya involucrados en los puntos anteriores para concluir criticando la sentencia recurrida por cuanto condenó a la indemnización por despido injusto y a salarios caídos.

En cuanto a las pruebas equivocadamente apreciadas relacionadas con los literales transcritos señala:

Las respuestas dadas a la contestación de la demanda a los hechos 8º y 9º.

Las declaraciones de los testigos Giraldo López, Estrada y Pinto, lo mismo que los informes de Suárez y Pinto.

La negativa de la Empresa sobre la fecha de terminación del contrato de trabajo, no el primero de agosto ni en los primeros días de ese mes, obrando en la respuesta a la demanda en el hecho séptimo.

La nota del folio 36 en donde se destaca la fecha 14 de octubre de 1966, como día de despido, la cual obró en autos sin haber sido tachada ni redargüida de falsa.

Se estudia

En cuanto al extremo de la iniciación de la relación contractual no hay discrepancia, toda vez que ella emerge del contrato escrito que aparece a folios 4 a 6 del expediente, en donde se indica como tal el veinticinco de junio de mil novecientos cincuenta y cuatro, fecha esta que fue ratificada por la "Flota Magdalena S. A." al señor Rafael A. Giraldo por medio de comunicación de 14 de enero de 1955 (Fl. 7).

En cuanto a la fecha de la terminación del contrato, el ad-quem la encontró demostrada, al propio tiempo con el incumplimiento de la empresa demandada, con los testimonios de los señores Libardo Giraldo, Alvaro Giraldo, Fernando Estrada Escobar, Carlos Arturo Giraldo y Javier Giraldo, quienes en forma acorde atestiguan que el señor Rafael A. Giraldo, concurría todos los días al lugar en donde funcionaba en la población de Anserma la oficina de la "Flota Magdalena"; la cual atendía personalmente, y cuando no lo hacía por la necesidad de retirarse a tomar los alimentos, o para visitar su finca, o cuando estuvo enfermo, dejaba a una persona encargada de atender esa oficina.

Esos testigos, de los cuales se destacan: Alvaro, Carlos Arturo y Javier Giraldo, atestiguan que, desde el primero de agosto de 1966, los Buses de la "Flota Magdalena" dejaron de estacionar frente a la oficina regentada por Rafael A. Giraldo, haciéndolo en cambio frente a la oficina de otra Empresa de transporte denominada Arauca.

Los otros testigos: Libardo Giraldo y Fernando Estrada Escobar declaran sobre este particular: el primero que, no recuerda con precisión, pero sí que un día lunes primero, fue a comprar un tiquete para viajar a Medellín y tuvo que comprarlo en la Flota Occidental, lo cual le fue sugerido por un empleado de esta empresa, quien le informó que la Flota Occidental y la Magdalena se habían unido y por ello compró su pasaje en la Flota Occidental y no en la oficina de la Magdalena.

El testigo Fernando Estrada Escobar, expone que desde el mes de agosto de mil novecientos sesenta y seis los Buses de la Magdalena no volvieron a arribar a la oficina de Giraldo.

Estos testimonios, lejos de ser contradictorios, respaldan y sacan avante el dicho de los tres primeros que señalan fecha.

El testigo Alvaro Giraldo dice que, para esa época en las casillas de la Flota Arauca, había un aviso que decía: "Fota Magdalena" Flota Occidental y "Flota Arauca".

No está demás anotar que algunos de tales testigos trabajaron por ese tiempo en la fuente de soda o en el café en donde funcionaba la Oficina de Rafael Giraldo comisionista de la Flota Magdalena.

De forma que, el análisis que hizo de tales testimonios el Tribunal, de cuyas exposiciones se ha tomado aquí lo más importante, y el valor probatorio que dedujo de sus manifestaciones, no es equivocado, ni aparece por tanto el error ostensible de hecho que se le ha imputado, al concluir de ellos no solamente el incumplimiento por parte de la Empresa demandada, dentro del contrato celebrado con Rafael Giraldo, sino la terminación unilateral **de hecho.**

Ciertamente en la contestación de la demanda, como lo anota el censor, y también al folio 36 del expediente, según nota dirigida a Rafael Giraldo, la empresa demandada consideró terminado el contrato de trabajo desde el 14 de octubre de 1966, empero en esa fecha ya estaba cursando el juicio laboral pues la demanda fue presentada el 30 de septiembre de 1966, precisamente porque la Empresa había terminado **de facto** el contrato, por aquel sistema de que sus vehículos no arribaban a la oficina de Rafael Giraldo sino a la de otra empresa de transporte.

Ni la contestación de la demanda ni la nota de despido, justifican la terminación unilateral del contrato, por el medio empleado por la parte demandada de que ya se ha tomado nota.

En tales condiciones, es inobjetable que están demostrados los extremos: de comienzo del contrato y terminación sin justa causa. No aparece pues error evidente alguno en la apreciación hecha por el juzgador acerca de las citadas pruebas.

En lo atinente a la remuneración percibida por el señor Rafael A. Giraldo, como quiera que, no fue posible dentro del plenario establecer el monto de los porcentajes recibidos, según el contrato, fue tomado necesaria e imprescindiblemente el salario mínimo legal, el cual fue aumentado en su valor por el **ad-quem,** mediante la apreciación positiva y desde luego equivocada de la validez de la prueba de la existencia del Laudo, comentada antes, aumento sí improcedente.

Las primas de servicios a que se refiere el recurrente en su literal g) del cargo, no fueron tenidas en cuenta porque esos comprobantes se refieren a los años de 1958 y 1960, y en la sentencia recurrida se consideraron únicamente **las no prescritas,** habida cuenta de la excepción propuesta por el demandado en la primera audiencia de trámite, si bien con el aumento derivado del error ya puntualizado.

La indemnización por despido injusto es una consecuencia del incumplimiento de la Empresa, demostrado en autos, y la indemnización moratoria se deriva también de que la demandada no cumplió con la obligación de pagar o depositar a órdenes del trabajador, por lo menos aquellas prestaciones liquidadas por la Empresa y que consideró en esa ocasión en ese monto debidas al trabajador. Al contrario, la Flota Magdalena no consignó ninguna cantidad por ese ni por ningún otro aspecto. No demostrada la justa causa de despido ni la buena fe en el no pago o consignación de lo que la Empresa confesó deber, no se encuentra equivocada apreciación del fallador de segundo grado para deducir la condena sobre esos aspectos, y no aparece por tanto el error de hecho evidente señalado por la censura. Solo sí que, como en los casos enumerados antes, aumentó el valor intrínseco de las condenaciones por esos extremos, en virtud del error de derecho antes mencionado.

Por cuanto respecta a la condena por salarios y dominicales, es evidente que, el demandante señaló en conjunto esos días en la cantidad de setecientos veintiocho (728), sin discriminación alguna, y esa misma forma infundamentada e imprecisa fue apre-

ciada y aceptado el planteamiento por el juzgador de segundo grado, sin que en el fallo que se revisa se dijera la causa originaria del convencimiento racional para llegar a esa delicada conclusión.

El sentenciador evidentemente como lo anota la censura, tomó como fundamento demostrativo de la realidad del trabajo por parte del demandante en ese número de feriados y dominicales, de los testimonios aducidos como prueba por la parte actora, que resultan vagos, imprecisos e inoperantes para esa demostración. Tales testigos en general declaran que el señor Rafael A. Giraldo trabajaba en la oficina de la Flota Magdalena S. A., de la población de Anserma durante todos los días, lo mismo entre semana que en domingos y feriados, expresiones estas, que armonizadas con el texto completo de los respectivos testimonios, pueden acreditar y acreditan ciertamente la constancia y asiduidad del trabajador en el desempeño de sus funciones para con la Empresa, pero no sirven para determinar precisamente los días feriados y dominicales trabajados por Giraldo.

El trabajador que reclama el pago del trabajo en dominicales y festivos está en la obligación de probar que los ha laborado. Y esa prueba necesariamente debe ser determinada y cuantitativamente precisa, para efectos de la liquidación de los valores que en numerario ese trabajo representa, de donde debe demostrarse cuáles y cuántos fueron esos dominicales y festivos.

No puede el fallador proceder al recuento de tales días por el conocimiento personal del calendario, ni con base en el planteamiento del actor respaldado solo con testimonios vagos e imprecisos.

El Tribunal por tanto al hacer condenación por este aspecto con el simple pedimento del demandante y con base en aquellos testimonios, incurrió evidentemente en el error de hecho anotado por el casacionista.

Estando pues demostrados el error de derecho examinado al comienzo de este estudio y el error de hecho inmediatamente antecitado, habrá de casarse parcialmente la sentencia, como consecuencia de esos errores.

"Segundo cargo

Lo propone el casacionista de la siguiente manera:

"Acuso la sentencia recurrido, (sic) de ser violatoria por vía indirecta, por aplicación indevida (sic), del Art. 488 del C. S. del T. sobre prescripción de prestaciones sociales, que como el presente caso se refieren a los Arts. 177 (salarios de domicales (sic) y festivos elaborados, 186 (vacaciones), 306 (primas de servicios), violados por su aplicación al caso de autos, por no hallarsen (sic) demostrado los extremos del tiempo de servicio, el salrio (sic) realmente devengado por el trabajador, y **todo ello a causa de los errores de Hecho y de Derecho en que incurrió el sentenciador de Segundo Grado, con base en los medios probatorios relacionados y detallados en el cargo anterior**". (Se subraya).

Se observa

Dentro de la técnica de casación cada cargo tiene su individualidad propia, de forma que en él debe presentarse la fundamentación adecuada, con señalamiento de las normas que se consideren violadas y si se trata de error de hecho o de derecho, enunciarlo y definirlo sin lugar a equívocos y como lo ha dicho esta Sala reiteradamente "(...) señalar las pruebas cuya falta de apreciación o estimación dio ocasión al error de hecho o de derecho, manifestando cuáles fueron apreciados, si bien erróneamente y cuáles no lo fueron (...)".

No es aceptable por tanto, como en el caso de que aquí se trata y como lo ha hecho el censor, remitirse a los errores relacionados en otro cargo. Con todo, no sobra anotar aquí que, las condenas fueron hechas sobre la base de las prestaciones correspondientes a vacaciones y primas de servicios no prescritas, y en lo atinente a feriados y dominicales progresó el cargo anterior.

No se acepta pues este segundo cargo.

Consideraciones de instancia

Además de las razones ya expuestas en el cuerpo de esta providencia, es oportuno destacar que, si en verdad con el error de derecho cometido por el ad-quem, se derrumba por sí sola la condena al reajuste de salarios, así como todos los aumentos hechos a las condenaciones de: cesantía, primas, vacaciones, indemnización por despido injusto e indemnización moratoria, y por el error de hecho, la condena al pago de dominicales y feriados, no es posible como lo impetra el recurrente, en sede de instancia proferir una providencia absolutoria para la parte demandada, por estar demostrado: el contrato de trabajo y sus extremos, la injusticia del despido, el incumplimiento de la Empresa y la aplicabilidad del salario mínimo legal a este caso, por lo que, como resultado de la infirmación del fallo acusado, solamente cabe la confirmación del de primera instancia, ajustado a las prescripciones legales.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley CASA PARCIALMENTE la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Anserma, en este juicio, en cuanto hizo: reajuste de salarios, condenó al pago de feriados y dominicales, y aumentó los valores de cesantía, primas de servicios, vacaciones, indemnización por despido injusto e indemnización moratoria, y en SEDE de instancia, CONFIRMA la dictada por el Juzgado Primero Civil Municipal de Anserma, en este mismo litigio, el treinta y uno de enero de mil novecientos sesenta y siete.

Sin costas de segunda instancia.

NO SE CASA EN LO DEMAS.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y remítase el expediente al Tribunal que corresponda.

José Enrique Arboleda V., Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía O., Secretario.

HOMOLOGACION

La Corte, por providencia de 18 de agosto de 1971, declaró INEXEQUIBLE el punto 2º del laudo dictado por el Tribunal de Arbitramento convocado para decidir el conflicto laboral surgido entre el Sindicato de Trabajadores de Industrias Pasteurización Ltda. San Luis, en lo referente a la sobre-remuneración para choferes y otros y EXEQUIBLE en lo restante y lo HOMOLOGA en todo lo demás.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., agosto diez y ocho de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

(Acta número 34).

El "Sindicato de Trabajadores de Industrias de Pasteurización Ltda. 'San Luis' " presentó el 26 de junio de 1970, previa denuncia de la convención colectiva de trabajo de 7 de octubre de 1968, un pliego de peticiones a "Industrias de Pasteurización Ltda. - Pasteurizadora 'San Luis' ". Esta sociedad también había denunciado el 19 de mayo de 1970 la misma convención colectiva por considerar que su estado financiero no le permitía continuar soportando todos los beneficios extralegales pactados, y el 26 de junio de 1970 presentó al Sindicato lo que denominó "contra-pliego" en el cual señaló las reformas que aspiraba se hicieran a la convención colectiva.

Las conversaciones en la etapa de arreglo directo se iniciaron el 6 de julio de 1970 y terminaron el 23 de julio de 1970 habiendo llegado a un acuerdo en relación con el punto veinte (20) del pliego de peticiones del Sindicato.

La etapa de conciliación se inició el 28 de julio de 1970 y terminó el 25 de agosto del mismo año, previa prórroga de diez días acordada por las partes en conflicto. En esta etapa se produjo un acuerdo sobre los puntos 4º, 5º, 8º, 9º, 12, 14, 16, 17 y 24 del pliego de peticiones, quedando pendientes para la decisión de los árbitros los puntos 1º, 2º, 3º, 6º, 7º, 10, 11, 13, 15, 18, 19, 21, 22 y 23.

Por Resolución número 1483 de 18 de septiembre de 1970, el Ministerio de Trabajo, con fundamento en los artículos 430 del Código Sustantivo del Trabajo y 34 del Decreto 2351 de 1965, convocó un Tribunal de Arbitramento Obligatorio para que estudiara y decidiera el diferendo laboral existente entre el Sindicato de Trabajadores de Industrias de Pasteurizadora Ltda.-"San Luis" y la Empresa Industrias de Pasteurización Ltda. "San Luis", dispuso que las partes designaran el árbitro que les corresponde, y que el tercero se nombraría por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

En la Resolución número 1603 de 2 de octubre de 1970, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social integró el Tribunal de Arbitramento Obligatorio así: Por la Empresa, doctor Germán Escobar Ballestas; por el Sindicato, doctor Gelasio Cardona Serna; por el Ministerio, doctor Jorge Vélez García. Por Resolución número 0173 de 2 de febrero de 1971 el Ministerio del ramo aclaró las

Resoluciones números 1483 de 18 de septiembre y la número 1603 mencionada anteriormente, en el sentido de tener al Tribunal de Arbitramento como convocado e integrado con fundamento en el artículo 3º de la Ley 48 de 1968; además, concedió a las partes la facultad de designar el árbitro que les correspondiere, y dispuso que los árbitros de las partes de común acuerdo y dentro de las 48 horas siguientes a su posesión, designarían al árbitro tercero, y que si así no lo hicieren, éste sería designado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, entidad que mediante la Resolución número 0265 de 12 de febrero de 1971 aprobó la designación hecha por los árbitros nombrados por las partes, que recayó en el doctor Miguel Gerardo Salazar. El Tribunal de Arbitramento, quedó integrado, en consecuencia, por el doctor Miguel Gerardo Salazar; por el doctor Germán Escobar Ballestas, designado por la Empresa, y por el doctor Gelasio Cardona, designado por el Sindicato.

El Tribunal de Arbitramento constituído legalmente en virtud de las últimas resoluciones a que se ha hecho referencia, inició sus funciones el 17 de febrero de 1971. Posteriormente el Ministerio de Trabajo prorrogó en 20 días el término para decidir, y el veintidós (22) de marzo de mil novecientos setenta y uno (1971) profirió dentro del término legal el laudo que puso fin al conflicto, y contra el cual interpusieron el recurso de homologación ambas partes.

Llegado el expediente a esta Superioridad, la Sala observó que no se encontraba la copia debidamente autenticada de la última convención colectiva que regía las relaciones entre Empresa y Sindicato, con la constancia del depósito legal, y en consecuencia la solicitó a la División de Relaciones Colectivas del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, entidad que la envió el 23 de julio del año en curso.

En providencia de junio nueve de este año, esta Corporación admitió el desistimiento del recurso interpuesto por el Sindicato de Trabajadores de Industrias de "San Luis". En consecuencia la decisión de la Corte versará sobre el recurso que interpuso Industrias de Pasteurización Ltda.

El recurso

Aun cuando la sociedad recurrente no lo sustentó ante esta Corporación, al interponerlo manifestó las razones por las cuales considera que el laudo es inexequible. Se estudiarán estas acusaciones en su orden.

Primera cuestión

La acusación fue formulada así:

"Al exceptuar el Tribunal, de la convención colectiva que continúa en vigencia, el contenido del Capítulo I, extralimitó sus facultades, porque ni el pliego de peticiones presentado por el Sindicato, ni el contrapliego de la empresa solicitan tal cosa. Es muy posible que los árbitros se hayan referido únicamente al tema de los salarios de que trata el mencionado capítulo, pero en la forma como quedó consignada en su fallo la excepción, se excluyen materias no sometidas a arbitramento, tales como el escalafón, pago de sobre-remuneraciones especiales a choferes, ayudantes, aseadora, y encargado de la fábrica de tapas. De manera que en este aspecto, el laudo recurrido debe ser declarado inexequible por la Corte".

Se considera

El ordinal segundo de la parte resolutiva del laudo acusado, dice así: "La Convención Colectiva de Trabajo suscrita el día 7 de octubre de 1968 entre la Empresa "Industrias de Pasteurización Ltda.-Pasteurización 'San Luis'" y el Sindicato de sus trabajadores, continuará vigente, con excepción de lo dispuesto en el Capítulo I desde el dos (2) de julio de mil novecientos setenta (1970) hasta el dos (2) de julio de mil novecientos setenta y dos (1972)".

El Capítulo I de la Convención colectiva de trabajo a que se refiere el ordenamiento anterior, aumentó los salarios de los trabajadores en $ 2.50 diarios y a partir del 2 de julio de 1969 hasta el 1º de julio de 1970

dispuso que recibirían un aumento adicional de $ 2.50 diarios. Luego señaló cómo se produciría el aumento para los trabajadores según el escalafón establecido entre la Empresa y el Sindicato, haciendo una relación de las distintas secciones y los oficios desempeñados. Habiendo ordenado el laudo una nueva alza de salarios, es claro que esta parte de la convención colectiva, por haber producido sus efectos, quedó excluída de las nuevas normaciones que han de regir las relaciones entre las partes, sin que tal situación expresamente señalada en el fallo arbitral, afecte, como lo plantea el recurrente, la existencia del escalafón, por cuanto la convención colectiva no lo estableció, sino que lo tomó como referencia para señalar la incidencia que tendrían los aumentos en el monto de los salarios de los trabajadores, como lo anota el apoderado del Sindicato, opositor en el recurso.

En relación con el pago de sobrerremuneraciones especiales a choferes, ayudantes, aseadora y encargado de la fábrica de tapas, Planta de Bogotá, en el mencionado capítulo I de la convención colectiva se pactaron ciertas normas que se transcribirán para compararlas con la decisión arbitral y el pliego de peticiones.

Respecto a los choferes vendedores, luego de fijar el salario que les correspondería una vez efectuado el aumento, dijo la convención:

"Los salarios básicos anotados anteriormente, corresponden a la venta diaria de una (1) canasta a doscientos setenta (270) canastas de leche; sobre todo excedente diario de venta de doscientos setenta (270) canastas se le reconocerá un porcentaje de cuatro centavos ($ 0.04) por cada canasta. 2º El porcentaje que, además del salario fijo ha asignado la Empresa a este grupo de choferes, tiene el objeto principal de cancelar el trabajo suplementario o de horas extras diurnas y nocturnas y recargo nocturno que dichos trabajadores lleguen a prestar".

Estipulación similar contempla la convención para ayudantes repartidores de leche:

"Los salarios diarios básicos anotados anteriormente corresponden a la venta diaria de una (1) canasta a doscientos setenta (270) canastas de leche; sobre todo excedente de venta diaria de doscientas setenta (270) canastas se les reconocerá un porcentaje de centavo y medio ($ 0.01.5) por canasta. El porcentaje que, además del salario fijo ha asignado la Empresa a este grupo de ayudantes repartidores, tiene el objeto principal de cancelar el trabajo suplementario o de horas extras diurnas y nocturnas y recargo nocturno que dichos trabajadores lleguen a prestar".

Cuando a los choferes que manejen máquinas pesadas y semipesadas, dispuso la convención:

"Al grupo de choferes de máquina pesada Mack, B 42, Mack LJ y similares que efectúen viaje redondo Bogotá-Ubaté-Bogotá y transportando leche se les fija una sobre-remuneración de $ 6.00 y $ 8.00 por viaje respectivamente. Los choferes que manejen máquinas semipesadas tendrán una sobre-remuneración por viaje redondo que efectúen a las zonas que a continuación se detallan: Recorrido Bogotá-Pacho-Bogotá, $ 4.00. Recorrido Pacho - Bogotá - Pacho, $ 4.00. Recorrido Bogotá-San Cayetano-Bogotá, $ 5.00. Recorrido Bogotá-Bojacá-Bogotá, $ 3.00. Recorrido Bogotá Granada-Bogotá, $ 4.00. Recorrido Bogotá-Sabana-Bogotá (Madrid - Bogotá), $ 3.00. Recorrido Bogotá-Sasaima-Bogotá, $ 4.00. Recorrido Bogotá-Chía-Bogotá, $ 4.00. Recorrido Bogotá-Neusa-Bogotá, $ 4.00. Recorrido Bogotá-Samacá-Bogotá, $ 6.00. La sobrerremuneración asignada a los choferes de recolección de máquinas semi-pesadas y pesadas tiene por objeto principal el cancelar el valor del trabajo suplementario o recargo nocturno o de horas extras diurnas y nocturnas que tales trabajadores lleguen a prestar. A los choferes que efectúen viaje redondo en un mismo día, Bogotá-San Cayetano-Bogotá, les será cancelado el valor de las horas extras que lleguen a prestar. La Empresa pagará esta sobre-remuneración asignada a los choferes de recolección de máquina semi-pesada y pesada cuando hayan cumplido un cincuenta por ciento de su re-

corrido y siempre y cuando no se haya podido cumplir el viaje de itinerario por daños en el vehículo de tal gravedad que le impidan al chofer-mecánico el repararlo por sus propios medios".

A los ayudantes de recolección que viajen a ciertas zonas también les fijó la convención una sobrerremuneración por viaje redondo así:

"Zona de San Cayetano, $ 2.00. Zona de Granada, $ 2.00. Zona de Sasaima, $ 1.50. Zona de Neusa, $ 2.00. Zona de Chía, $ 1.00. Zona de Samacá, $ 4.50. La sobre-remuneración asignada a los ayudantes de recolección que viajen a las zonas anteriormente detalladas tiene el objeto principal de cancelar el valor del trabajo suplementario de horas extras diurnas y nocturnas y el recargo nocturno que tales trabajadores lleguen a prestar".

Por último, en relación con el encargado de fábrica de tapas se pactó lo siguiente:

"Al encargado de la fábrica de tapas se le fija una sobrerremuneración de tres centavos ($ 0.03) por cada millar de tapas que fabrique de más sobre un promedio de doscientas mil (200.000) tapas diarias los días laborales. Para tener derecho a devengar esta sobre-remuneración es condición indispensable que las tapas elaboradas tengan una terminación y presentación no inferior a las muestras que se protocolizaron en la Convención suscrita el 1º de septiembre de 1964 y las cuales están debidamente firmadas por el encargado actual de la Fábrica de Tapas y el Presidente del Sindicato. La sobrerremuneración o porcentaje que, además del salario fijo ha asignado la Empresa al encargado de la fábrica de tapas tiene el efecto principal de cancelar el trabajo suplementario de horas extras diurnas y nocturnas y recargo nocturno que dicho trabajador llegue a prestar".

Las estipulaciones anteriores establecen un sistema convencional para pagar la remuneración de horas suplementarias, diferente a la señalada en la ley. En el punto décimosexto del pliego presentado por el Sindicato, se pidió lo siguiente: La empresa pagará a los trabajadores el trabajo extra o suplementario con los recargos legales en dinero, sin que haya lugar a ser compensado en tiempo". Mas esta petición fue retirada por los negociadores en la etapa de conciliación, como consta en el Acta número 7 correspondiente a la sesión de 10 de agosto de 1970 (folio 49). De manera que no estando contemplado en el petitum lo referente a la remuneración por horas extras o suplementarias, el Tribunal de Arbitramento excedió sus poderes al declarar sin efecto lo que las partes en conflicto habían convenido. Se declarará en consecuencia la inexequibilidad del laudo en este punto, por ser violatorio de los artículos 142 del Código Procesal del Trabajo y 458 del Código Sustantivo del Trabajo. Esta decisión de la Corte no implica un pronunciamiento sobre la legalidad de las estipulaciones convencionales para remunerar horas suplementarias, pues no es la convención colectiva la que está sometida a su juzgamiento.

Para los choferes y ayudantes de la Planta de Ubaté, "Sección de Recolección", la convención colectiva estableció lo siguiente en relación con las sobrerremuneraciones:

"a) Los choferes de máquina liviana devengarán un sueldo básico de $ 990.00-$ 1.065.00. Este salario será cuando efectúen la recolección de leche en el Valle de Ubaté y zonas aledañas; en el caso de que este grupo de choferes efectúe viaje redondo transportando leche de Ubaté a Bogotá, que sea viaje adicional a las labores ordinarias, devengará una sobre-remuneración de $ 8.00 por viaje, que tiene por objeto principal el cancelar el valor del trabajo suplementario o de horas extras diurnas y nocturnas que tales trabajadores lleguen a prestar e igualmente el recargo nocturno. b) Los choferes de máquina semi-pesada devengarán un sueldo básico de $ 1.056.00-$ 1.131.00. Este grupo de choferes devengará el salario mencionado cuando efectúe la recolección de leche en el Valle de Ubaté y zonas aledañas; en el caso de que este grupo de choferes efectúe viaje redondo transportando leche de Ubaté a Bogotá que sea adicional a sus labores ordinarias, de-

vengará una sobre-remuneración de $ 10.00 por viaje, que tiene por objeto principal cancelar el valor del trabajo suplementario o de horas extras diurnas y nocturnas y el recargo nocturno que tales trabajadores lleguen a prestar. En el caso de que estos trabajadores, efectúen viaje redondo Ubaté-Bogotá-Ubaté, utilizando máquina pesada, para transportar leche y en viaje adicional a sus labores ordinarias tendrá una sobrerremuneración de $ 13.00 y la cual tiene por objeto principal cancelar el valor del trabajo suplementario o de horas extras diurnas y nocturnas y el recargo nocturno que tales trabajadores lleguen a prestar. c) Los choferes de máquina pesada devengarán un sueldo básico de $ 1.135.00-$ 1.210.00. Este grupo de choferes devengará el salario indidicado y cuando efectúen viaje redondo Ubaté Bogotá-Ubaté, tendrán una sobrerremuneración de $ 5.00 por viaje, la cual tiene por objeto principal el cancelar el valor del trabajo suplementario o de horas extras diurnas y nocturnas y el recargo nocturno que tales trabajadores lleguen a prestar. Este grupo de choferes cuando efectúen viajes dobles, redondos, Ubaté Bogotá-Ubaté, tendrán una sobrerremuneración de $ 28.00 por cada viaje doble y la cual tiene por objeto principal cancelar el valor del trabajo suplementario o de horas extras diurnas y nocturnas y el recargo nocturno que tales trabajadores lleguen a prestar. La Empresa pagará la sobrerremuneración por viaje redondo, en máquina semi pesada y pesada, cuando hayan cumplido un cincuenta por ciento de su recorrido y siempre y cuando no se haya podido cumplir el viaje de itinerario por daños en el vehículo de tal gravedad que le impidan al chofer mecánico el repararlos por sus propios medios. Parágrafo. Los grupos de trabajadores contemplados en la Sección de Recolección, en los literales a); b) y c), no tendrán derecho al reconocimiento de horas extras. 10. a) Encargado principal control de cargue camiones carretera, $ 28.60 - $ 31.10. b) Ayudante de camión, de paso de carretera y otros no calificados, $ 28.60 - $ 31.10. c) Encargado de control y vigilancia planta purificación de agua, $ 28.60 - $ 31.10. 11. a) Ayudantes acompañantes de camiones que efectúen viaje Bogotá-Ubaté-Bogotá, $ 28.60 - $ 31.10. Estos ayudantes devengarán una sobre-remuneración de $ 3.00 por viaje redondo, pago que tiene el efecto principal de cancelar el trabajo suplementario o de horas extras diurnas y nocturnas y el recargo nocturno que dichos trabajadores, lleguen a prestar".

Sobre los viajes adicionales de los choferes, el punto décimo octavo del pliego de peticiones dijo: "Cuando a un chofer se le exija un viaje extra, fuera de su labor ordinaria, la empresa le pagará el valor correspondiente a un viaje ordinario, y para tal servicio se rotarán todos los choferes al servicio de la empresa". En relación con esta petición el laudo dispuso en su ordinal cuarto que las partes estarían "a lo dispuesto en los ordenamientos en la Convención Colectiva de Trabajo vigente y que queda prorrogada en los términos previstos en el ordenamiento Segundo del presente Laudo arbitral". En consecuencia por disposición expresa del fallo estas normas de la convención colectiva quedan vigentes y no hay lugar, por lo tanto, a que la Corte se pronuncie sobre el particular.

En lo referente a la sobrerremuneración por trabajo suplementario para los choferes y ayudantes de la Planta de Ubaté, Sección de Recolección, caben las mismas consideraciones que se hicieron en torno a la remuneración de horas suplementarias para los otros choferes, con la conclusión de la inexequibilidad del laudo en cuanto declaró sin vigencia la convención colectiva en este aspecto.

Por último, respecto a una de las aseadoras, en la convención se dispuso lo siguiente: "La trabajadora que haga las labores del aseo en los baños y sanitarios del personal de obreros de Bogotá, tendrá una sobre-remuneración de $ 1.00 diario". Los árbitros no tenían facultad para eliminar esta sobreremuneración, pues no se les dio el pliego de peticiones del Sindicato ni el llamado "contrapliego" de la Empresa. Al exceder sus poderes en este punto, se declarará la inexequibilidad del laudo en este particular.

Segunda cuestión. La propone así el recurrente: En este mismo punto segundo el Tribunal de Arbitramento dispuso que la

mencionada convención de octubre 7 de 1968, continuará vigente por dos años más, contados desde el dos (2) de julio de mil novecientos setenta (1970) sin tener en cuenta que el laudo proferido en marzo 22 de 1971 y la convención colectiva a que se refiere el mismo, forman un solo cuerpo, constituyen una reglamentación nueva, con obligaciones y derechos que rigen para el futuro. En consecuencia, si el fallo del Tribunal de Arbitramento Obligatorio ha de tener vigencia en un tiempo posterior a la fecha en que fue expedido, no hay razón para que se retrotraiga a una época anterior la iniciación de su duración. Hay que tener en cuenta además, que la convención colectiva de octubre 7 de 1968, por disposición de la Ley, se había prorrogado automáticamente hasta la firma no solo antitécnica, sino ilegal, la decisión arbitral a que se refieren los ordinales segundo y quinto de la parte resolutiva".

Se considera

El punto quinto del fallo dispuso: "Este laudo arbitral regirá por el término de dos (2) años, contados entre el dos (2) de julio de mil novecientos setenta (1970) y el primero (1º) de julio de mil novecientos setenta y dos (1972)". No encuentra la Sala que esta norma sobre vigencia del laudo viole disposiciones constitucionales, legales o convencionales. La circunstancia de que las modificaciones introducidas por el laudo a las condiciones de trabajo comenzarían a regir con posterioridad a su expedición —aumento de salarios a partir del 1º de abril de 1971 y bonificación pagadera con la prima de servicios del primer semestre de 1971— no era obstáculo para que el Tribunal de Arbitramento fijara como fecha inicial de su vigencia una anterior al veintidós de marzo de mil novecientos setenta y uno, pues habiendo dispuesto que la convención que vencía el 2 de julio de 1970, continuaría vigente por el término de dos años a partir de su vencimiento, lo procedente era señalarle al laudo la misma vigencia, con el fin de que no existiera confusión respecto al período en que regiría una y otro. El laudo bien podía declarar que regiría desde su fecha de expedición hasta el 1º de julio de 1972, puesto que no hizo modificaciones a la convención colectiva sino con posterioridad a la fecha en que fue expedido, y este señalamiento habría producido los mismos resultados que la forma que usó, pues tanto laudo como convención colectiva expirarían el 1º de julio de 1972. Pero si adoptó la fórmula contenida en los puntos 2º y 5º, no infringió el artículo 14 del Decreto 616 de 1954, sustitutivo del 479 del Código Sustantivo del Trabajo, sino que se ajustó a sus ordenamientos, porque reconoció que la convención colectiva rigió hasta la fecha en que se expidió el laudo, y que de ahí en adelante continuaría rigiendo en cuanto no fue modificada, por el mismo período señalado para la vigencia de las decisiones arbitrales contenidas en el fallo.

Es de observar, además, que el término de dos años señalados por el Tribunal de Arbitramento no excede al máximo contemplado en el artículo 461 del Código Sustantivo del Trabajo, y que aun cuando el Sindicato de Trabajadores pidió que la convención colectiva tuviese un término de un año, la empresa en el llamado "contrapliego" solicitó que fuese de dos años. Por lo tanto no excedieron los árbitros sus facultades al fijar la vigencia de la convención colectiva y del laudo que la modificó.

Por las razones expuestas, la acusación no prospera.

Tercera cuestión

"En relación con los considerandos que motivan la decisión del Tribunal sobre aumento de los salarios y pago de una bonificación especial, considero que es equivocado el razonamiento de los señores árbitros porque hacen depender la capacidad económica de la empresa para atender esas obligaciones, precisamente de factores que representan costos y no utilidades. Los gastos generales que afronta Industrias de Pasteurización Ltda. entre los que se encuentran comprendidos los arrendamientos de los inmuebles que ocupa su instalación industrial y arriendos de parte de los vehículos que recogen y distribuyen su producto, han venido superando la totalidad de los ingre-

sos, lo cual indica una grave situación económica para la empresa, que le impide asimilar más gastos. Y el hecho de que la sociedad que recibe tales arrendamientos tenga como socios a las mismas personas de Industrias de Pasteurización Ltda., no le da validez a la tesis del Tribunal de Arbitramento, porque dichas entidades están formadas independientemente, con capitales propios, obligaciones y derechos diferentes y fines sociales distintos. Además, en ningún momento se ha declarado la unidad de empresa entre ellas, como para considerarlas como una sola organización. Es erróneo, pues, el fundamento del fallo recurrido en este aspecto de la decisión final. De modo que debe ser declarado inexequible la decisión del punto tercero de la parte resolutiva del laudo, al igual que su parágrafo".

Se considera

Los puntos primero y tercero del fallo arbitral son del tenor siguiente:

"Primero. No se accede a los pedimentos formulados por la Empresa "Industrias de Pasteurización Ltda. - Pasteurizadora 'San Luis' ", con domicilio en Bogotá, D. E., representada por su presidente, señor Jorge Herrera Rogelis, en los puntos primero, segundo, tercero y cuarto del contrapliego que presentó el Sindicato de sus trabajadores, como consecuencia de su denuncia de la Convención Colectiva de Trabajo vigente en la mencionada Empresa".

".....

"Tercero. La Empresa "Industrias de Pasteurización Ltda. - Pasteurizadora 'San Luis' ", representada como se dejó dicho antes, aumentará los salarios que actualmente devengan los trabajadores sindicalizados de esa Empresa, a partir del 1º de abril del corriente año, en las siguientes proporciones: a) Les hará un aumento de dos pesos con cincuenta centavos ($ 2.50) diarios, para cada trabajador, durante el lapso comprendido entre el primero (1º) de abril del presente año y el treinta (30) de junio del mismo año citado; y b) A partir del primero (1º) de julio del año en curso, aumentará dichos salarios en la suma de dos pesos con cincuenta centavos ($ 2.50) más, en relación con el aumento a que se refiere el literal a), aumento éste que regirá hasta el día dos (2) de julio del año de mil novecientos setenta y dos (1972). Parágrafo. La citada Empresa pagará a cada uno de los nombrados trabajadores, por una sola vez, a título de bonificación especial, la suma de trescientos pesos ($ 300.00) moneda corriente, suma que pagará a los citados trabajadores junto con la "príma de servicios" correspondiente al primer semestre de 1971".

En la parte motiva del laudo al estudiar lo relativo a las peticiones de carácter económico contenidas en el llamado "contrapliego" presentado por la Empresa y en el pliego de peticiones presentado por el Sindicato de trabajadores, dijo el Tribunal de Arbitramento:

"2. Sobre los particulares aducidos por la Empresa observa este Tribunal que la pérdida industrial anotada en el ejercicio financiero correspondiente al año de 1969, como la que registra el Balance correspondiente al ejercicio del año de 1970, es relativamente aparente ante la realidad de los costos y gastos de producción, si se tiene en cuenta lo que la Empresa "Industrias de Pasteurización Ltda. - Pasteurizadora 'San Luis' " paga anualmente a "Herrera e Hijos, Ltda.", a título de arrendamiento de los inmuebles y de los vehículos de transporte que utiliza la primera Empresa mencionada para su funcionamiento y que los socios de las dos Empresas referidas son, exactamente, las mismas personas, cual se evidencia con los certificados expedidos por el Presidente y Secretario de la Cámara de Comercio de Bogotá, visibles a los folios 17 a 34 y 35 a 42, respectivamente, del cuaderno número 3, o sea que los usufructuarios de una y otra empresa son los mismos, con lo cual se da una especie de complemento en los beneficios y de compensación en las pérdidas correspondientes a las dos empresas mencionadas, puesto que esas unidades de explotación industrial dependen económicamente de las mismas personas, constituyendo la segunda de ellas una actividad conexa o complementaria de la primera, por

lo menos, en lo que mira a la industria del transporte. En efecto, de los balances de "Industrias de Pasteurización Ltda. - Pasteurizadora 'San Luis'," correspondientes a los ejercicios financieros de 1967, 1968, 1969 y 1970, que en copia auténtica fueron suministrados por esa Empresa a este Tribunal de Arbitramento, por haberlo dispuesto así esa Entidad para su mejor ilustración, se evidencia que dicha Empresa obtuvo utilidades líquidas repartibles, en los años de 1967 y 1968, por valor de trescientos cincuenta y seis mil setenta y un pesos con setenta y nueve centavos ($ 356.071.79) y de dos millones cincuenta y cinco mil ciento cincuenta y siete pesos con noventa y ocho centavos ($ 2.055.167.98), respectivamente; y que en los ejercicios financieros correspondientes a los años de 1969 y 1970 registra pérdidas por un valor de $ 93.989.06 y de $ 482.225.90, en su orden. Pero de esos mismos balances y sus anexos relativos a "costos y gastos de producción", se evidencia también que "Industrias de Pasteurización Ltda. - Pasteurizadora 'San Luis' " le pagó a "Herrera e Hijos Ltda.", a título de arrendamiento de los inmuebles y vehículos de transporte mencionados antes, las siguientes sumas de dinero: En el año de 1967, $ 2.371.740.00. En el año de 1968, $ 2.366.644.00. En el año de 1969, $ 2.807.963.00. En el año de 1970, $ 2.587.380.00. Como se evidencia también de los citados balances y de los anexos mencionados que "Industrias de Pasteurización Ltda. - Pasteurizadora 'San Luis' ", invirtió las siguientes sumas de dinero en el mantenimiento de los vehículos de transporte que figuran como dados en arrendamiento por "Herrera e Hijos Ltda.": En el año de 1967, $ 2.023.681.13. En el año de 1968, $ 2.175.722.76. En el año de 1969, $ 1.865.148.70. En el año de 1970, $ 2.308.352.19. Ante la realidad que se deja anotada, entiende este Tribunal de Arbitramento que no son atendibles las razones que invocó lá empresa "Industrias de Pasteurización Ltda. - Pasteurizadora 'San Luis'," en las etapas de arreglo directo y de conciliación, para negar absolutamente, como lo hizo, toda posibilidad de considerar los puntos de naturaleza económica contenidos en el Pliego de Peticiones que le presentó el Sindicato de sus trabajadores, con miras a modificar sus actuales condiciones de trabajo, según la Convención Colectiva vigente en esa Empresa. Pero al mismo tiempo admite este Tribunal las razones de justicia y equidad que asisten a la mencionada Empresa para oponerse a que sus costos de producción aumenten en forma desproporcionada, con el incremento de salarios y prestaciones extralegales, ante el hecho indiscutible de que no está en sus manos modificar favorablemente los márgenes de utilidad industrial para absorber esos nuevos costos, frente al control que al efecto ejerce el Estado Colombiano por intermedio de la Superintendencia Nacional de Precios. Se contempla sobre este particular una situación especial que, en verdad, no puede solucionar la Empresa directamente, por estar condicionada a factores que hacen relación directa con el control que ejerce el Estado sobre el producto alimenticio que constituye el objeto principal de su explotación industrial. Las circunstancias que se dejan anotadas inciden indiscutiblemente sobre todo incremento de los costos de producción que se funde en el aumento de los salarios y prestaciones extralegales de que actualmente disfrutan los trabajadores de la mencionada Empresa. Frente a las situaciones que se dejan planteadas será indispensable, en casos como el que aquí se contempla, armonizar las peculiaridades particulares de la empresa, referentes al margen industrial que obtenga, con determinados factores que no es posible ignorar y que, a su vez, inciden en la economía doméstica de los trabajadores subordinados que perciben modestos salarios, muy especialmente cuando dichos salarios se pactan para períodos relativamente largos, como sucedió en el caso de autos". .....

"En el orden de ideas que se dejó expuesto en los considerandos anteriores, estima también este Tribunal de Arbitramento que es justo y equitativo el mejoramiento de los salarios que actualmente devengan los trabajadores de la Empresa, en forma que, por lo menos, guarden relativa proporción con la disminución constante del valor adquisitivo de nuestra moneda y el permanente ascenso del costo de la vida en este medio, teniendo en cuenta que dichos salarios se vienen pagando desde el 2 de julio de 1968,

sin que se cause con ello un perjuicio grave a la Empresa, en atención a los diversos factores de tipo económico y margen industrial, que se dejaron criticados antes. Y con apoyo en esas mismas circunstancias, entiende también este Tribunal que no sería justo y equitativo gravar a la citada Empresa con la satisfacción de prestaciones extralegales que sean cuantitativamente superiores a las que actualmente soporta, conforme a lo que ella pactó libremente con el Sindicato de sus trabajadores en la Convención Colectiva de Trabajo vigente".

Las consideraciones del Tribunal de Arbitramento, así como las decisiones tomadas con fundamento en ellas, o sean los puntos primero y tercero del laudo, son de carácter económico, respecto a las cuales "la competencia de los árbitros no tiene más límite que el cuantitativo que señalen en el pliego los trabajadores; el fallo es de pura equidad y para buscarla tienen abierto todo el campo de la situación económica de las partes", como lo ha dicho esta Corporación. En el caso en estudio el Tribunal de Arbitramento no se salió de los límites fijados por el pliego de peticiones, y además, analizó con un criterio de equidad la situación económica de la Empresa y de sus trabajadores, para llegar a la conclusión de que no era posible aumentar las cargas extra-legales que convencionalmente afectaban a la primera, pero que era necesario hacer un aumento al salario de los segundos. La referencia a la sociedad Herrera e Hijos Limitada, que según el laudo está constituída por los mismos socios que forman Industria de Pasteurización, Ltda., la hizo el Tribunal de Arbitramento para deducir consecuencias económicas, no jurídicas.

Los puntos primero y tercero del laudo establecen obligaciones de orden puramente económico entre las partes; resuelven un simple conflicto de intereses cuya solución difiere la ley al buen juicio de los árbitros, cuyas decisiones no se ha demostrado que hubiesen violado los principios de equidad que deben regir las relaciones obrero-patronales, y en consecuencia no pueden ser modificadas por la Corte, de acuerdo con la jurisprudencia mencionada. La acusación, por lo tanto, no prospera.

Las restantes decisiones del laudo, distintas a la que acusa el recurrente, tampoco violan normas superiores de orden público, ni quebrantan derechos de las partes reconocidas por la Constitución, las leyes o la convención colectiva, siendo por consiguiente exequibles.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

Resuelve

Primero. Es inexequible el punto segundo del laudo dictado el 22 de marzo de 1971, por el Tribunal de arbitramento convocado por Resoluciones números 1483 de 18 de septiembre de 1970 y 0173 de 2 de febrero de 1971 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para decidir el conflicto laboral surgido entre el Sindicato de Trabajadores de Industrias de Pasteurización Ltda. "San Luis" y la Empresa Industrias de Pasteurización Ltda.-"San Luis" en cuanto dispuso que no continuaría rigiendo el Capítulo II de la Convención Colectiva celebrada el 7 de octubre de 1969 en lo referente a la sobrerremuneración allí pactada para choferes, ayudantes, aseadora y encargado de la fábrica de tapas, de acuerdo con las consideraciones hechas en la parte motiva de este fallo. El punto segundo es exequible en lo demás.

Segundo. Homológase el laudo acusado en todo lo demás.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, deposítese esta sentencia y el laudo homologado en el Ministerio del Ramo y confíesele el expediente para su archivo. Insértese en la Gaceta Judicial".

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García S., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONDENA EN ABSTRACTO

No es ella procedente, entre otras, por estas razones: el salario reconoce por causa jurídica el contrato de trabajo, por lo cual la acción del acreedor para su reclamo judicial es principal. De otro lado el salario no es un fruto civil, un interés o un perjuicio, y por eso no guarda analogía con bienes de esta clase.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, veintitrés de agosto de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Miguel Angel García B.).

(Acta número 35).

El señor Carlos Amórtegui Z., por medio de apoderado, presentó demanda laboral de mayor cuantía contra el señor Jorge Molano S., en su condición de gerente de la firma denominada Jorge Molano Sanabria y Cía Ltda., con la finalidad de que tal empresa fuese condenada a pagar al demandante las siguientes cantidades de dinero:

"El valor correspondiente al 5% sobre los trabajos efectuados con la Empresa Hamnibal; por el tractor MT-8 en el año de 1968 y sobre un total de horas de 2.011 por valor de $ 482.640.00, dando un valor de $ 24.132.

"El valor correspondiente al 5% sobre los trabajos efectuados en los contratos MC-TPC-5093 (1967-1968) por los tractores MT-S, MT7. MT8 y MT9; con un promedio de horas de 8.645 por valor de 1971.060 dando un valor del 5% de $ 98.553.00.

"El valor correspondiente al 5% sobre los trabajos ejecutados según contrato MC-TPC-1472 (1966-1968) Diferencia dejada de pagar así:

1966	$	5.762.57
1967	$	9.106.90
1968	$	20.495.80

"El valor de desarme y arme de nueve tractores según factura número 002 y contrato 5093-1968 a razón de $ 1.500.00 dando un total de $ 13.500.00.

"El valor correspondiente al reajuste de cesantías teniendo en cuenta los porcentajes reclamados; como también el valor correspondiente al reajuste de las primas de servicio, con base en los porcentajes anteriores.

"El valor correspondiente al lucro cesante desde el día agosto 24 de 1968, hasta el día en que la Empresa finalice los trabajos que adelanta en la región del Putumayo.

"El valor correspondiente a la Indemnización Moratoria desde el día 24 de agosto de 1968, teniendo en cuenta el promedio del jornal devengado hasta el día de la solución del porcentaje del 5% del reajuste de cesantías y lucro cesante que la Empresa adeuda a mi representado.

"El pago de los dominicales y días festivos que la Empresa dejó de pagar a mi representado (sic) de conformidad a lo que se probará en el juicio.

"El valor de la herramienta que mi representado puso al servicio de la Empresa al comenzar los trabajos en el Putumayo por

un valor total de $ 6.203.70 de conformidad a las facturas que presento adjuntas a la demanda. (...)".

"Se condene a pagar las demás sumas de dinero que se desprendan de los hechos discutidos y probados en el juicio, de acuerdo con la facultad para fallar extra petita (Art. 50 del C. P. del T.) y especialmente aquellas (sic) que se desprendan de la presente demanda".

Corrigió el actor posteriormente su demanda en el sentido de adicionarla con la petición del reconocimiento del valor de la alimentación durante el tiempo servido, como salario en especie, y reajustar los anteriores pedimentos con el resultado de esa condena y regulación.

Como hechos fundamentales de su acción dijo el demandante lo que se sintetiza así:

Que prestó sus servicios a la Empresa Mora y Molano Ltda. y luego a Jorge Molano S. y Cía. Ltda., como administrador general de la Empresa en la Zona del Putumayo, desde el 1º de enero de 1964 hasta el 24 de agosto de 1968, según liquidación expedida por la Empresa, y que fue despedido unilateral e injustamente por el señor Jorge Molano, gerente de esa entidad.

Que comenzó devengando un salario de $ 1.000.00 mensuales y el 5% sobre el bruto de la facturación de cualquier trabajo, remuneración que fue posteriormente cambiada por la cantidad de $ 1.500.00 por cada tractor que se desarmara y armara en la operación de acuerdo con el contrato con la Texas Petroleum Company.

Que luego la Texas Petroleum Company accedió a reajustar el precio de hora tractor u hora máquina de $ 100.00 a $ 117.00 y posteriormente a otro reajuste de $ 18.00 quedando la hora tractor en $ 135.00. Que al hacerse o efectuarse el pago el demandante reclamó el correspondiente aumento y el señor Mora le manifestó que "simplemente se le había pasado por alto, pero que en la primera oportunidad daría orden al señor Molano para reconsiderar el pago".

Que en el mes de septiembre murió el señor Mora y el señor Molano continuó al frente de la empresa.

Que la empresa le está debiendo por el servicio de los tractores cuya precisa determinación da en el curso de los hechos, la suma que reclama y los porcentajes sobre los cuales impetra el reajuste de las antecitadas prestaciones.

La parte demandada al contestar la demanda manifestó que el hecho primero no es cierto en la forma como está redactado y que no son ciertos el segundo y tercero, se opuso a lo sustancial de la acción con las explicaciones que da en su escrito y presentó demanda de reconvención en la cual solicitó:

Que el señor Carlos Amórtegui fuera condenado a restituir a la empresa la cantidad de $ 91.500.00 que le fueron pagados desde enero de 1965 hasta el 24 de agosto de 1968, por concepto de la operación completa de arme y desarme de tractores, a razón de $ 1.500.00 cada uno, en el supuesto de que la operación se había realizado bajo la inmediata dirección y vigilancia del señor Amórtegui y bajo su responsabilidad; y para que reintegrara a la Empresa los mayores valores facturados en los subcontratos que celebró con el señor Rafael Betín.

En los hechos de la contrademanda se expresa que: la firma Mora y Molano Ltda. contrató los servicios del señor Carlos Amórtegui, firma aquella que fue sustituída por Jorge Molano y Cía. Ltda. Que la relación laboral comenzó el 1º de enero de 1964 y terminó el 24 de agosto de 1968.

Que Mora y Molano Ltda. como parte del salario de Carlos Amórtegui, su administrador general, convino en pagarle la suma de $ 1.500.00 por cada operación completa de arme y desarme de tractores asignados al servicio del contrato MCTPC. 1248, celebrado con la Texas Petroleum Company, siempre que la operación completa se realizara bajo la dirección y vigilancia inmediata del Administrador general como responsable de la operación. El mencionado con-

trato tuvo una ampliación posterior en el año de 1965, en el contrato MCTPC-3033 y a él extendieron los interesados la misma forma de remuneración. Posteriormente el contrato 1248 se distinguió con el N. 1456. Sin embargo por informaciones recibidas con posterioridad al despido del señor Amórtegui se pudo establecer que solo durante el año de 1964 atendió en la forma debida las operaciones de arme y desarme, pues posteriormente se limitaba a dejar a los mecánicos y personal de ayudantes u operadores de las máquinas, la tarea de arme y desarme, realizando una tarea inadecuada.

Se afirma, que el señor Amórtegui, elevaba los precios de los subcontratos con el fin de dejar la diferencia de precios en poder suyo como aconteció con el señor Rafael Betín.

El actor contestó la contrademanda oponiéndose a ella y negando los hechos.

Terminó el litigio en primera instancia con sentencia del Juzgado Promiscuo del Circuito de Mocoa, de fecha siete de julio de mil novecientos setenta, por medio de la cual se dispuso:

"Primero. Condénase a la empresa 'Jorge Molano Sanabria y Cía. Ltda.', domiciliada en Bogotá, representada por su gerente el señor Jorge Molano Sanabria, a pagar al señor Carlos Amórtegui Zubieta, mayor de edad, vecino de Puerto Asís (Putumayo), con c. c. número 17.035.450 de Bogotá, tres días después de aprobarse la liquidación que se hará por los trámites del artículo 553 del C. J., las siguientes cantidades:

"a) Como indemnización por ruptura unilateral del contrato de trabajo por tiempo indefinido, el 75% del salario correspondiente a 100 (cien días) de salario devengado por el trabajador, cuya liquidación se hará con arreglo a las bases fijadas en la parte motiva;

"b) Por reajuste de salarios, el valor correspondiente al 5% de la cantidad cancelada por la totalidad de las horas-máquina trabajadas, con arreglo a las bases señaladas en la parte motiva. Se aclara que el 5% es sobre la suma de diecisiete pesos, o sea, que este porcentaje es de ochenta y cinco centavos.

"c) Por reajuste de primas de servicios en número de cuatro, el valor que resulte al liquidar el 5% de diesisiete (sic) pesos y multiplicado por sesenta días, todo con arreglo a las bases indicadas en la parte motiva.

"d) Por reajuste de vacaciones, la suma resultante de multiplicar el 5% del valor de las horas-máquinas trabajadas durante el período de la condena que es de dos años para este efecto, con arreglo también a las bases señaladas en la motivación.

"e) Por reajuste de cesantía, el valor del 5% de las horas máquina trabajadas en el último mes promedio de servicio, teniendo en cuenta que ese valor para efectos de la condenación es de diecisiete pesos, ya que sobre la diferencia de ciento treinta cinco (sic) pesos se canceló la cesantía al trabajador. Todo con arreglo a las bases de liquidación previstas en la parte motiva.

"f) Se condena al pago de las costas del juicio en un cincuenta por ciento.

"Segundo. Absulevse (sic) a la misma empresa demandada de los demás cargos formulados en la demanda.

"Tercero. Absuélvese al señor Carlos Amórtegui Zubieta de los cargos formulados en la demanda de reconvención".

Contra ese proveído interpusieron recurso de apelación ambas partes, y el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto** por sentencia de diez y nueve de noviembre de mil novecientos setenta, resolvió confirmar el fallo apelado en su totalidad.

Interpuesto por la parte demandada el recurso de casación, concedido éste y aceptado aquí por la Sala, presentada en tiempo la demanda, sin réplica de la parte opositora se procede a **decidir:**

La demanda

Dice así el casacionista:

"Alcance de la impugnación

"La parte demandada aspira a que, al prosperar el único cargo formulado en esta demanda de casación, la Honorable Corte Suprema de Justicia case el fallo impugnado y como tribunal de instancia dicte sentencia absolutoria, condenando en costas a la parte demandante.

"Motivos de casación

"Causal

"El cargo se formula dentro del motivo u ordinal Primero del Artículo 87 del Código de Procedimiento del Trabajo.

"Unico cargo

"Enunciación del cargo

"La sentencia acusada es violatoria de la ley sustantiva, por aplicación indebida de las siguientes normas de carácter sustantivo:

"Decreto 2351 de 1965, artículo 8º, numeral 1, 2, 4, 6;

"Artículo 23 letra c), 27, 57 (cláusula cuarta), 127 del Código Sustantivo del Trabajo;

"Artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo;

"Artículo 186 del Código Sustantivo del Trabajo, 14 (numeral 3). Decreto 2351 de 1965;

"192 y 193 del Código Sustantivo del Trabajo;

"249 del Código Sustantivo del Trabajo y 17 del Decreto 2351 de 1965.

"La violación se produjo por vía directa y son violaciones de medio las de los artículos 480 y 553 del Código Judicial, en concordancia con el artículo 145 del Código de Procedimiento del Trabajo.

"Demostración

"Como aparece de los hechos cuya relación sintética inicia esta demanda, don Carlos Amórtegui Z. demandó para el pago de indemnización por despido sin justa causa, de salarios que afirma se le adeudan y, con base en ellos, de reajustes de prima de servicio, vacaciones y auxilio de cesantía. Tanto la determinación del salario base para la indemnización por despido, de los supuestos salarios no pagados, base, además, para la liquidación de los reajustes pretendida, dependían de la demostración del número de horas trabajadas por unas determinadas máquinas, asignada a unos contratos también determinados (el número 1248 y el 3033 que lo adicionó, aclarando que el 1248 se distinguió posteriormente con el número 1456).

"Aunque el Tribunal utilizó en los considerandos del fallo el concepto hora-máquina, que es el correcto, posteriormente al referirse a la condenación en abstracto dice textualmente 'que solo falta un dato numérico, el de las horas trabajadas para hacer la correspondiente liquidación. Debe referirse obviamente a las horas trabajadas por las máquinas, es decir, a las horas máquinas. Porque son precisamente las horas trabajadas por las máquinas asignadas a los llamados contratos 1248, 3033 y 1456, las que darían, en el planteamiento del actor y en el fallo del Tribunal, los elementos que hacen falta para llegar al supuesto salario adeudado, con el fin de determinar el salario real, base de los reajustes pretendidos, y al salario base de la indemnización reclamada".

"Dice el Tribunal textualmente:

" 'Pero esta participación del trabajador solo debe referirse a los trabajos realizados por los tractores mencionados en los tres contratos antes aludidos...'

" 'Determinada así la participación del trabajador a razón del 5% sobre la hora-máquina de cada tractor, al precio de

$ 135.00 por cada hora, pero solo con relación a los contratos 1248, 3033 y 1456...'

"Como en el debate probatorio amplísimo cumplido en este juicio la parte demandante no demostró las horas trabajadas por las máquinas asignadas a los contratos, o sea las horas-máquinas, ni siquiera cuáles fueron esas máquinas, acudió el Tribunal a la condena en abstracto".

Repite luego el casacionista que son violaciones de medio las de los artículos 480 y 553 del Código Judicial, en concordancia con el artículo 145 del Código de Procedimiento del Trabajo, y agrega que:

"El propósito del Tribunal al hacer la inserción es el de confirmar que este caso está comprendido dentro de las hipótesis que contempla el artículo 553 del Código Judicial".

Transcribe una jurisprudencia de la Corte y por último puntualiza que:

"El Tribunal en la sentencia acusada dejó para posterior debate la demostración del supuesto salario adicional pretendido por el demandante y se coloca así en abierta oposición al verdadero entendimiento que debe darse al artículo 553 del Código Judicial, cuyo sentido exacto aparece precisado, con el del artículo 480 del Código Judicial también violado, en la jurisprudencia transcrita. Se demuestra con ella la violación, por vía directa, de las normas sustantivas citadas y las violaciones de medio presentadas. Para el Tribunal decretar el pago de un salario adicional al tenido en cuenta por la empresa para la liquidación de las prestaciones sociales del trabajador, tenía que estar debidamente demostrado ese salario adicional, en este caso el resultado de la determinación previa de un número de horas-máquinas, o sea de horas trabajadas por unas determinadas máquinas. Y el establecimiento de ese salario era la condición para decretar los reajustes de prestaciones sociales. Pero también la determinación de ese salario adicional es la base esencial para decretar la pretendida indemnización por despido que el trabajador reclama. Porque la indemnización debe cubrirse con base en el salario que el trabajador esté devengando en el momento del despido y si no lo demostró, no hay lugar a esa condena porque no puede sustituirse la base real de indemnización, no demostrada, por otro salario que aparezca demostrado en juicio o por el salario mínimo legal".

Anota seguidamente el censor las incidencias de lo puntualizado en el cargo con la parte resolutiva de la sentencia acusada.

Se estudia

Ciertamente con respecto a la condena en abstracto señalada por el casacionista dice así el ad-quem en su sentencia:

"El Juez hizo las condenaciones que contiene el fallo apelado, en abstracto. Y para fundamentar su actuación afirma que en el proceso se ha establecido la relación laboral, la duración de la misma y los demás requisitos necesarios para que prospere la acción; que solo falta un dato numérico, el de las horas trabajadas, para hacer la correspondiente liquidación, pero que en todo caso hay base para la condena.

"El Tribunal prohija el criterio del juzgador de instancia, porque si bien es cierto que el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se han pronunciado en contra de las condenas en abstracto, esas enseñanzas no pueden incidir en el caso subjudice, en el cual aparecen demostrados los requisitos esenciales para proferir la condena, menos un simple dato numérico, de fácil obtención, que serviría de base para hacer la liquidación en forma concreta. Esto de conformidad con doctrina del Tribunal Supremo del Trabajo, que por su incidencia en este juicio, se reproduce así: 'Cuando el Art. 553 referido establece que si en la sentencia se condena a pagar una cantidad ilíquida por frutos, perjuicios u otra cosa semejante se hace una liquidación motivada y especificada, claramente está indi-

cando que solo puede tener lugar cuando se trata sencillamente de fijar una cuantía, o, por así decirlo, de efectuar un ajuste numérico del alcance de la condenación'. Que es precisamente de lo que aquí se trata: de un ajuste numérico del alcance de la condenación, no sin agregar que la prueba sobre las horas máquina realizadas se pidió y decretó oportunamente".

Sobre este particular de la condena en abstracto y precisamente en lo relacionado con la aplicación del artículo 553 del C. Judicial, antes en vigencia, la Corte ha reiterado la siguiente doctrina, citada por el recurrente:

"Condena en abstracto:

"La autoriza el artículo 480 del Código Judicial para liquidar frutos, intereses o perjuicios, cuando establecido el derecho en el juicio no se conozca su importe ni haya elementos suficientes para fijar las bases que sirvan de factores para el justiprecio. En tal caso la estimación se efectúa en el incidente de ejecución de la sentencia, reglamentado en el artículo 553 del mismo código.

"Los frutos e intereses son accesorios del bien que los produce, y de ordinario se reclaman en juicio como consecuencia de las obligaciones principales de que provienen. En cambio el perjuicio puede ser objeto de acción concurrente o consecuencial de una principal, o acción autónoma, derivada del contrato o de la responsabilidad extra-contractual. En proceso civil tiene aplicación la condena en abstracto respecto de frutos, intereses o perjuicios, o de cosas análogas a estas obligaciones, como, por ejemplo, las mejoras en juicios reivindicatorios. No ofrecen la misma extensión los artículos 480 y 553 del Código Judicial en el proceso del trabajo; si en este se pide el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones con base en aquellos, no cabe la condena en abstracto. No es ella procedente, entre otras, por estas razones: el salario reconoce por causa jurídica el contrato de trabajo, por lo cual la acción del acreedor para su reclamo judicial es principal. De otro lado el salario no es un fruto civil, un interés o un perjuicio, y por eso no guarda analogía con bienes de esta clase".

En otro aparte dice esta misma sentencia:

"Como se ve, la jurisprudencia de la casación laboral sobre condena en abstracto, examinada en su conjunto, a la vez que prohibe ese sistema para el reconocimiento de salarios y prestaciones sociales, advierte que el Juez debe agotar sus poderes sobre formación oficiosa del material de conocimiento en busca de los factores necesarios para la condena en concreto, esto es, en cantidad líquida, si de los autos aparece demostrado el contrato de trabajo. En otros términos, que solo agotadas sus facultades sobre el completo esclarecimiento de los hechos sin resultados satisfactorios, opte por la absolución del reo.

"Estima el Tribunal que la condena en abstracto le da oportunidad al actor para que en el incidente de ejecución del fallo demuestre lo que no logró probar en el juicio por razones ajenas muchas veces a su actividad procesal.

"Aún en el proceso civil, no es aceptado el concepto del sentenciador. La actividad probatoria en el incidente de ejecución de la sentencia no tiene la misma amplitud que el derecho controvertido en el plenario del respectivo juicio ordinario, pues aquella, en el incidente, está limitada a determinar el importe de la prestación, de manera que el material de conocimiento no versa sobre todo lo que el actor no logró probar en el proceso en que se dictó la sentencia de condena en abstracto, sino únicamente el destinado a precisar la cifra numérica del quantum de la obligación". (Sent. 25 de agosto de 1960 G. J. 2829, Tomo XCIII Pág. 513 a 528).

En sentencia de 21 de septiembre de 1962 dijo también la Sala Laboral de la Corte:

"Si el trabajador que demanda en juicio el pago del salario o de una obligación derivada del contrato laboral cuyo importe fija la ley tomando el salario como unidad de medida, no demuestra el hecho, extre-

mo fundamental de la relación de trabajo, la decisión tiene que ser absolutoria del demandado, sin que quepa la condena in genere. No basta ser titular de un derecho para su reconocimiento en juicio, aunque se pretenda la condena sin fijación de su importe; si quien afirma tenerlo no lo demuestra, el juez no puede declarar la voluntad de la ley en su favor. Lo dicho debe entenderse sin perjuicio de que, probado el servicio personal dependiente y el período de vigencia del contrato, acuda el juez al salario mínimo legal, desde la fecha de su establecimiento. Este criterio, adoptado por la jurisprudencia, se explica y encuentra respaldado en textos del estatuto laboral sustantivo, entre otros, en el de su artículo 27".

En el caso sub-judice los reajustes impetrados por el demandante se fundamentan en las horas-máquina trabajadas por unos tractores que se encontraban a su cuidado, y como lo observa el censor, es evidente que no fue demostrado a través del plenario, ni cuáles fueron esos tractores ni cuántas fueron esas horas-máquina de donde pretendía derivar el aumento o reajuste de salario y prestaciones consiguientes el actor. Este pues era precisamente uno de los puntos fundamentales de la acción que no fue demostrado en juicio.

Ciertamente se encuentra acreditado el servicio del demandante para la empresa demandada, su iniciación y término del mismo, así como está demostrado también por la liquidación de prestaciones que le pagó la Empresa, el promedio mensual del último sueldo devengado. Empero, ausente del proceso aquella demostración de las precitadas horas-máquina sobre la que se fundamenta el pedimento principal de la acción, no cabía de ninguna manera la condena in génere como lo hizo el ad quem, aceptando el mismo criterio del juzgador de primer grado y remitiendo en virtud del indebidamente aplicado artículo 553 del C. Judicial, vigente entonces, a una demostración probatoria posterior al juicio y por tanto inaceptable.

Es pues evidente la violación señalada por la censura y la indebida aplicación de las disposiciones 480 y 553 del C. Judicial como medio para la violación también de las normas sustanciales anotadas por el impugnante, lo que llevó al ad-quem a confirmar las condenas de que aquí se trata.

En consecuencia, el cargo prospera y habrá de ser casada la sentencia acusada, pero se advierte que, como la acusación en su cargo único se dirige solamente contra la condena en abstracto y no se refiere ella a los derechos concretos que reconoció el Tribunal, en cuanto a estos su cuantía será determinada en sede de instancia.

Consideraciones de instancia

El Tribunal encontró demostrada la relación laboral, y el tiempo de duración de la misma, con sus extremos de iniciación y terminación, como quedó advertido ya en el cuerpo de esta providencia, empero no encontró determinadas las horas-máquina de donde pretende derivar el actor el porcentaje para el pretendido reajuste de salario y prestaciones, y no demostradas esas horas, no cabía como lo hizo el ad-quem la condena in genere sino la absolución de la parte demandada por ese aspecto, como lo señala la Jurisprudencia de la Corte, citada antes. Habrá pues de absolverse por ese aspecto.

El ad-quem, acorde con el juzgador de primer grado, a través del estudio pormenorizado de las probaciones aducidas por las partes, concluyó que la parte demandada no había demostrado la justicia en el despido, o mejor la causa justificativa de la terminación unilateral del contrato de trabajo, por lo cual consideró al demandante con derecho a la indemnización por ese concepto.

Ahora bien, como la Empresa liquidó y pagó prestaciones al demandante sobre la base de un salario promedio mensual de $ 11.549.00, esta cantidad, desde luego debe tomarse en cuenta para deducir el monto de la indemnización por despido de que aquí se trata.

Como el demandante trabajó con esa Empresa desde el 1º de enero de 1964 hasta el 24 de agosto de 1968, fecha del despido, es

decir cuatro (4) años, siete (7) meses y veinticuatro (24) días, le debe ser pagado, en conformidad con lo dispuesto por el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, ordinal 4º literales a) y b) lo siguiente:

Valor de cuarenta y cinco (45) días de salario (literal a) citado ... ...$	17.323.50
Como el capital de la Empresa es de un millón novecientos cincuenta mil pesos, le corresponde el 75% de la indemnización aludida en el literal b), con respecto a los días de salario que se deducen de los tres (3) años subsiguientes, mas lo proporcional a siete (7) meses y veinticuatro (24) días. Verificadas las operaciones aritméticas correspondientes, el resultado es el de la cantidad de ... ...$	15.807.69
Total por indemnización por despido injusto ... ...$	33.131.19

Fallo

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia de fecha diez y nueve de noviembre de mil novecientos setenta proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en este juicio, y en SEDE DE INSTANCIA: REVOCA en su totalidad el ordinal primero de la parte resolutiva del fallo dictado por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Mocoa, en este mismo litigio, con fecha siete de julio de mil novecientos setenta y en su lugar

Resuelve

Condénase a la parte demandada: Jorge Molano y Cía. Ltda., a pagar al demandante, tres días después de la ejecutoria del auto de obedecimiento que debe dictar el a-quo, la cantidad de treinta y tres mil ciento treinta y un pesos con diez y nueve centavos ($ 33.131.19) por concepto de indemnización por ruptura unilateral del contrato de trabajo.

CONFIRMA los ordinales segundo y tercero de la misma providencia.

Con costas de primera instancia a cargo de la parte demandada en un cincuenta por ciento (50%).

Sin costas en segunda instancia ni en el recurso.

No la casa en lo demás.

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

José Enrique Arboleda V., Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía O., Secretario.

PRESCRIPCION

Debe siempre proponerse o alegarse.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., veinticinco de agosto de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Juan Benavides Patrón).

(Acta número 43).

Según libelo que se radicó en el Juzgado Primero del Circuito Laboral de Santa Marta, **Francisco Tomás Cañate Carmona**, de aquel domicilio y cédula de ciudadanía número 1681688 expedida en el mismo lugar, celebró contrato de trabajo a término fijo con el **Departamento del Magdalena** para prestarle sus servicios como Inspector de la Zona de Carreteras de Santa Marta a Fundación, dependiente de la Secretaría de Obras Públicas del Departamento mencionado —a la fecha de aquel escrito Secretaría de Fomento y Desarrollo— y efectivamente los prestó desde el 1º de julio de 1965 hasta el 31 de diciembre del mismo año, fecha en la que fue despedido en forma unilateral, intempestiva e injusta; devengaba ochocientos veintiocho pesos mensuales, o veintisiete pesos con sesenta centavos por día, y no le han pagado los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que es legalmente acreedor. Durante todo el tiempo de la vinculación laboral formó parte del Sindicato de Trabajadores Departamentales del Magdalena, con el que el Gobierno mencionado pactó la estabilidad del personal en convenciones colectivas que rigen desde el 1º de enero de 1964. El 28 de abril de 1969 formuló, por medio de apoderado, el reclamo administrativo de rigor.

Con base en los hechos anteriores se impetraron, del Departamento del Magdalena, por los trámites de un juicio ordinario de trabajo, los salarios correspondientes al tiempo faltante para el vencimiento del contrato, teniendo en cuenta las convenciones colectivas aludidas; lucro cesante y daño emergente por el despido ilegal y sin justa causa y, en subsidio, las indemnizaciones legales; cesantía, por todo el tiempo trabajado; vacaciones en dinero por no haberlas disfrutado en descanso; primas de servicio y de navidad; salarios caídos o indemnización por mora, perjuicios morales y materiales y los intereses de ley.

El Departamento demandado admitió los hechos relativos a la contratación laboral, en su tiempo y remuneración, aclarando que terminó por cumplimiento de aquella, y remitiendo a prueba los demás. Aceptó el referente al reclamo administrativo.

Tramitada la controversia el Juzgado del conocimiento la desató en fallo del 25 de junio de 1970 cuya parte resolutiva reza:

"1º Condénase al Departamento del Magdalena, entidad de derecho público representada por el señor Gobernador, a pagar al señor Francisco Tomás Cañate Carmona, lo que a continuación se expresa: a) Por concepto de cesantía la suma de cuatrocientos catorce pesos ($ 414.00) m.l. b) Por concepto de prima de navidad, la suma de cuatrocientos catorce pesos ($ 414.00) m. l. c) Por salarios caídos, la suma de veintisiete pesos con sesenta centavos ($ 27.60) diarios, desde el día 1º de abril de 1966 hasta cuando se satisfaga la prestación liquidada. 2º Absuélvase al Departamento del Magdalena,

de los demás cargos impetrados en el libelo de demanda. 3º Consúltese esta providencia con el superior en caso de no ser apelada".

Sus razones principales fueron las de agotamiento de la vía administrativa, con el reclamo formulado el 2 de mayo de 1969; falta de alegación de la excepción prescriptiva; existencia del contrato de trabajo y ejecución del mismo del 1º de julio de 1965 al 31 de diciembre del dicho año; terminación del vínculo en esta última fecha, por vencimiento del plazo fijo, y desestimación consecuencial de los salarios de tiempo faltante y de las acciones por daño emergente y lucro cesante; procedencia, en cambio, de las relativas a cesantía y prima de navidad, conforme al tiempo servido, e indemnización moratoria por no habérselas cancelado, e inexistencia de derecho respecto a vacaciones y prima de servicios. Decisión igualmente absolutoria sobre perjuicios materiales y morales e intereses legales.

Apelada esa providencia por los apoderados de los litigantes, en la segunda instancia el Departamento alegó la excepción de prescripción, que fue acogida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, mediante exégesis del artículo 32 del Código Procesal del Trabajo, la cual sustentó en jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo y de a Sala de Casacion Laboral de la Corte, y previa concreción de que los únicos derechos surgidos fueron el de cesantía, por los servicios prestados, y el de indemnización moratoria, por no haber sido cancelada aquella, ya que la prima careció de prueba en el sub-lite, por tratarse de servidor departamental. El fallo del ad-quem resolvió:

"1º Revócase en todas sus partes el numeral 1º de la sentencia que se revisa y en su lugar se dispone: declárase probada la prescripción de todos los derechos y acciones que nacieron a la vida jurídica a favor del trabajador demandante, en razón del contrato de trabajo que lo vinculó con el Departamento del Magdalena, desde el 1º de julio de 1965 hasta el 31 de diciembre del mismo año; 2º Confírmase la sentencia apelada de 24 de junio del presente año, en sus numerales 2º y 3º; y 3º Sin costas".

Contra la sentencia anterior, dictada el 30 de septiembre de 1970, interpuso el recurso de casación el apoderado del trabajador, y habiéndoselo concedido el Tribunal y recibido esta Sala, que lo ha tramitado en legal forma, se le va a resolver mediante el estudio de la correspondiente demanda. No hubo escrito de oposición.

El Recurso Extraordinario

Persigue la casación parcial del fallo indicado para que en la decisión de instancia subsiguiente se revoque el numeral primero de su parte resolutiva, esto es, la declaración de prescripción enantes transcrita, y, en su lugar, se confirme el ordenamiento primero de la sentencia del a-quo, es decir, las condenas por cesantía, prima y salarios caídos.

Para estos efectos se formulan dos cargos, dentro de la causal primera de casación laboral, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

Acusa violación directa, por aplicación indebida, del artículo 32 del Código Procesal del Trabajo, por cuanto el Tribunal lo aplicó a un hecho probado —la alegación o proposición de la excepción de prescripción en segunda instancia— pero no regulado por él o, en otras palabras, llegando a consecuencias jurídicas contrarias a las queridas por el legislador.

Para el recurrente, las dos únicas oportunidades que establece la norma en cita para excepcionar en juicio laboral son la contestación de la demanda y la primera audiencia de trámite, violándose en forma directa la dicha regla al concederse una nueva ocasión para proponer la excepción perentoria de prescripción. Agrega el acusador que la distorsión que se ha venido haciendo en algunos fallos judiciales acerca de ese artículo 32 es ilegal y antitécnica, porque rebasa los límites señalados por ella y porque pretende llenar un vacío que no existe, retrotrayendo el derecho laboral al derecho civil común, cuando las concepcio-

nes de aquel son autónomas, dinámicas, más ágiles, más cerrada a las oportunidades dilatorias de las partes, por lo cual el artículo 32 CPT se refirió a todas las excepciones y no solo a las dilatorias, encerrando también la de prescripción, por lo que cabe el aforismo de "**dura lex sed lex**".

Se considera

El cargo no contiene una proposición jurídica completa, pues se refiere tan solo al artículo 32 del Código Procesal del Trabajo, sobre proposición y decisión de excepciones. Y aunque se piense de dicho precepto (como lo hace el acusador en párrafo final de su escrito, al que se atenderá adelante) que él se relaciona con el derecho de excepción, ello no lo vuelve sustancial, en el entendimiento de la causal primera de casación, por cuanto no contiene ninguno de los derechos laborales que se persiguen en la litis y que se afirman desconocidos por el fallador. Claramente se observa que el texto mencionado configura únicamente una regulación procesal y su pretendida violación apenas constituiría un quebranto de medio que abriría campo al examen de la violación de las normas consagratorias de los derechos pretendidos por el trabajador, que el ataque no menciona.

Por otra parte, se escogió como concepto de infracción de la ley el de aplicación indebida, cuando éste reposa en el correcto entendimiento del precepto legal, y lo que el impugnador sostiene es que por una mala exégesis se le llevó a consecuencias contrarias a las queridas por el legislador. Finalmente, la decisión recurrida responde a interpretación del artículo 32 CPT, por lo cual su ataque en casación, para que fuera estimable, debe afirmar y demostrar esa equivocación del fallador, esto es, debió acusarse por interpretación errónea, motivo que no fue el propuesto por el recurrente, ni a él se puede penetrar con su sola opinión de que la jurisprudencia ha torcido el precepto en referencia.

Con todo, en atención al fin primordial del recurso extraordinario y a que las decisiones de la Corte se publican oficialmente con algún atraso, se transcribe el último pronunciamiento judicial sobre la materia, que respalda la decisión del ad-quem y exhibe sin fundamento la opinión del acusador. Ha de recalcarse, sin embargo, que el entendimiento del Tribunal y el criterio reiterado de la jurisprudencia se fijan en la legislación vigente para resolver el sub-lite.

La decisión aludida expresa:

"Ciertamente, como lo plantea este cargo, el Tribunal acogió la excepción de prescripción alegada ante él, por la primera vez, por las dos entidades que habían sido condenadas por el a-quo, porque entendió, con apoyo en autor nacional, que el texto 32 CPT contiene como oportunidad legal para su estimación en el proceso del trabajo, cualquiera de las 'audiencias de trámite que se celebren y aun en la segunda instancia', esto es, que las excepciones perentorias y entre éstas la de prescripción pueden alegarse en todos los grados del juicio y declarárselas probadas si así aparecen del proceso. Esta interpretación es la que censura el recurrente, porque la entiende contraria al texto y al espíritu del precepto en cita, cuya infracción medio, conforme a lo que se ha sintetizado, produjo la falta de aplicación de las normas que consagran los derechos reclamados por el promotor de la litis.

"Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte tiene definido el asunto con criterio opuesto al del acusador y al cual se conformó, en consecuencia, el Tribunal de Cartagena. Así, en sentencias del Tribunal Supremo del Trabajo, que han orientado desde entonces la doctrina nacional, y, después, el pensamiento de esta Corporación, aquella entidad expuso:

" 'Ni obsta la consideración de que el hecho invocado constituye una excepción perentoria de pago parcial, que ha debido proponerse en la contestación de la demanda o en la primera audiencia de trámite, conforme al artículo 32 del C. P. del T., porque las excepciones perentorias, salvo la de prescripción, deben ser reconocidas en la sentencia, aunque no hayan sido propues-

tas ni alegadas, cuando el juzgador halle justificados los hechos que las constituyen, según el artículo 343 del C. J., que en concepto de esta Corporación es aplicable en el proceso laboral. La redacción del citado artículo 32, que parece autorizar la interpretación del opositor en el recurso, no puede oponerse, en justicia y acaso ni en la misma intención de sus redactores, a los principios universales de derecho que sustentan el precepto 343 del Código Judicial. Porque si los hechos establecidos en el plenario demuestran, total o parcialmente, la inexistencia de la obligación demandada, o la extinción, igualmente total o parcial, de la misma, si alguna vez existió, sería absurdo producir una decisión contraria a la verdad demostrada, sin otra explicación que la citada norma procedimental, cuya finalidad no puede desviarse del reconocimiento de lo justo y conforme a derecho. Para el Tribunal Supremo, sobre este particular, la interpretación correcta del artículo expresado es la de que, en tratándose de excepciones perentorias, la regla general es la de que pueden proponerse en la contestación de la demanda o en la primera audiencia de trámite, a la manera como estatuye el artículo 341 del C. J., para el proceso común; mas sin que tal precepto impida estimar, por extemporáneas, las que resulten justificadas en el curso del juicio, en la misma forma como no se contraponen en el procedimiento ordinario el precepto 341 con el 343, que se estima aplicable' (Sentencia de 24 de marzo de 1952, juicio de Reinhard Paul Theodor William Boecker contra Walter Held). Y en ocasión posterior, para complementar esta jurisprudencia 'sobre la excepción de prescripción, a la cual se aplica aquella como perentoria que es, con su modalidad especial de que debe ser alegada en cualquiera de las instancias', se reiteró: " 'La excepción de prescripción, como perentoria que es, puede alegarse en cualquier estado del juicio conforme al artículo 343 del C. J., que no ha sufrido modificación para el juicio laboral, y a reiterada jurisprudencia, que la admite en cualquiera de las dos instancias. La única distinción al respecto es que la prescripción no puede ser declarada de oficio como las demás perentorias, sino que requiere alegación, en los términos del artículo mencionado, el cual, de otra parte, no limita su oportunidad a la primera instancia, como pretende el recurrente. No cree esta Corporación que el entendimiento anterior quebrante el principio de la lealtad procesal, ya que las excepciones solo pueden ser reconocidas con base en los hechos demostrados, ni que sea rigurosamente cierta la tesis de que en la segunda instancia solo puedan examinarse los mismos supuestos existentes al tiempo de fallarse el litigio por el a-quo, porque las atribuciones del ad-quem recaen sobre toda la materia litigiosa, con las limitaciones impuestas, para otros efectos, por el recurso mismo, y aun pueden valorarla conforme a probanzas distintas, cuando la ley permite su producción en este segundo grado o la estimación de las que no alcanzaron a serlo ante el inferior".' (Sentencia de 16 de mayo de 1953. Ana Berrío vda. de Arango contra Compañía de Camiones de Leche y sus Socios).

"Las razones de estas providencias refutan, a juicio de la Sala, los argumentos del acusador en el presente negocio.

"Pues, en síntesis, las excepciones que se proponen son las dilatorias, según las voces del artículo 32 C. P. T., el espíritu del mismo y a doctrina procesal; las perentorias se alegan y aun sin que se las haya alegado deben reconocerse en la sentencia, con base en los hechos probados que las configuran. La de prescripción, como es sabido, no puede declararse de oficio y en esto consiste la salvedad que se le ha predicado. Nada de lo anterior violenta los principios procesales de concentración, preclusión y lealtad procesal ni el carácter definitivo de la sentencia de primer grado, pues los hechos virtuales de la excepción perentoria se producen en el proceso en actos que consultan a aquellos principios, conforme a la regulación instituída por el legislador, que también consagra el de las dos instancias, la segunda de las cuales implica facultades plenas en el Juez, fuera de las restricciones de la ultra y de la extra petita y de la reformatio in pejus, que no son atinentes al asunto.

"Puede agregarse, que en alguna ocasión la Corte sostuvo criterio distinto en la sentencia de 19 de septiembre de 1958, en la que exigió que la excepción de prescripción se propusiera o alegara en la contestación de la demanda o en la primera audiencia de trámite, como lo reclama el recurrente. Mas la propia Corporación rectificó esta decisión, producida en forma que ella misma calificó de incidental, en la suya de 16 de diciembre de 1959, en los siguientes términos:

'"Al respecto, la Corte de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y de esta Sala, reafirma el concepto de que la interpretación correcta que debe darse al artículo 32 del Código de Procedimiento del Trabajo, es la de que, en tratándose de excepciones perentorias, debe aplicarse el principio consignado en el artículo 341 del Código Judicial y que, en consecuencia, como regla general dentro del proceso laboral estas excepciones pueden proponerse en la contestación de la demanda o en la primera audiencia de trámite, pero teniendo en cuenta, al propio tiempo, que el artículo 32 citado, no impide estimar, por extemporáneas, las excepciones perentorias que resulten justificadas y demostradas en el curso del juicio, como lo preceptúa el artículo 343 del Código Judicial, salvo la de prescripción, que debe siempre proponerse o alegarse. Respecto de esta última, estima la Sala que si ella no se propone en la contestación de la demanda o en la primera audiencia de trámite, puede alegarse por el interesado, en cualquier instancia del juicio".'

"Lo anterior es suficiente para decidir el cargo, por cuanto la Sala no comparte la exégesis del recurrente y reitera su jurisprudencia tradicional". (Enrique Peralta contra Universidad de Cartagena y otros, 2 de abril de 1971).

Se rechaza, por lo expuesto esta acusación.

Segundo cargo

Afirma infracción indirecta de la última parte del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, acerca de que el simple reclamo del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación determinado, interrumpe la prescripción, por un lapso igual, violación que se produjo por la falta de apreciación del documento de folio 2 del cuaderno primero del expediente, esto es, que provino de un error de hecho. El recurrente alega que el documento anotado está dirigido al Gobernador del Departamento del Magdalena, suscrito por Francisco Tomás Cañate Carmona, tiene fecha 27 de julio de 1968 y fue recibido por la Gobernación el 30 del mismo mes; no fue redargüido de falso ni objetado en el curso del juicio; es un memorial que reclama con claridad el reconocimiento y pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones del demandante Cañate, en su condición de Inspector de la Zona de Carreteras Departamentales, frente de Santa Marta a Fundación, y el hecho de que conceda, allí mismo, poder a un abogado para que presente la reclamación, no desvirtúa la expresión e intención principal e inequívoca de formular una petición, ni le resta valor a su personería, pues la norma que se estima violada no exige la intervención de abogado para interrumpir la prescripción. El acusador manifiesta, además, que el Tribunal dejó de apreciar la prueba anterior, pues ninguna referencia hace de ella en su fallo y es obvio que si la hubiera considerado habría tenido como interrumpido, en el sub-lite, la prescripción, el 30 de julio de 1968, es decir, dos años y siete meses después de que se hicieron exigibles las obligaciones que se demandan y cinco meses antes de que operara la prescripción que declaró el ad-quem. En párrafo final el impugnador sostiene que los artículos 32 y 151 C. P. T. se encuentran en un cuerpo normativo rituario, pero que son esencialmente preceptos sustantivos porque se relacionan con la existencia de los derechos de acción y de excepción y que, conforme a jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo, la naturaleza de una disposición, su calidad de sustantiva o de adjetiva resulta de su propio contenido y no del código o estatuto donde figura, y así, en el civil hay disposiciones de puro procedimiento y en el judicial las hay de orden completamente sustantivo.

Se considera

Tampoco contiene este cargo una proposición jurídica completa. Pues únicamente señala como infringido el texto 151 C. P. T., en su parte final, sin incluir los que consagren los derechos laborales que hubiesen resultado violados. Y es que aunque se mire la regla en cuestión como relacionada con el derecho de excepción es obvio que ella no contiene ninguna de las acciones de la litis y su infracción, de resultar probada, configuraría tan solo una violación medio que no permite, por falta de la indicación necesaria, estudiar los derechos desconocidos por el fallador.

Por otra parte, se alega la comisión de un error de hecho pero ni siquiera se afirma que tenga carácter evidente, como es necesario en un ataque de esta clase, ni se expresa, en la forma debida, en qué consiste éste; se alega, además, que el fallo no menciona el documento que destaca el acusador, pero se olvida que el Tribunal se apoya, en este punto, en otra probanza, el documento de folio 3, que elevó la reclamación administrativa, y el cargo no menciona siquiera esta prueba, dejándola como soporte de la respectiva apreciación probatoria. Y, finalmente, respecto de la pieza misma, ha de decirse que es memorial que confiere poder a un abogado para que adelante la reclamación administrativa, pero no es ésta misma, cumplida por el apoderado, como lo apreció el ad-quem, el 2 de mayo de 1969, según aparece al folio 4. Formal y sustancialmente la pieza aducida no establece el hecho del reclamo administrativo en la oportunidad que interesa al acusador; él se exhibe en la ocasión que apreció el Tribunal, a través del documento que expresamente destacó guardando consonancia, también, con el hecho 9 del libelo inicial, y no existe error alguno en la estimación judicial, acerca del asunto cuestionado, que, por lo demás, no estuvo correctamente formulado en casación.

En cuanto a la alegación final sobre el carácter de los artículos 32 y 151 C. P. T., es claro, y la Corte no lo desconoce y antes lo reitera, que él no proviene del estatuto en que se les encuentre; pero no es menos cierto que ellos no consagran los derechos pretendidos en el juicio y que su sola mención, en la forma vista, los exhibe como violaciones medio que debieron presentarse junto con las sustanciales de derecho laboral.

El ataque fue mal formulado y carece también de fundamento.

En mérito de todo lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia objeto del presente recurso, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, el 30 de septiembre de 1970, en el ordinario de trabajo promovido por Francisco Tomás Cañate Carmona contra el Departamento del Magdalena.

Sin costas, porque no se causaron.

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

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CASACION

(Técnica)

Cuando los autores y la jurisprudencia exigen que la proposición jurídica en las demandas de impugnación debe ser completa, se refieren a que ha de abarcar todas las normas que consagran los derechos reconocidos o negados en la sentencia acusada y cuya modificación pretende el casacionista; pero cuando éste la consiente en parte y solo la ataca por éste o aquel aspecto la proposición jurídica será completa si encierra los preceptos consagratorios del derecho discutido.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., agosto treinta de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia).

(Acta número 35).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **Hans Erich Roeschel B.**, mediante apoderado, contra la sentencia del **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá**, fechada el 18 de marzo de 1971, por la cual confirmó las condenaciones pronunciadas por el Juzgado Cuarto del Circuito Laboral de esta ciudad contra **Boehringer Mannheim Ltda.**, consistentes en el pago al demandante de auxilio de cesantía, primas de servicio y compensación por vacaciones causadas y no disfrutadas en las cuantías en ella dicha; pero la revocó en lo referente a la orden de cubrir indemnización moratoria, a razón de $ 200.00 diarios desde el 1º de septiembre de 1968 hasta la solución de las prestaciones preindicadas.

La inconformidad del casacionista se concreta, pues, a la revocación de la condena por la indemnización aludida y en su demanda pide que "la Corte debe casar la sentencia por violación indirecta de la norma citada y convertida en Tribunal de instancia debe condenar a la sociedad demandada la pago de la indemnización moratoria, consiste (sic) en $ 200.00 diarios a partir del 1º de septiembre de 1968".

Formula para este efecto un solo cargo del tenor siguiente:

"La sentencia acusada viola indirectamente por aplicación indebida el artículo 65 del C. S. del T., en relación con el artículo 61 del C. P. del T., violación que se produjo a través de evidentes errores de hecho originados en la errónea apreciación de unas pruebas y en la falta de apreciación de otras".

Sostiene que el error de hecho imputado a la sentencia consistió "en haber dado por demostrado que la sociedad Boehringer Mannheim Ltda. obró de buena fe al no pagar oportunamente las prestaciones sociales y en no haber dado por demostrado, estándolo, que actuó de mala fe al no pagar dichas prestaciones sociales".

Singulariza así las pruebas en que juzga se cometió error evidente de hecho:

"Las pruebas erróneamente apreciadas son: a) El contrato suscrito entre el demandante y la firma C.F.B.E. Hijos GMBH Man-

nheim y cuya traducción oficial obra a folios 109 a 112. b) El escrito de contestación de la demanda folio 35 a 39. c) El documento que obra a folio 8 del expediente. Las pruebas no apreciadas por el Tribunal son las siguientes: a) Diligencia de absolución de posiciones del representante legal de la demandada folio 61 y 62. b) Diligencia de Inspección ocular folios 80 a 87".

Para sustentar el cargo manifiesta lo que se copia:

"En efecto, si hubiera apreciado en forma correcta, el contexto del contrato suscrito entre Roeschel y la sociedad C.F.D. e Hijos G.M.B.H. Mannheim especialmente en su numeral primero habría deducido en forma clara que no existía ninguna interferencia de terceros en la contratación del demandante por la sociedad demandada, ni oscuridad alguna en el origen de la relación contractual, pues en el contrato claramente se dice que el demandante prestará sus servicios en la sociedad Boehringer Mannheim Ltda. en la ciudad de Bogotá, Colombia, y bajo las instrucciones del Gerente de la mencionada sociedad, luego no existe la menor duda sobre la contratación realizada a Hans Erich Roeschel y sobre la subordinación de éste a la sociedad Boehringer Mannheim Ltda., por tanto es clara la errónea interpretación que hizo el Juzgador de segunda instancia sobre la prueba analizada. El análisis anterior se confirma plenamente con la errónea interpretación hecha por el ad-quem, de la segunda prueba singularizada o sea el escrito de contestación de la demanda, el cual constituye confesión según reiterada jurisprudencia, ya que en esta prueba el apoderado de la demandada dice lo siguiente: 'Hans Frich Roeschel vino a Colombia, para practicar dentro de la organizacion de mi representado y para este fin el actor debía recibir dirección e instrucción de mi representado'... El Tribunal deduce de esta confesión la existencia del contrato de trabajo dándole la apreciación probatoria correcta pero aprecia esta misma prueba en forma errónea al concluir que la conducta de la demandada es de buena fe, pues claramente se observa que existía una plena certeza para la demandada manifestada por su apoderado, de la subordinación de Roeschel a ella y de los servicios prestados personalmente por el demandante o sea que no había ninguna duda ni fáctica ni jurídica sobre la existencia del contrato de trabajo del demandante...

"Una de las apreciaciones más erróneas cometida por el ad-quem recayó sobre el documento que obra a folio 8 del expediente y en donde se certifica claramente que el demandante Roeschel prestará sus servicios en la Boehringer Mannheim Ltda. en la ciudad de Bogotá República de Colombia, en el cargo sub-gerente y a partir del 1º de agosto de 1967 y en tal documento se señala en forma clara que la mencionada sociedad es subsidiaria de la Alemana, pero el adquem exige la prueba de la representación de quienes suscriben el documento cuando este se halla autenticado en el Consulado de Colombia en la ciudad de Mannheim Alemania por lo que su valor probatorio es incuestionable. .....
"Por otra parte si el ad-quem hubiera apreciado la diligencia de absolución de posiciones realizada por el representante legal de la sociedad demandada, que obra a folio 61 a 62 del expediente también habría encontrado que la respuesta a las preguntas 2ª y 3ª del cuestionario planteado por la parte demandante confiesan en forma clara y precisa la relación de trabajo entre la demandada y Roeschel.....
de la inspección ocular se infiere la existencia clara del tercer elemento del contrato de trabajo o sea el pago de salario por la sociedad demandada al demandante y por los servicios que éste le prestaba, salario que le era cancelado mensualmente y con conocimiento de que se trataba de una remuneración por servicios prestados, bajo la vigencia de un contrato de trabajo, hecho plenamente probado a través de la prueba que se viene apreciando y cuyo análisis lógico habría llevado al juzgador de segunda instancia a la certeza que tenía la sociedad demandada de que Roeschel se hallaba vinculado a ella por un contrato de trabajo con todos sus elementos".

El apoderado de la demandada se opone, en la oportunidad legal, a la prosperidad del recurso y afirma, en primer término,

"que la proposición jurídica surge incompleta (en la demanda), por cuanto no se invocaron las normas consagratorias de las prestaciones sociales, como tampoco el artículo 66 del C. S. del T., precepto sobre el cual descansa la sentencia del Tribunal al aplicar, con razones atendibles, el principio de la buena fe...'.

En segundo lugar, analiza las pruebas singularizadas por el recurrente y la sentencia acusada y expone las razones que muestran a su juicio, cómo no cometió el ad-quem los errores que le imputa la demanda.

La Sala, para resolver, considera

No comparte lo aseverado por el opositor sobre que la proposición jurídica sea incompleta al haber indicado la demanda, como quebrantados únicamente los artículos 65 del C. S. del T. y 61 de C. P. del T., sin que se hubieran invocado "las normas consagratorias de las prestaciones sociales", porque en el evento a estudio el casacionista no aspira a reforma alguna respecto de las condenas por tales prestaciones y su pretensión se reduce exclusivamente a la indemnización moratoria, ordenada pagar por el a-quo y revocada por el ad-quem.

Cuando los autores y la jurisprudencia exigen que la proposición jurídica en las demandas de impugnación debe ser completa, se refieren a que ha de abarcar todas las normas que consagran los derechos reconocidos o negados en la sentencia acusada y cuya modificación pretende el casacionista; pero cuando éste la consiente en parte y solo la ataca por éste o aquel aspecto la proposición jurídica será completa si encierra los preceptos consagratorios del derecho discutido. Tal, lo que ocurre en el caso sub-lite, pues limitado el recurso a no más que a la indemnización moratoria la disposición que establece esta pena es el artículo 65 del C. S. del T., invocado por el casacionista.

Y por lo que hace el ataque formulado en el cargo que se considera, el Tribunal motivó en esta forma su decisión absolutoria:

"Indemnización moratoria. Ciertamente, el patrono debe pagar las anteriores prestaciones sociales pero de ese mero hecho no se sigue, al menos en la forma automática como lo entendió el a-quo, que se le considere deudor moroso incurso en la sanción prevista en el artículo 65 C. S. T. Este precepto, como lo tiene entendido y lo ha dicho reiteradamente la jurisprudencia, parte del supuesto de que el no pago es inexcusable, que se presume la mala fe; pero esa presunción legal implícita admite prueba en contrario: la de la buena fe que consiste en la convicción de estar procediendo en forma ajustada a derecho y que debe aparecer de bulto en el proceso, con la prueba de los elementos objetivos capaces de inducir al error. Con otras palabras, cuando la negativa a pagar del patrono aparece razonablemente fundada, porque hay duda jutificada sobre la propia existencia de las obligaciones demandadas, no se puede fulminar condena por concepto de indemnización moratoria, visto que en esas circunstancias se ha desvirtuado la presunción de mala fe ínsita en el precepto en comento. Tal es la situación de autos: en el que el origen de la relación de trabajo, contratos concurrentes con un tercero, la evidente interferencia del tercero en el desarrollo del contrato entre las partes y la visible lealtad de la parte demandada durante el proceso, muestran objetivamente en el patrono la conciencia de estar procediendo conforme a derecho. Por ello, se revocará la condena proferida mediante el literal d) para en su lugar absolver de tal petición".

Y resulta que el hecho aducido por el sentenciador es evidente: el contrato de trabajo entre el actor y la sociedad demandada no aparece manifiesto en autos, pues el que consta (y que es uno de los documentos que se dicen apreciados con error), es uno suscrito entre aquel y la firma C.F.B. e Hijos GMBH Mannheim, en Alemania, el 17 de julio de 1967 y por el cual "el empleado seguirá ocupado como asistente de ventas del Gerente de la firma B. M. Ltd., en Bogotá". De aquí provino que la Compañía demandada negase ser la empleadora del deman-

dante y que tanto el Juez del conocimiento, como el Tribunal hubiesen llegado a encontrar configurado el contrato de trabajo entre estos dos últimos, apelando a la figura jurídica del llamado "contrato realidad" por encima del que aparece ostensible en el proceso; por eso, el ad quem, luego de citar diversos autores sobre el punto mencionado y mostrar cómo el actor prestó servicios personales a la demandada y le estuvo subordinado, no obstante su destinación a ella desde Alemania, afirma:

"Pero es claro que este contrato realidad opera al margen de los acuerdos celebrados con la sociedad alemana, acuerdos que solamente vienen a servir de antecedentes y que solamente inciden en la actual controversia en cuanto las partes hayan podido cumplirlos efectivamente o asumir determinadas obligaciones en concreto. De ahí que resulta atinada la absolución impartida por el a-quo a las peticiones relativas a derechos extra-legales pactados con persona distinta a la demandada, que ésta no asumió ni reconoció y que por lo mismo no la obligan. Pero no solamente el análisis de fondo del problema planteado lleva a la Sala a desestimar los convenios realizados entre las partes y la sociedad extranjera, sino que a la misma conclusión se llega mirando el asunto desde un punto de vista procesal y, más concretamente, probatorio. Basta considerar, en efecto, que los contratos celebrados entre el demandante y la sociedad alemana, de un lado, y los pactados por las dos sociedades entre sí, del otro, constituyen 'res inter alios acta' para la parte que en cada ocasión no concurrió; y que, por la misma razón, todos los documentos provenientes de quien es tercero en el presente juicio, o firmados por el tercero y una de las partes, carecen de valor probatorio frente a quien no los firmó y su autenticidad debe ser demostrada por alguno de los medios legales de prueba...".

Surge de lo transcrito que la situación jurídica de las partes en litigio no era clara y que había qué deslindar lo pactado con la sociedad alemana de lo servido a la compañía colombiana, a fin de poder deducir las obligaciones de ésta para con el demandante. En estas condiciones no aparece manifiesto u ostensible error de hecho en la consideración del ad-quem de que "los contratos concurrentes con un tercero y la evidente interferencia del tercero en el desarrollo del contrato entre las partes... muestran objetivamente en el patrono la conciencia de estar procediendo conforme a derecho".

No desvirtúa la apreciación antedicha la contestación de la demanda, pues en ella presenta la empresa los hechos y razones que le asisten para considerar que el actor no era empleado suyo y si bien los juzgadores de instancia los desecharon y dedujeron de los mismos consecuencias diversas de las sostenidas por ella, esos hechos y razones dan margen a una duda razonable, de la que puede deducirse buena fe sin error ostensible, como lo hace el Tribunal al referirse "a la visible lealtad de la parte demandada durante el proceso", que es uno de los criterios de apreciación probatoria señalados en el Art. 61 del C. P. T.

No debe perderse de vista que en los juicios en los cuales se discute la naturaleza de la relación laboral entre las partes, por el hecho de que los juzgadores de instancia hallen configurado un contrato de trabajo del análisis probatorio respectivo, no puede deducirse, automáticamente, mala fe del empleador al haber sostenido puntos de vista contrarios a la existencia de tal contrato, si éstos se apoyaron en razones atendibles, como las sostenidas aquí por la demandada ante el hecho innegable de contratos escritos celebrados por el actor con la sociedad alemana y en virtud del cual vino a prestar sus servicios a Colombia.

Arguye el recurrente que "una de las apreciaciones más erróneas del ad-quem recayó sobre el documento que obra al Fl. 8 del expediente", porque éste sostiene que "es el único instrumento que aparece autenticado, aunque de todas formas no se acreditó la representación de los signatarios", lo que es claro, ya que dicho documento es una constancia expedida por la sociedad alemana C. F. Boehringer & Boehme Gmbh en que dice que el actor saldrá de Alemania el 1º de agosto a trabajar como subgerente de

la Compañía colombiana y no aparece ni en él mismo, ni en ninguna otra pieza de los autos que quienes firman tal documento sean representantes de aquella sociedad, ni que la colombiana sea subsidiaria de la alemana, no obstante afirmarlo así la constancia aludida. No es, pues, equivocada esa apreciación del Tribunal que el casacionista ataca: Una cosa es la autenticación por el Cónsul de Colombia del mencionado documento y otra la demostración de que sus signatarios son representantes de la persona moral, a cuyo nombre dicen actuar: el documento es auténtico, es decir, expedido en verdad por quienes lo suscriben, según lo dice el Cónsul; pero no es ésta la prueba de la representación de la sociedad que el sentenciador echa de menos.

Conclúyese de lo expuesto, que no aparece error de hecho manifiesto en la apreciación de los documentos analizados.

Señala el impugnante como pruebas dejadas de apreciar la absolución de posiciones, preguntas 2ª y 3ª, y la diligencia de inspección ocular; pero tampoco estos medios instructorios conducen a mostrar manifiesto o evidente error de hecho del **ad-quem** al no haber hallado como de mala fe la conducta de la empresa en este juicio, según pasa a indicarse:

"A la segunda pregunta que dice: Diga el absolvente bajo la gravedad del juramento si es cierto si o no que el señor **Hans Erich Roeschel** como delegado de la sociedad **C.F. Boehringer & Boehme Gmbh Mannheim** prestó sus servicios a la sociedad que él representa en los sectores de propaganda y venta en la ciudad de Bogotá hasta el día 8 de mayo de 1968? **Contestó: Sí es cierto.** Leída la aprobó. A la tercera pregunta que dice: Diga el absolvente bajo la gravedad del juramento si es cierto sí o no que la sociedad que él representa desarrolla en Colombia las actividades de representación de a sociedad **C. F. Boehringer Boheme Gmbh Mannheim** con domicilio en Alemania? **Contestó: Sí es cierto,** y aclaró: y de otras compañías alemanas, no solamente de ésta. Leída la aprobó".

De las respuestas dadas a estas preguntas deduce mala fe de la Compañía el impugnante con el argumento de que ellas prueban que conocía con claridad la relación laboral que lo unía al actor y que, sin embargo, la negó. Pero nótese que la pregunta 2ª se refiere al actor en calidad de "delegado" de la sociedad alemana y es éste el hecho que acepta llanamente la respuesta, la que debe concordarse con la pregunta primera y su contestación, que dicen: "diga el absolvente bajo la gravedad del juramento si es cierto, sí o no, que el señor Hans Erich Roeschel prestó sus servicios personales a la sociedad demandada a partir de agosto 1º de 1967? **Contestó: No es cierto.** Y aclaró: el señor Hans Erich Roeschel en el tiempo mencionado estuvo aquí en Bogotá prestando sus servicios, por cuenta de Boehringer Mannheim Gmbh, Alemania, a esta Compañía".

Es decir, concordadas estas dos preguntas y sus respuestas lo que aparece es la afirmación de la tesis de la Compañía respecto de si el actor era empleado suyo o de la sociedad alemana que lo contrató y envió a Colombia y esta situación de duda razonable no permite hallar error evidente de hecho en la sentencia acusada al considerar de buena fe la conducta de la empresa frente al demandante.

La inspección ocular señalada por el casacionista como la otra prueba dejada de apreciar tampoco establece lo que él pretende, pues en ella consta que el sueldo de $ 8.000.00 pagados al actor, era girado desde Alemania a la Compañía colombiana, lo que robustece la duda razonable de que se habló anteriormente y que no da margen para fundar el error de hecho evidente de que se acusa la sentencia. Para probar este aserto es suficiente la lectura del siguiente pasaje de la mencionada inspección:

"Se procede a constatar los puntos solicitados por el señor apoderado de la parte demandada, y para el efecto presenta el comprobante de contabilidad número 1859, que recoge los siguientes datos: En este comprobante aparece bajo el rubro deudores varios DV-BM-Alemania. Su pago para

atender gastos del señor Hans E. Roeschel, por cuarenta y siete mil novecientos cincuenta y seis pesos con ochenta y cuatro centavos ($47.956.84). Esta partida que se encuentra en el haber, tiene una contrapartida en el debe en bancos por cambio de $ 3.057.44 dólares, recibidos de Alemania, a razón de cambio de $ 16.25, según constan en el comprobante tenido a la vista, tiene como razón o discriminación siguientes, entre otras: $ 2.215.39 dólares, para pagar los sueldos de agosto a diciembre de 1967, a razón de $ 6.000.00 mensuales, más un treceavo sueldo por la suma de $ 6.000.00, con destino al señor Roeschel; y la suma de US$ 735.80 dólares para pagos de gasto de hotel en agosto de 1967 y gastos de transportes, por un total de $ 11.956.85 pesos colombianos, teniendo como base un tipo de cambio de $ 15.25. Según comprobante de Dresdner Bank, por US$ 735.29 dólares, fechado el 24 de julio de 1968, se recibió con destino al pago de sueldos de julio y agosto, el mismo tipo de cambio por el mismo valor de $ 6.000.00 mensuales, procedente de la sociedad alemana. Para los sueldos de enero, febrero y marzo de 1968, aparece el comprobante de contabilidad número 000182 por $ 18.000.00 en el haber, en la cuenta acreedores varios Hans Roeschel y el asiento dice: "Por valor recibido de Alemania para cancelar mensualmente a razón de $ 6.000.00. Como contrapartida en el rubro de bancos al debe, aparece como recibido de Alemania $ 1.259.83 dólares ($ 20.441.65 pesos colombianos)".

Precisa anotar, por último, que el error de hecho manifiesto de que ha de adolecer una sentencia para que prospere su invalidación en este recurso extraordinario, no consiste en una mera diferencia de criterio en la valoración probatoria, sino en que aparezca de manera ostensible que a la prueba se le hizo decir lo que no establece o que no se vio en ella lo que claramente expresa. Y esta situación deja de ser posible cuando unas mismas probanzas bien pueden servir para sostener una tesis o supuesta: en tal evento, obra la estimación que hizo de ellas el Tribunal, estimación que no puede ser variada por la Corte por no ser juez de instancia.

En consecuencia, no prospera el cargo.

Por razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia impugnada.

Con costas a cargo del recurrente.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

IDENTIDAD DE EMPRESA

La empresa es fenómeno típico de la economía moderna y de la actual organización del trabajo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., septiembre quince de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia).

(Acta número 36).

José Sofanor Martínez Rojano, mediante apoderado, instauró demanda, repartida al Juzgado Primero Laboral de Barranquilla, contra Aserradero Covadonga Ltda. con el fin de que fuese ésta condenada a pagarle pensión especial de jubilación desde el 1º de abril de 1969, sobre la base de haber laborado a Aserradero Barranquilla Ltd. desde el 12 de febrero de 1955 hasta el 6 de julio de 1961 y a la demandada desde el 25 de septiembre de 1961 hasta el 31 de marzo de 1969, la que lo despidió en esta última fecha sin justa causa, cuando tenía 14 años de servicio y 60 de edad. Como otro de los fundamentos de su pretensión sostuvo en el hecho 5º de la demanda:

"El negocio explotado por Aserradero Barranquilla Ltda., pasó del poder de esta empresa al poder de Aserradero Covadonga Ltd., quien utilizó el mismo local, las mismas máquinas, el mismo negocio, y parte de materia prima de Aserradero Barranquilla Ltda. Es decir, que la unidad de explotación comercial fue la misma".

La demandada aceptó algunos de los hechos aducidos por el actor, negó otros e indicó las razones por las cuales no se configuró el fenómeno de la sustitución patronal.

El Juzgado del conocimiento, en sentencia de 2 de diciembre de 1970, absolvió a Aserradero Covadonga Ltd. de todos los cargos formulados en la demanda. Pero el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, al resolver el recurso de alzada, en la suya de 18 de marzo de 1971, revocó la del a-quo y, en su lugar, dijo:

"Condénase a la demandada a pagar al actor una pensión mensual especial de jubilación en cuantía mensual de $ 439.40, a partir del 1º de abril de 1969".

Contra esta sentencia recurrió la empresa en casación y fundamentó la correspondiente demanda, sin réplica de la parte actora, mediante la cual pretende la casación total del fallo de segunda instancia, para que una vez constituída la Corte como Tribunal de instancia confirme la absolución proferida por el a-quo.

Formula al respecto un solo cargo del tenor siguiente:

"Acuso la sentencia por la causal 1ª de casación contemplada en el artículo 87 del C. P. T., modificado por el artículo 60 del Decreto 528 de 1964 y 7º de la Ley 16 de 1969, esto es, por ser violatoria de la Ley sustancial a causa de la indebida aplicación del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, hoy subrogado por el artículo 15 del Decreto 2351 de 1965, adoptado a su vez como norma permanente por el artículo 1º de la Ley 48 de 1968 y la aplicación también indebida del artículo 8º inciso 1º de la Ley 171 de 1961. La violación de las anteriores disposiciones sustanciales se produ-

jo por infracción indirecta, a causa de haber aplicado el ad-quem indebidamente dichas normas, no siendo pertinente hacerlo en el presente caso. En la violación indirecta anotada incurrió el sentenciador por errores de hecho, que aparecen de modo manifiesto en los autos, ocasionados por la falta de apreciación de algunas pruebas documentales auténticas y la apreciación errónea de otras, de acuerdo a la siguiente relación:

"a) Pruebas apreciadas erróneamente por el Tribunal;

"1º Copia del Acta levantada por la Inspección del Trabajo del Atlántico (Fls. 9 a 11);

"b) Pruebas no apreciadas por el Tribunal:

"1º Certificación expedida por la Cámara de Comercio de Barranquilla (Fl. 12).

"2º Certificación expedida por la Cámara de Comercio de Barranquilla sobre existencia y representación legal de la sociedad demandada (Fl. 17).

"3º Copia de la escritura pública número 1722 del 29 de septiembre de 1961, de la Notaría Primera de Barranquilla, presentada durante la diligencia de inspección ocular (Fls. 48 a 61).

"4º Copia de la escritura pública número 1217 de 5 de agosto de 1963, otorgada en la Notaría Primera de Barranquilla, presentada en la diligencia de inspección ocular (Fls. 62 y 63)".

Señala los siguientes errores de hecho en que considera incurrió el sentenciador:

"a) Dar por demostrado, sin estarlo, que entre las sociedades Aserradero Barranquilla Ltda. y Aserradero Covadonga Ltda. existió unidad o identidad de empresa; que ellas constituyeron una misma unidad de explotación económica.

"b) No dar por demostrado, estándolo que las dos sociedades antes mencionadas tuvieron plena independencia jurídica y sus socios fueron personas naturales perfectamente diferentes.

"c) No dar por demostrado, estándolo, que la sociedad Aserradero Barranquilla continuó existiendo jurídicamente después de la constitución de Aserradero Covadonga Ltda. hasta el punto de que solo se liquidó el 26 de diciembre de 1963.

"d) No dar por demostrado, estándolo, que entre las sociedades Aserradero Barranquilla Ltda. y Aserradero Covadonga Ltda. únicamente existió una vinculación contractual consistente en que la segunda compró parte de los activos de la primera, tales como los edificios y algunas maquinarias, con garantía hipotecaria sobre los mismos.

"e) Dar por demostrado, sin estarlo, que la unidad de explotación económica de Aserradero Barranquilla Ltda., como tal, pasó a ser de propiedad de Aserradero Covadonga Ltda., siendo así que en ningún momento la segunda adquirió la totalidad de los activos de la primera ni tampoco se hizo cargo de los pasivos de ésta.

"f) Dar por demostrado, sin estarlo, que el compromiso que consta en el Acta de la Inspección del Trabajo del Atlántico, número 1333 del 7 de julio de 1951, compromete a la sociedad demandada Aserradero Covadonga Ltda. sociedad que no es mencionada en la misma y ni siquiera se hallaba constituída en esa fecha.

"g) No dar por demostrado, estándolo, que en el Acta de la Inspección del Trabajo del Atlántico que se acaba de mencionar, la Sociedad Aserradero Barranquilla Ltda. asumió la responsabilidad por todas las obligaciones laborales originadas por los contratos de trabajo de los trabajadores que estuvieron a su servicio.

"h) No dar por demostrado, estándolo, que en el Acta de Inspección del Trabajo del Atlántico que se acaba de mencionar, la Sociedad Aserradero Barranquilla Ltda., asumió la responsabilidad por todas las obligaciones laborales originadas por los con-

tratos de trabajo de los trabajadores que estuvieron a su servicio".

La Sala, para resolver, considera

El Tribunal fundamenta así la condena proferida:

"En el informativo existen las declaraciones de los señores Marceliano Lugo Manotas (Fl. 37), Leopoldo Quintana (Fls. 38 y 39), Esteban Barrios Redondo, quienes declaran las actividades comerciales desarrolladas por Aserradero Covadonga Ltda. son las mismas del antiguo Aserradero Barranquilla Ltda. pues las maquinarias, instalaciones, etc. la última de las entidades nombradas se las vendió a la primera.

".....

"Ahora bien, en el caso de autos para definir el derecho reclamado, salta el siguiente interrogante: dadas la historia de negociaciones entre las empresas mencionadas, surgirá la identidad o unidad de empresa?

"Nosotros creemos que sí, pues las declaraciones de los testigos Marceliano Lugo Manotas, Leopoldo Quintana y Esteban Barrios Redondo, están indicando que las actividades industriales y comerciales desarrolladas por Aserradero Barranquilla Ltda., y Aserradero Covadonga Limitada, son las mismas, amén de que las maquinarias e instalaciones de la primera las traspasó a la segunda".

No deja duda lo transcrito de que el Sentenciador se apoyó en los testimonios que menciona para tener por establecida la unidad de empresa entre Aserradero Barranquilla Ltd. y Aserradero Covadonga Ltda., fundamento de la condenación de esta última al pago de la pensión jubilatoria. El casacionista no ataca la valoración de esta prueba por haber sido excluída del recurso de casación, según el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, lo que conlleva una consecuencia inevitable: la invulnerabilidad del fallo acusado al no ser legalmente posible la revisión por la Sala de la prueba que le sirvió de principal sustento.

Podría alegarse que el examen de los documentos que el impugnante señala como dejados de apreciar y del que indica como estimado con error, acaso llevaría a conclusión contraria de la sacada por el ad-quem de los testimonios que invoca; pero aun en esta suposición, la Sala tendría por fuerza que valorar la prueba testimonial para mostrar que prevalece sobre ella la documental y tal cosa no le es posible ante el imperio de la norma legal antedicha.

Más aún: respecto de supuestos fácticos, como la unidad o identidad de empresa que bien puede probarse por medio de testimonios, no es dable a la Sala considerarlos menos atendibles que los documentos aportados al proceso, pues pertenece a la soberanía del juzgador de instancia el decidir, ante dos pruebas contrarias, cuál de ellas considera con mayor mérito probatorio, a menos que se establezca manifiesto error de hecho en la valuación de la que decidió su convencimiento, lo que implica detenido examen de la misma, imposible de efectuar cuando se trata de declaraciones de terceros.

De esta manera, no resulta viable el cargo por lo que hace a los evidentes errores de hecho que imputa a la sentencia en cuanto a la prueba mediante la cual dio por establecida identidad de empresa entre Aserradero Barranquilla Ltda. y Aserradero Covadonga Ltda.

Arguye, por otro aspecto, el casacionista, con base en la prueba documental que singulariza como dejada de apreciar, "que las dos sociedades mencionadas tuvieron plena independencia jurídica y sus socios fueron personas naturales perfectamente diferentes" y que "la sociedad Aserradero Barranquilla Ltda. continuó existiendo jurídicamente después de la constitución de Aserradero Covadonga Ltda., hasta el punto de que solo se liquidó el 26 de diciembre de 1963". Pero estos dos argumentos no muestran error de hecho en la sentencia acusada, porque ha explicado la jurisprudencia que la Empresa es fenómeno típico de la economía moderna y de la actual organización del trabajo, la que, "considerada desde un punto de vista subjetivo representa

la actividad continuada de un empresario en su negocio, mas mirada objetivamente es una entidad real, que no requiere de la persistencia de un solo dueño para que permanezca la misma, en cuanto no varíen los objetivos de su actividad económica". (Véase sentencia de esta Sala de 6 de febrero de 1970 en el juicio de Moisés Ponce Lozano contra Compañía Frutera de Sevilla).

Desde otro punto de vista, tampoco es necesario que sea total el traspaso de los bienes de una persona a otra, si la adquirente continúa la actividad industrial o comercial que desarrollaba la tradente, que es el aserto del sentenciador con base en los testimonios arriba indicados. De esta manera, no existe el error de hecho sostenido por el impugnante cuando aduce como tal al que entre las dos sociedades de que se viene hablando "únicamente existió una vinculación contractual consistente en que la segunda compró parte de los activos de la primera, tales como los edificios y algunas maquinarias, con garantía hipotecaria sobre los mismos" y cuando afirma "que en ningún momento la segunda adquirió la totalidad de los activos de la primera, ni tampoco se hizo cargo de los pasivos de ésta".

Confirma, por último, la identidad de empresa en el evento sub-judice el acta suscrita entre Aserradero Barranquilla Ltda. y Aserradero Covadonga Ltda., que el Tribunal presenta para corroborar lo manifestado por los testigos y que el recurrente considera que fue estimada con error. En dicha acta aparece lo siguiente:

De un lado, que existía una promesa de venta entre la primera de las sociedades nombradas y el representante de los "adquirentes compradores de las propiedades e instalaciones de Aserradero Barranquilla Ltda.", quienes comprarían, una vez constituídos en sociedad limitada, "la propiedad, dominio, tenencia y posesión de las instalaciones, maquinarias, edificaciones e inmuebles de Aserradero Barranquilla Ltda.".

De otro, que con base en esa promesa de compraventa, esta sociedad se compromete "a entregar las instalaciones materiales sin problemas con el personal", para lo cual "procederá a liquidar definitivamente a sus actuales trabajadores, cancelándoles todas las prestaciones sociales pendientes hasta la fecha de la liquidación" y los compradores "se comprometen a ir contratando en la medida que lo impongan las necesidades al personal de trabajadores, tomando de preferencia a quienes han estado vinculados al Aserradero Barranquilla Ltda., sin que sus servicios estén sometidos a período de prueba o aprendizaje".

Surge claro de este acuerdo que el propósito de los contratantes fue el que la empresa continuaría, al perfeccionarse la negociación antedicha, el desarrollo de sus anteriores actividades, pues de otra manera resultaría inexplicable el compromiso de los adquirentes de ir contratando de preferencia el personal de trabajadores vinculado a los antiguos dueños, "sin que sus servicios estén sometidos a período de prueba o aprendizaje". Esta acta, por tanto, no aparece apreciada con error manifiesto por el adquem al invocarla para corroborar lo expuesto por los testigos en orden a la identidad de la empresa demandada.

Y la parte del compromiso que se estudia, en cuanto que "la sociedad Aserradero Barranquilla Ltda. asumió la responsabilidad de todas las obligaciones laborales originadas por los contratos de trabajo de los trabajadores que estuvieron a su servicio", según lo afirma el recurrente como otro de los errores de hecho imputados a la sentencia, no lo configura, pues se trata de una obligación contraída por aquella con los compradores de la empresa y de cuyo cumplimiento responde a éstos, sin que ese pacto pueda considerarse liberatorio de dichos compradores respecto de los asalariados que continuaron prestándole sus servicios o a los que engancharon de nuevo y que de tiempo atrás venían trabajando en la empresa bajo sus primitivos propietarios. De aquí que resulte ajustado a la ley el que en el evento sub-lite se sume el tiempo laborado a Aserradero Barranquilla Ltda., con el servicio a Aserradero Covadonga Ltda. para efectos de la pensión especial de jubilación y no obstante la corta interrupción de labo-

res que medió en el trabajo del actor al pasar la empresa de una sociedad a otra.

En consecuencia, 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 acusada.

Sin costas.

Notifíquese, publíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Los Magistrados,

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

HOMOLOGACION

Hasta dónde se extienden las facultades del sindicato gremial minoritario frente a uno de base mayoritario, en la negociación colectiva. — La Corte, por providencia de 23 de septiembre de 1971, DECLARA INEXEQUIBLE el Laudo Arbitral proferido el 26 de enero de 1971, por medio del cual se resolvió el pliego de peticiones presentado por la Asociación Colombiana de Mecánicos de Aviación —ACMA— y la Sociedad Aeronáutica de Medellín consolidada S. A. —SAM—.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., septiembre veintitrés (23) de mil novecientos setenta y uno (1971).

(Magistrado Ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar).

(Acta número 47).

La Corte Suprema de Justicia, por medio de su Sala Laboral, resuelve con esta providencia el recurso extraordinario de homologación que la "Sociedad Aeronáutica de Medellín Consolidada S. A. —SAM—", interpuso contra el Laudo Arbitral de fecha 26 de enero de 1971, dictado para resolver los puntos del pliego de peticiones que presentó a la empresa la "Asociación Colombiana de Mecánicos de Aviación —ACMA—".

Antecedentes

Las condiciones de trabajo existentes en un principio entre la "Sociedad Aeronáutica de Medellín Consolidada —SAM—", y dos sindicatos a que estaban afiliados parte de sus trabajadores, el de empresa y el gremial denominado "Asociación Colombiana de Mecánicos de Aviación —ACMA—", habían sido impuestas por Laudo Arbitral con duración de 2 años, que comenzó a regir el 24 de abril de 1968 y expiraba el 23 de abril de 1970.

En el precitado Laudo que corre al folio 24 (folleto), SAM reconocía como representantes legítimos de sus trabajadores sindicalizados al "sindicato de base y a "ACMA", siempre y cuando tal reconocimiento no contrariase ninguna disposición legal o gubernamental que llegare a regir en el futuro (cláusula segunda).

Vigente la Ley 48 de 1968, dentro de los dos meses anteriores a la expiración del plazo del Laudo Arbitral, cada uno de los dos sindicatos lo denunció a fin de obtener el señalamiento de nuevas condiciones que habrían de regir los contratos individuales de trabajo.

Producido este hecho, en forma separada la empresa inició conversaciones con cada uno de los nombrados sindicatos.

Con el de base llegó a un arreglo y celebró convención o contrato colectivo, que fue recogido en documento de fecha 11 de mayo de 1970 (folio 26).

En cambio, con el sindicato gremial no se llegó a ningún acuerdo y a solicitud de ACMA el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social ordenó que el pliego lo resolviera un Tribunal de Arbitramento Obligatorio, dictando al efecto la Resolución número 1097 de 30 de julio de 1970 (folios 38 a 43).

Para proferir la anterior resolución el Ministerio tuvo en cuenta, además de la solicitud de ACMA, la oposición de SAM para que dicho acto se cumpliera, considerando para negar el pedimento de la empresa, que el conflicto, ante el desacuerdo de las partes, debía ser resuelto por sentencia arbitral y que la sociedad en forma ilegal se había apresurado a suscribir convención colectiva con la organización de base, pues en concepto del Ministerio, para celebrar aquella, debía primero decidirse la controversia con el sindicato gremial.

Fue así, como dispuso en la Resolución citada:

"Artículo primero. Convocar un Tribunal de Arbitramento Obligatorio de los previstos en el artículo 34 del Decreto Legislativo 2351 de 1965, para que estudie y decida el Pliego de Peticiones que la "Asociación Colombiana de Mecánicos de Aviación —ACMA—", Seccional de Medellín le presentó a la "Sociedad Aeronáutica de Medellín consolidada S. A. "SAM", domiciliada en Medellín, conforme a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

"El laudo que profiera el citado Tribunal de Arbitramento formará un capítulo especial de la nueva convención colectiva de trabajo que se firme en la mencionada empresa.

"Artículo segundo. El referido Tribunal de Arbitramento Obligatorio sesionará en la ciudad de Medellín Departamento de Antioquia y cada una de las partes designará el árbitro que le corresponde, siendo el tercero designado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Parágrafo. Las partes procederán a nombrar sus árbitros dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la presente providencia y en caso de renuencia esa designación la hará este Ministerio".

El 3 de agosto de 1970, concurrió a la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia, citado por ésta, el representante legal de SAM, quien manifestó no aceptar por varias razones que expuso que la diligencia tuviera los efectos jurídicos de una notificación y enunció que interpondría contra el nombrado acto administrativo los recursos legales.

La sociedad interpuso y sustentó en tiempo el recurso de reposición contra la Resolución 1097 (folios 193 a 199), para obtener la revocatoria total de aquella, con los siguientes argumentos: a) irregularidad de la notificación por la circunstancia de que no se indicaron en su texto los recursos que legalmente procedían contra ella, y porque no se notificó el acto al sindicato mayoritario de base que se había hecho parte en el trámite administrativo; b) que el plazo dado a las partes para designar su respectivo árbitro, no ha debido disponerse que se contara a partir de la notificación de la Resolución, sino desde su ejecutoria y porque en cuanto al nombramiento del Juez que correspondía a los trabajadores, no ha debido solicitarse al sindicato gremial o minoritario, sino al mayoritario o de base, o conjuntamente a los dos; c) que la empresa y su sindicato de base sí podían suscribir convención colectiva con todos los efectos jurídicos, aún estando pendiente de resolución el pliego de peticiones de la organización gremial minoritaria; d) que un sindicato gremial minoritario no puede por sí solo pedir la convocatoria de Tribunal de Arbitramento pues a más de tener que adoptar la determinación por una mayoría calificada de los trabajadores de la empresa, también deben llenar determinadas exigencias procedimentales en la convocatoria y desarrollo de la asamblea sindical que adopte esta medida; e) que la decisión del Ministerio, llevaría al absurdo de autorizar la huelga en los sindicatos minoritarios gremiales de servicio público; f) que las facultades legales de las organizaciones de gremio minoritarias, no traspasan la etapa de conciliación y están limitadas a presentar pliegos de peticiones, y g) que solo si se llega a un acuerdo conciliatorio entre las partes, se permite efectuar la inclusión de él como un capítulo de la convención que se celebre con el sindicato mayoritario de base.

El Ministerio en Resolución número 1845 de 13 de octubre, estudió cada uno de estos puntos y solo dio la razón al recurrente en cuanto dijo que la empresa sí podía celebrar convención colectiva con el sindicato de base, aún antes de que se decidiera el conflicto con el gremial.

De acuerdo con lo anterior, la Resolución citada modificó el inciso 2º del artículo 1º de la número 1097 y dispuso: "El laudo arbitral que profiera el Tribunal que se convoca, formará un capítulo de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el sindicato de base y la empresa "Sociedad Aeronáutica de Medellín Consolidada S. A. "SAM".

En lo demás, confirmó la Resolución 1097 y agregó en un parágrafo:

"Contra (sic) esta resolución queda agotada la vía gubernamental y contra tal providencia solo proceden, si son viables, las correspondientes acciones contencioso-administrativas" (folios 45 a 56 cuaderno principal).

Posteriormente, el 3 de noviembre de 1970, se dictó la resolución 1816 mediante la cual integró el Tribunal de Arbitramento convocado por la número 1097 del mismo año, con los doctores Ignacio Mustafá Aristizábal, designado por la empresa, Gabriel Arenas Sánchez por el sindicato y Carlos Restrepo Restrepo nombrado directamente por el Ministerio. Dispuso que el Tribunal sesionara en la ciudad de Medellín e indicó a los árbitros que disponían de dos días para aceptar, tomar posesión y entrar en funciones, advirtiéndoles que el fallo debían proferirlo dentro del término legal (folios 58 y 59).

El árbitro designado por el Ministerio no aceptó y fue así como se produjo la Resolución número 1968 de 18 de noviembre de 1970, en la cual se designó como tercero al doctor Pablo Edgar Mejía.

Este acto fue aclarado posteriormente por Resolución 2070 de 23 de noviembre, y en ella se indicó que la persona designada por el Ministerio era el doctor Pablo Edgar Gómez Gómez y no Pablo Edgar Mejía como equivocadamente se dijo en la anterior (folios 3 y 4).

Contra esta resolución interpuso recurso de reposición el representante de la sociedad alegando que el doctor Gómez Gómez no estaba incluído en la lista de árbitros pasada al Ministerio por la Sala Laboral de la Corte y que dicho árbitro había sido apoderado de algunos mecánicos de aviación en juicios contra SAM, copia del escrito respectivo fue enviada al Tribunal por la empresa (Fl. 20).

Sin tener en cuenta el plazo señalado por la Resolución 1816 para tomar posesión del cargo, los árbitros designados por las partes, lo hicieron, el del sindicato el 27 de noviembre (Fl. 5) y el de la sociedad el 9 del mismo mes (Fl. 9), el tercero se posesionó el 26 de noviembre (Fl. 6), dentro del término que tenía para hacerlo.

El Tribunal de Arbitramento se instaló el día 30 del mes citado, designó como Presidente al doctor Gabriel Arenas Sánchez y como Secretario al abogado Fernando Ossa Arbeláez y señaló el día primero de diciembre para "escuchar a los voceros de la agremiación de trabajadores" (Fl. 17).

El primero de diciembre de 1970, el Tribunal se reunió y en la sesión se resolvió "suspender la citación de los voceros de los trabajadores" para estudiar previamente las implicaciones que tendría para su normal funcionamiento la prosperidad del recurso que había propuesto la empresa sobre el nombramiento del tercer árbitro (Fl. 21).

En sesión de tres de diciembre el Tribunal decidió que sus labores debían continuar y al efecto escuchó la exposición de los voceros del sindicato y cumplido este acto, señaló para una nueva reunión el día siguiente a las 4½ p. m. (Fl. 67 a 73).

En la fecha y hora fijados solo concurrieron el árbitro de la organización gremial y el tercero, por lo cual no pudo sesionar el Tribunal, pero los asistentes convocaron pa-

ra una reunión formal el día 7 de diciembre a las 4 p.m. (Fl. 87). En esta reunión, en la que estuvieron presentes los tres árbitros, se escuchó la exposición del representante de SAM, y la Corporación decidió solicitar prórroga del plazo para dictar el laudo por diez días más (Fl. 92 a 100).

La prórroga fue pedida por escrito y las partes la otorgaron oportunamente (Fls. 105 a 112).

Respecto al conflicto en sí nada se trató en la sesión del Tribunal efectuada el 9 de diciembre y solamente volvieron a hacerse disquisiciones sobre la legalidad del nombramiento del tercer árbitro, su recusación y el recurso interpuesto por la Empresa contra la resolución que lo designó (Fl. 101 a 104).

El 10 de diciembre el sindicato de base de SAM otorgó poder, por conducto de su Presidente, para que un abogado acudiera ante el Consejo de Estado y pidiera la anulación de las resoluciones dictadas por el Ministerio del Trabajo y Previsión Social que dispusieron la convocatoria de Tribunal de Arbitramento obligatorio en el conflicto con el sindicato gremial ACMA y la posterior que resolvió el recurso de reposición contra la primera, también lo facultaron para coadyuvar en caso necesario la demanda que contra los mismos actos hubiere iniciado o instaurara la empresa (Fl. 106 a 107).

El sindicato de base se dirigió en la misma fecha al Tribunal de Arbitramento, dándole cuenta del poder conferido y anunciándole que ya la empresa había instaurado "la demanda de anulación de dichas resoluciones, con acción accesoria de suspensión provisional, por pugnar abiertamente éstas contra la Ley 48 de 1968, ya que no se da oportunidad a las partes ni siquiera de designar el tercer Arbitro, fuera de que el de los trabajadores se le confía a un sindicato minoritario, cuando el competente es el de base porque rige en Colombia el principio jurídico de la unidad de contratación colectiva".

Además, solicitó al Tribunal suspender el trámite arbitral hasta tanto el Consejo de Estado hubiera resuelto las acciones instauradas.

En sesión de 10 de diciembre, se examinó la petición hecha por el sindicato de base y se dispuso no atenderla por considerar a éste como tercero, extraño por completo al conflicto que debía decidir el Tribunal. En tal reunión, el árbitro doctor Gómez Gómez manifestó que para no causar perjuicios a los trabajadores de SAM afiliados al sindicato gremial ACMA, presentaría renuncia del cargo. Los árbitros principales acordaron poner este hecho en conocimiento de la División de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia. (Fls. 109 a 111), lo que hicieron en diligencia de audiencia que obra al Fl. 113).

El 12 de diciembre el doctor Gómez Gómez informó al Jefe de Relaciones Colectivas del Ministerio de Trabajo sobre su renuncia y pidió se le aceptara (Fl. 114).

Volvió el Tribunal a reunirse el 18 de diciembre, y en la sesión respectiva revisó algunas actas y acordó solicitar una nueva prórroga de 30 días para dictar el laudo (Fl. 116).

Las dos partes accedieron a lo pedido, según puede verse a los folios 120 y 121.

El Ministerio del Trabajo y Seguridad Social por medio de Resolución 2353 de 23 de diciembre de 1970, procedió a resolver el recurso de reposición interpuesto por SAM contra la número 2070 de 23 de noviembre del mismo año, en el cual se había designado árbitro tercero al doctor Edgar Gómez Gómez, e igualmente a estudiar la renuncia del mismo árbitro, y luego de varias consideraciones dispuso:

"Artículo primero. Aceptar la renuncia del doctor Pablo Edgar Gómez Gómez como Arbitro del Ministerio de Trabajo y Seguri-

dad Social en el Tribunal de Arbitramento Obligatorio de la Sociedad Aeronáutica de Medellín Consolidada S. S. —SAM— y la Asociación Colombiana de Mecánicos de Aviación —ACMA—., Seccional de Medellín.

"Artículo segundo. Aclarar las Resoluciones números 1097 de 30 de julio de 1970, 1645 de 13 de octubre de 1970 y la 1816 de 3 de noviembre de 1970, sobre convocatoria e integración del Tribunal de Arbitramento obligatorio citado en el artículo primero de la presente resolución, en el sentido de que los Arbitros designados por la Empresa, doctor Ignacio Mustafá Aristizábal, y por el Sindicato, doctor Gabriel Arenas Sánchez, deberán de común acuerdo designar el tercero, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente resolución. En caso de que los dos Arbitros no se pongan de acuerdo en la designación del tercero o no lo hagan dentro del término aquí señalado, la designación del tercer árbitro lo (sic) hará el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.

"Parágrafo. Los Arbitros de la Empresa y del Sindicato quedan con la obligación de enviar inmediatamente a la División de Relaciones Colectivas de Trabajo después de la decisión, un ejemplar del acta donde conste el acuerdo de la designación del tercer Arbitro, o la constancia de que no llegaron a ningún acuerdo, para los efectos legales consiguientes".

Los árbitros que designaron las partes, notificados del acto Ministerial, acordaron nombrar como tercero al doctor Carlos Arango Hoyos y el titular de la Cartera de Trabajo en Resolución 0028 de 12 de enero de 1971, aprobó su nombramiento (Fl. 126).

El 13 del mismo mes el doctor Arango Hoyos tomó posesión del cargo para el cual había sido designado. (Fl. 127).

Reemplazado en la anterior forma el árbitro tercero, resolvió el Tribunal volver a instalarse y lo hizo el 19 de enero de 1971. En esta sesión se ratificó el nombramiento del Presidente y Secretario del mismo y se volvió a "escuchar a los representantes de las partes en conflicto". Fl. 131 a 135).

Posteriormente el Tribunal sesionó los días 20, 21 y 22 de enero de 1971 y profirió su laudo el 26 de los mismos mes y año.

El representante legal de la "Sociedad Aeronáutica de Medellín Consolidada S. A. —SAM—", interpuso contra el fallo recurso de homologación y el Tribunal lo concedió en auto de fecha 2 de febrero de 1971 (Fl. 248).

Sustentación del recurso

La Sociedad constituyó apoderado ante la Corte, y éste sustentó el recurso de homologación, manifestando que su alcance era obtener la anulación del Laudo en su integridad, con fundamento en el artículo 143 del C. P. L.

El extenso escrito, y luego de hacer un prolijo recuento de los antecedentes del conflicto, resumió en tres grupos los cargos o razones por las que consideraba que el fallo arbitral debe declararse inexequible.

Primero. a) Se le asignó al sindicato gremial ACMA, minoritario, una representación para efectos de la contratación colectiva, que no tiene; b) se desconoció manifiestamente al sindicato de base su derecho a intervenir en la etapa final de procedimiento de la contratación colectiva; c) se aceptó la designación de un árbitro, como representante de la Asociación Colombiana de Mecánicos de Aviación "ACMA", sin la intervención de quien igualmente formaba parte del conflicto, es decir, del sindicato de empresa.

Segundo. a) Se llegó al arbitramento sin el lleno de las formalidades legales para establecer la categoría del sindicato más representativo; b) se permitió el funcionamiento irregular del Tribunal encontrándose recurridas todas las providencias que lo convocaron y especialmente la que designó como árbitro del Gobierno —Ministerio del Trabajo— al doctor Pablo Edgar Gómez Gómez; c) con el pretexto de resolver sobre el recurso de reposición interpuesto contra la providencia que designó como árbitro a este último, el Ministerio de oficio,

modificó las Resoluciones 1097 y 1645 de 1970, cuando ya no tenía competencia para hacerlo, pues respecto a las mismas se encontraban agotados los procedimientos gubernativos y además, con aquellas, se habían creado situaciones jurídicas individuales a favor de terceros; d) el origen del Tribunal de Arbitramento está violado de nulidad, pues las Resoluciones 1097 y 1645, ordenan que el árbitro tercero sería designado directamente por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, cuando de acuerdo con el artículo 3º de la Ley 48 de 1968, él debería ser escogido por los árbitros designados por las partes y solo en caso de que ellos no se pusieran de acuerdo lo nombraría el Ministerio de la lista que cada dos años le pasa la Sala Laboral de la Corte. Además, dice el recurrente, los artículos segundos de estas dos resoluciones fueron suspendidos provisionalmente por el Consejo de Estado con fecha 19 de enero de 1971, y tanto el Ministerio como los árbitros tuvieron conocimiento de tal hecho.

Tercero. El Tribunal en el laudo arbitral, no se limitó a imponer condiciones de trabajo específicas a la ocupación, oficio o especialidad de los integrantes del sindicato gremial, sino que en él se dispuso sobre condiciones generales y en muchos casos se atuvo y se remitió a las estipulaciones acordadas entre la empresa y el sindicato de base.

El sindicato gremial ACMA, se hizo representar por abogado y este replicó los argumentos del recurrente manifestando:

1. La Asociación de Mecánicos de Aviación ACMA, tenía derecho de acuerdo con el numeral 5º del artículo 3º de la Ley 48 de 1968, a presentarle a la empresa pliego de peticiones y con ello no se violaban las disposiciones contenidas en los artículos 357 del C. S. T. y 26 del Decreto 2351 de 1965.

2. Presentado el pliego conforme a la ley, era de lógica que tenía que someterse a todo el trámite, hasta llegar a la convención colectiva o al Laudo Arbitral, todo con la finalidad única o exclusiva de poner fin al conflicto. Afirma el opositor:

"Es de lógica que si hay facultad para agotar las dos primeras etapas, también la debe haber para agotar la etapa definitiva que pone fin al conflicto, como lo es la del arbitraje. De no ser esto así, el derecho a presentar pliegos de peticiones por parte de los sindicatos gremiales quedaría trunco. La norma de la Ley 48 de 1968 quedaría sin efecto práctico alguno pues bastaría que la empresa, prevalida de que el sindicato gremial perdía el derecho a poner término al conflicto o con la huelga o con el Tribunal de Arbitramento, no acordara fórmula alguna para llegar al "acuerdo" y acabar con ello las aspiraciones contenidas en un pliego de peticiones. Al contrario, lo que quiso la ley, fue que un grupo de trabajadores, dedicados a una misma especialidad, profesión y oficio, pudieran tramitar sus propios pliegos de peticiones hasta el final para así poder plantear a la empresa sus propios problemas laborales, conocidos específicamente por ellos, cuestión ésta que no ocurre con los sindicatos de base, en donde por la multiplicidad de problemas, es bien posible que las necesidades específicas de determinados trabajadores, no lleguen a tener solución dentro del pliego general de peticiones".

3. El Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, corrigió sus propios errores, y por esto, dictó la Resolución 2363 de 13 de diciembre de 1970 ordenando que para dar cumplimiento al artículo 3º, numeral 3º de la Ley 48 de 1968, los árbitros nombrados por las partes escogieran el tercero, como así sucedió.

4. En relación con la demanda de nulidad presentada por la empresa ante el Consejo de Estado, dice el replicante que para cuando se admitió y se declaró la suspensión provisional de los artículos segundos de las Resoluciones 1097 y 1645 de 1970, ya se habían proferido por el Ministerio las números 2353, 1815 y 2070 del mismo año, que no fueron objeto de acusación.

5. Sobre el contenido del Laudo Arbitral se limita el opositor luego de analizar el artículo 143 del C. S. T., a decir que no se ve por parte alguna "que los árbitros se hayan excedido en su mandato, ni que hayan de-

cretado carga laboral alguna" que viole la ley laboral, sustantiva o adjetiva.

Consideraciones de la Corte

Los planteamientos del apoderado de la empresa al sustentar el recurso de homologación, indican a las claras, que de los reparos hechos, el primero aparece como fundamental, pues se refiere nada menos a que coexistiendo en un establecimiento un sindicato de base mayoritario y uno gremial minoritario, pero al cual se encuentran afiliados el 75% o más de los trabajadores de una misma profesión, oficio o especialidad, ésta ni aun para la discusión de sus propios pliegos de peticiones tiene la representación de sus afiliados "para todos los efectos de la contratación colectiva".

En otras palabras, que en estos casos, la facultad del sindicato gremial minoritario, aun cuando tenga el número de afiliados previstos en el numeral 5 del artículo 3º de la Ley 48 de 1968, se reduce a presentar el pliego y a discutirlo a efecto de llegar a un acuerdo, en las etapas de arreglo directo o de conciliación, sin que pueda pasar o al arbitramento o a la huelga.

Para definir este punto es preciso analizar, así sea someramente, las varias etapas que sobre la materia registran las disposiciones laborales en el campo sindical.

I

1. Sistema del Código Sustantivo del Trabajo

El C. S. T. reconoce cuatro clases de sindicatos de trabajadores, así: a) de base, si están formados por individuos de varias profesiones, oficios o especialidades, que prestan sus servicios en una misma empresa, establecimiento o institución; b) de industria, si están integrados por personas que trabajan en varias empresas de una misma rama industrial; c) gremiales, si están formados por trabajadores de una misma profesión, oficio o especialidad, y d) de oficios varios, cuando sus integrantes tienen diversas profesiones, disímiles e inconexas. (Art. 356). Esta última asociación, dice la norma, solo puede existir en los lugares donde no haya trabajadores de una misma profesión, actividad u oficio en el número mínimo requerido para formar uno gremial y solo mientras subsista esta circunstancia.

Igualmente indicó el estatuto, que el número mínimo de trabajadores que se requiere para formar un sindicato o para que subsista, cualquiera que sea su clase, es de veinticinco (Art. 359).

Se estableció para todos los sindicatos como funciones generales, entre otras, la de celebrar convenciones colectivas (Art. 373) y la de presentar pliegos de peticiones relativos a las condiciones de trabajo o a las diferencias con los patronos, cualquiera que sea su origen y que no están sometidas por la ley o la convención a un procedimiento distinto, o que no hayan podido ser resueltas por otros medios; a adelantar la tramitación legal de estos pliegos, nombrar los conciliadores o árbitros a que haya lugar y declarar la huelga de acuerdo con los preceptos de la ley (Art. 374, numerales 2º, 3º y 4º).

No obstante esta perspectiva general trazada a grandes rasgos, el Código solamente se ocupó en detalle de los sindicatos de base, sin prohibir en ninguna de sus normas que en una misma empresa éstos pudieran coexistir con organizaciones gremiales o de industria.

Pero el texto 367 ibídem dispone que al sindicato de base correspondía de preferencia, la representación de sus afiliados, en todas las relaciones de trabajo; la presentación de pliegos de peticiones, el nombramiento de negociadores, de entre sus propios miembros, el de conciliadores y el de árbitros y la celebración de convenciones colectivas de trabajo, para cuyo concierto, expresaba, debían ser consultados los intereses de las respectivas actividades de sus asociados.

"Preferencia", según las voces del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, es "la primacía" la "ventaja o mayoría que una persona o cosa tiene sobre otra, ya en

el valor ya en el merecimiento", luego es preciso admitir, aceptando la posibilidad de coexistencia en una misma empresa de sindicatos, que era el de base el legalmente capaz para presentar pliegos de peticiones, designar negociadores, nombrar conciliadores o árbitros y celebrar convenciones colectivas.

Cuando la última parte de la norma disponía:

"Por lo mismo, dentro de una misma empresa, institución o establecimento no pueden coexistir dos o más sindicatos de trabajadores" (se subraya)...", se entendió que se refería exclusivamente a los sindicatos de base, pues a éstos era a los que en ella se daba desarrollo.

2. Decretos anteriores al 2351 de 1965

La unidad de la contratación colectiva establecida en el C. S. T., fue reafirmada con posterioridad a la vigencia de éste por el Decreto 904 de 20 de abril de 1951, que dispuso en su artículo 1º:

"No puede existir más de una convención colectiva de trabajo en cada empresa. Si de hecho existieran varias vigentes, se entenderá que la fecha de la primera es la de la convención única para todos los efectos legales. Las posteriores convenciones que se hubieren firmado se considerarán incorporadas en la primera, salvo estipulación en contrario".

La norma transcrita vino a resolver situaciones que podían existir cuando entró en vigencia, pero para el futuro prohibe, y es ese su claro sentido, el que se celebre más de una convención en cada empresa. Armoniza pues esta disposición con el derecho preferencial que otorgaba el artículo 357 citado a los sindicatos de base para celebrar esta clase de contratos, presentar pliegos, designar negociadores, conciliadores y árbitro, en su caso.

Posteriormente, en el año de 1961, el Gobierno dictó el Decreto 1961 de 21 de agosto, publicado en el Diario Oficial número 30610, reglamentario de los artículos 357, 373 y 374 del C. S. T.

En su artículo primero dispuso como ya lo había hecho el 357 del Código que la representación de los trabajadores correspondía para los efectos en aquel expresados al sindicato de base, siempre que agrupara la mayoría de los trabajadores sindicalizados de la empresa y previó que en caso de que no existiera dicho sindicato correspondería la representación al gremial o al de industria que tuviera tal mayoría

En el artículo 2º contempló el caso de que el sindicato de base, fuera minoritario para cuyo evento confirió la representación a todos los sindicatos que tuviesen afiliados trabajadores de la empresa. Dijo finalmente este artículo que lo mismo ocurriría cuando no existiendo sindicato de base los otros no tuvieren la mayoría prevista.

Sus artículos 3º y 4º, establecieron el procedimiento para redactar el pliego, designar la comisión negociadora y dieron la pauta para que, en ciertas circunstancias pudiera designarse por los trabajadores sindicalizados, la organización que debía llevar la representación de todos.

Por último, el artículo 5º del Decreto dispuso que si la representación de los trabajadores no correspondía a varios sindicatos conjuntamente, el que la tuviera debería incluir en su pliego de peticiones "los puntos referentes a las modalidades de trabajo características de las distintas profesiones u oficios que tengan los trabajadores afiliados a esas otras organizaciones sindicales, y su remuneración", recibiendo para este fin "las solicitudes que le presentan los sindicatos gremiales y aceptará la asesoría de sendos representantes de los sindicatos interesados".

Sin embargo, el inciso segundo de la norma en cita, dispuso:

"Cuando los trabajadores de determinado oficio, o especialidad al servicio de una empresa están afiliados exclusivamente a un solo sindicato, el pliego de peticiones que

éste le presente a la empresa deberá discutirse directamente con ese sindicato, y el acuerdo a que se llegue formará un capítulo especial de la respectiva convención colectiva de trabajo".

Subsistió, pues, de acuerdo con el Decreto, la primacía para el sindicato de base de representar a los trabajadores, en coexistencia con organizaciones gremiales o de industria, siempre que a él estuvieran afiliados la mayoría de los trabajadores sindicalizados de la empresa; si por el contrario era minoritario, la representación de los trabajadores correspondía conjuntamente a todos los sindicatos.

Por primera vez, además, y en forma de excepción si se cumplían determinados presupuestos de hecho indicados en el inciso 2º del artículo 5º, se dio desarrollo a las funciones del sindicato gremial, y se dispuso que cuando los trabajadores de determinado oficio o especialidad estuvieran afiliados exclusivamente a un solo sindicato, el pliego presentado por éste debía ser discutido por la empresa directamente con tal organización.

3. Decreto 2351 de 1965.

Este estatuto en su artículo 26, disipa cualquier duda que pudiera existir en relación con las normas reglamentarias, antes reseñadas, e inclusive con los propios artículos 357, 373 y 374 del C. S. T. y modifica unos y otros.

En forma clara prohibe la coexistencia en una misma empresa de dos o más sindicatos de base y permite la existencia simultánea de sindicatos gremiales o de industria con el de base.

De otra parte, instituye que en casos de coexistencia de organizaciones de base, gremiales o de industria en un mismo establecimiento, la representación "para todos los efectos de la contratación colectiva" la tiene el sindicato que agrupe la mayoría de los trabajadores de la empresa.

Por último y también para el caso de coexistencia de sindicatos de distintas clases, pero sin que ninguno de ellos reúna la mayoría de los trabajadores, otorga la representación mencionada conjuntamente a todos ellos, dando al Gobierno la facultad de reglamentar su forma y modalidades.

A la letra dice el indicado artículo 26:

"Representación sindical. 1. En una misma empresa no pueden coexistir dos o más sindicatos de base. Si por cualquier motivo llegaren a coexistir subsistirá el que tenga mayor número de afiliados, el cual debe admitir al personal de los demás sin hacerles más gravosas sus condiciones de admisión.

"2. Cuando en una misma empresa coexistiere un sindicato de base con un gremial o de industria, la representación de los trabajadores, para todos los efectos de la contratación colectiva, corresponderá al sindicato que agrupe a la mayoría de los trabajadores de dicha empresa.

"3. Si ninguno de los sindicatos agrupa a la mayoría de los trabajadores de la empresa, la representación corresponderá conjuntamente a todos ellos. El Gobierno reglamentará la forma y modalidades de esta representación".

4. Ley 48 de 1968.

Esta ley da carácter permanente con modificaciones y adiciones al Decreto 2351 de 1965.

El artículo 26 transcrito, fue adoptado entonces como ley permanente pero con una adición importante, contenida en el numeral 5º de su artículo 3º que ordena:

"No obstante lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto Legislativo 2351 de 1965, cuando el setenta y cinco por ciento (75%) o más de los trabajadores de una misma profesión, oficio o especialidad al servicio de una Empresa estén afiliados a un solo sindicato gremial, el pliego de peticiones que éste le presente a la Empresa deberá discutirse directamente con ese sindicato, y el acuerdo a que se llegue formará un capítulo especial de la respectiva convención colectiva de trabajo".

Esta disposición trata varios aspectos no contemplados en el artículo 26 del Decreto 2351 de 1965:

Autoriza a los sindicatos gremiales para presentar pliego de peticiones en las condiciones de hecho que él señala, distintas en parte de las que había existido conforme al Decreto 1962 de 1961 e impone, como lo hacía éste, la obligación a las empresas de discutirlo indirectamente con el sindicato que lo presente.

Igualmente como en el reglamento expedido en 1961, faculta al sindicato gremial para presentar y discutir el pliego, lo cual envuelve el nombramiento de negociadores en la etapa de arreglo directo y el de conciliador para la subsiguiente.

Todo lo anterior en el supuesto de coexistencia de sindicatos de distinta naturaleza, excepción del de "oficios varios", por la peculiaridad de su formación y lo precario de su subsistencia.

Al comparar las disposiciones mencionadas ha de concluirse que se encuentran vigentes los siguientes ordenamientos:

a) Se prohibe el paralelismo sindical de organizaciones de base, en una misma empresa, (numeral 1 Art. 26 del Decreto 2351 de 1965, adoptado por la Ley 48 de 1968).

b) En una misma empresa puede coexistir un sindicato de base con gremiales o de industria; (numeral 2º del artículo 26 del Decreto 2351 de 1965, adoptado por la Ley 48 de 1968).

c) El sindicato que agrupe la mayoría de los trabajadores de la empresa, cualquiera que sea su clase, excepción hecha del de oficios varios, es el que tiene la representación de aquellos" "para todos los efectos de la contratación colectiva" (numeral 2º, Art. 26 del Decreto 2351 de 1965).

d) Si ninguno de los sindicatos existentes cuenta con esta mayoría, esa representación la tienen conjuntamente todos ellos. (numeral 3º del artículo 26 Decreto 2351 de 1965, Ley 48 de 1968).

e) Existe unidad de contratación colectiva. En consecuencia en una misma empresa no puede existir más de una convención de trabajo (Decreto 904 de 1951 Art. 1º Ley 48 de 1968, artículo 3º numeral 5º).

f) El sindicato gremial que coexista con otro u otros sindicatos y al cual se hallen afiliados el 75% o más de los trabajadores de igual especialidad, oficio u ocupación al servicio de la misma empresa, aunque respecto del número de trabajadores de la entidad sea minoritario puede presentar separadamente pliego de peticiones (artículo 26 D. 2351 de 1965 y Ley 48 de 1968, Art. 3º numeral 5º).

g) En el caso anterior la empresa tiene obligación de discutir directamente con el sindicato gremial el pliego que le presente (Ley 48 de 1968 Art. 3º numeral 5º).

h) Si se llegare a un acuerdo, éste formará un capítulo especial de la respectiva convención colectiva (Ley 48 de 1968), artículo 3º numeral 5º).

II

Determinado lo anterior es preciso establecer cuáles son las facultades de los sindicatos gremiales para la contratación colectiva.

Sobre el particular, varios casos pueden presentarse:

a) Hay en la empresa un sindicato de base con el cual coexiste uno gremial o de industria. En este evento la representación de los trabajadores corresponde "para todos los efectos de la contratación colectiva", al sindicato que agrupe la mayoría de los trabajadores del establecimiento.

b) En la entidad coexistente un sindicato de base con otro u otros gremiales, pero ninguno de ellos cuenta con la mayoría de los trabajadores, ni a ninguno de los últimos están afiliados el 75% de los que tienen igual especialidad, oficio u ocupación.

c) En la empresa, además de un sindicato de base mayoritario existen uno o varios gremiales y a alguno o a algunos de éstos están afiliados no menos del 75% de los asalariados de la respectiva profesión, oficio o especialidad.

El primer caso no ofrece dificultad frente a la ley. Para "todos los efectos de la contratación colectiva" los trabajadores del establecimiento están representados por el sindicato mayoritario, según lo manda el numeral 2º del artículo 26 del Decreto 2351 de 1965, adoptado como estatuto permanente por la Ley 48 de 1968.

En otras palabras, el sindicato mayoritario tiene la plenitud de las facultades reseñadas en el C. S. T. o sea en caso de existir convención colectiva que regule las condiciones de trabajo de los asociados está autorizado para denunciarla, puede presentar pliego de peticiones, tiene facultad para designar de entre sus propios miembros la comisión negociadora del pliego y para nombrar conciliador y árbitro en su caso, y también para decretar la huelga conformándose a los preceptos de la ley, cuando no es empresa de servicio público, y para celebrar la respectiva convención colectiva.

En caso de ser la empresa de servicio público en donde la Constitución no garantiza el Derecho de huelga y la ley la prohiba, está obligado a someter su diferendo laboral al arbitraje.

El caso segundo también lo resuelve el numeral 3 del artículo 26 citado, pues en este evento todos los sindicatos de la empresa, tienen conjuntamente la representación de los trabajadores de la misma y para efectos de la contratación colectiva se siguen las reglas dadas sobre el particular por el artículo 11 numeral 4 del Decreto 1373 de 1966, reglamentario del 2351 de 1965.

El último de los casos propuestos, que es precisamente el que se resuelve por esta sentencia, ofrece mayor dificultad.

En efecto, si coexiste un sindicato de base que agrupa a la mayoría de los trabajadores de la empresa con otro gremial minoritario aunque tuviere afiliados el 75% o más de los trabajadores de la misma, de igual especialidad, oficio u ocupación el primero representa a los afiliados a uno y a otro "para todos los efectos de la contratación colectiva", como lo expresa el numeral 2 del artículo 26 del Decreto 2651 de 1965.

Sin embargo, conforme a lo establecido por el numeral 5 del artículo 3º de la Ley 48 de 1968 ese sindicato gremial, que agrupe el 75% de más de los asalariados de la profesión, oficio o especialidad tiene derecho a presentar pliego de peticiones y a que la empresa lo discuta directamente con él. Es decir, que no obstante tener el sindicato de base mayoritario la representación de todos los trabajadores de la empresa, para presentar pliegos, nombrar negociadores, conciliador o árbitro, la misma ley en el evento que se contempla confiere facultades al minoritario gremial para que presente pliego de peticiones, designe negociadores de entre sus afiliados para discutirlo y conciliador para la etapa subsiguiente. Estas facultades del sindicato gremial están implícitas en la primera parte de la norma legal que se analiza.

Pero la misma disposición delimita perentoriamente, el alcance de las facultades del sindicato gremial, para el objeto que ella determina.

Expresa el citado artículo 3º numeral 5º: ...el pliego de peticiones que éste —el sindicato gremial— le presente a la empresa deberá discutirse directamente con ese sindicato y el acuerdo a que se llegue (se subraya) formará un capítulo especial de la respectiva convención colectiva de trabajo". Como se ve, liga estrechamente dos conceptos: la discusión del pliego y el acuerdo.

De otra parte es de resalto, según lo transcrito de la norma, que ésta impide a la asociación gremial celebrar convención colectiva ya que el acuerdo solo será un capítulo especial de ésta.

Diciéndolo de otro modo, el acuerdo con el sindicato gremial solamente surte efectos en cuanto se haya solucionado el con-

flicto con el sindicato mayoritario por cualquiera de los medios que para ello establece la Ley.

Si como se ha visto, no es posible que en las condiciones de las normas que se han confrontado, el sindicato gremial pueda celebrar la convención colectiva de trabajo con la empresa, tampoco lo es que fracasadas las etapas de arreglo directo y de conciliación el diferendo con dicha organización sea resuelto mediante el procedimiento arbitral, porque el laudo que dicta el Tribunal respectivo, tiene los mismos efectos que la convención colectiva.

La Ley 48 de 1968 en su artículo 3º, numeral 5º, continuó respetando el criterio del legislador cuando de modo perentorio prohibió que en una misma empresa existieran dos o más convenciones colectivas.

El mismo Legislador dio a los sindicatos gremiales, en los supuestos de hecho que consagra, una capacidad limitada para la tramitación de su propio pliego de peticiones reafirmó así que es la organización mayoritaria la que en realidad tiene, en forma plena, la representación de los trabajadores de una empresa "para todos los efectos de la contratación colectiva".

Además, la palabra "acuerdo" de que se vale el numeral 5º del artículo 3º de la Ley 48 debe referirla el intérprete necesariamente a lo que en materia de conflictos colectivos indican los textos 435 y 442 del C. S. T.

Dice el primero:

"Acuerdo. Si se llegare a un acuerdo total o parcial sobre el pliego de peticiones (subraya la Sala), se firmará la respectiva convención colectiva..."

Dispone el segundo:

"Terminación de la conciliación. 1. Las proposiciones, insinuaciones o dictámenes de los conciliadores no obligan a las partes. Si se llegare a un acuerdo, se firmará la convención colectiva, o el pacto, según el caso.

"2. Si la conciliación no concluyere en un acuerdo (se subraya), así se hará constar en acta que firmarán los conciliadores.

El acuerdo se refiere pues al concierto de voluntades, no al reemplazo de las mismas por un Tribunal de Arbitramento.

En la solución de los conflictos colectivos se pasa de la falta de acuerdo al arbitramento o a la huelga pero ese sistema de reemplazar el desacuerdo por un fallo impuesto o de tratarlo por un medio de fuerza, no cabe en casos como el presente, donde solo por excepción se permite discutir en forma separada un pliego gremial, pero únicamente para que se concierte un capítulo de la convención que se discute con el sindicato de base.

Por ser precisamente una excepción y por encaminarse únicamente a buscar un acuerdo especial que complemente la convención, no puede ni siquiera pensarse que la falta de acuerdo pueda suplirse por el procedimiento general, ya que el objetivo en el caso de excepción no es el mismo del conflicto sino simplemente el buscar con el sindicato gremial un acuerdo sobre las condiciones especiales de la profesión, oficio o especialidad.

No sobra agregar que examinada la Enciclopedia Jurídica Omeba, se encuentra el significado propio de la palabra "acuerdo". En el Tomo I, Pág. 447 se dice: "Del latín ad-cordis, que alude a la idea de unidad. Es sinónimo, en un sentido general del convenio, contrato, pacto, tratado, en cuanto alude a la idea común del concierto y de la conformidad de las voluntades que concurren a formar un objeto jurídico determinado".

Todas las razones dadas en este capítulo llevan a la Sala a la conclusión de que el pliego de peticiones presentado por un sindicato gremial en las condiciones indicadas por el artículo 3º numeral 5 de la Ley 48 de 1968 cuando tal organización coexista con una de base mayoritaria, no puede ser resuelto por arbitramento, y que si a pesar de ello, por decisión del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el Tribunal se con-

voca y dicta el laudo respectivo, éste es inexequible porque contraría el texto mismo del artículo 458 C. S. T., al desconocer el derecho de una de las partes —la empresa— a que solo el acuerdo a que llegue con el sindicato pueda obligarla con él.

III

En el sub-lite está demostrado que la "Sociedad Aeronáutica de Medellín Consolidada-SAM", coexisten un sindicato de base al cual estaban afiliados 282 trabajadores de la misma (Fl. 19 Cdno. Nº 2) y al menos uno gremial denominado "Asociación Colombiana de Mecánicos de Aviación ACMA", con 109 afiliados (Fl. 65 Cdno. Nº 2).

En los autos no existe la constancia expresa de cuantos trabajadores prestan sus servicios en SAM, pero el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social que seguramente investigó este aspecto del problema, admitió en la Resolución número 1645 de 1970 (Fl. 45 a 55, cuaderno número 1), que el sindicato de base existente en la empresa, era el mayoritario, o sea, que a él estaban afiliados más del 50% de los trabajadores de la misma.

También en los autos aparece la aceptación por parte de la empresa de que el sindicato gremial que presentó el pliego, estaban afiliados el 75% de los trabajadores de SAM que tenían la misma ocupación, oficio o especialidad.

No existe entonces discusión sobre los supuestos de hecho que contempla el numeral 5º del Art. 3º de la Ley 48 de 1968.

Igualmente aparece en el proceso que el Sindicato de ACMA y la empresa discutieron el pliego, para lo cual las dos partes designaron sus representantes y que la negociación fracasó tanto en la etapa de arreglo directo como en la de conciliación, lo que indica que no se llegó al acuerdo a que se refiere la norma legal citada.

Al no llegarse al acuerdo con el sindicato gremial, ya las peticiones contenidas en su pliego no podían ser objeto de estudio y decisión por parte de un Tribunal de Arbitramento Obligatorio, pues se produciría como atrás se dijo en enfrentamiento entre el artículo 456 del C. S. T. y el artículo 3º numeral 5º de la Ley 48 de 1968. No existía ya la posibilidad de adicionar la convención colectiva que suscribió SAM con el sindicato mayoritario el 11 de mayo de 1970, con el capítulo especial de que trata la última norma citada.

El Ministerio del Trabajo y Seguridad Social no ha debido en consecuencia convocar al Tribunal de Arbitramento Obligatorio para que decidiera las peticiones contenidas en el pliego que le presentó —ACMA a la Sociedad ya que al hacerlo, estaba aceptando que la sentencia arbitral al tenor de lo preceptuado en el artículo 461 C. S. T., tenía "el carácter de convención colectiva en cuanto a las condiciones de trabajo", y se ha visto cómo el acuerdo entre las partes en este caso concreto no tiene esta naturaleza.

Pero como el Tribunal se convocó, a pesar de la inconformidad de la sociedad, y se produjo el laudo correspondiente éste es inexequible por cuanto además de rebasar el ordenamiento del numeral 5, artículo 3º de la Ley 48 de 1968, desconoció el derecho de la empresa a que el pliego del sindicato gremial no fuera decidido por arbitraje.

No sobra agregar que la demanda de nulidad instaurada por SAM ante el Consejo de Estado contra las Resoluciones números 1097 y 1645 de 1970, dictadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, no impide resolver el presente recurso, pues de lo que se trata aquí es de decidir sobre la exequibilidad de un Laudo Arbitral y la Corte, según la ley, es la que tiene por medio de su Sala Laboral, competencia privativa al respecto.

La declaración de inexequibilidad del Laudo hace innecesario el estudio de los demás argumentos expuestos por el recurrente por perseguir la misma finalidad.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Falla

Es INEXEQUIBLE el Laudo Arbitral proferido el 26 de enero de 1971, por medio del cual se resolvió el pliego de peticiones presentado por la "Asociación Colombiana de Mecánicos de Aviación —ACMA—" y la "Sociedad Aeronáutica de Medellín Consolidada S. A. —SAM—".

Sin costas en el recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social para lo de su cargo.

Jorge Gaviria Salazar, Juan Benavides Patrón, Enrique Arrázola Arrázola, Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

HOMOLOGACION

La Corte, por providencia de 8 de octubre de 1971, declaró INEXEQUIBLE el Laudo Arbitral pronunciado el 24 de julio de 1971, por medio del cual se resolvió el pliego de peticiones presentado por la "Asociación Colombiana de Auxiliares de Vuelo —ACAV— a la Sociedad Aerovías Nacionales de Colombia S. A. —AVIANCA—".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, ocho (8) de octubre de mil novecientos setenta y uno (1971).

(Magistrado Ponente: Doctor Miguel Angel García B.).

(Acta número 40).

En virtud del recurso de homologación interpuesto por la Sociedad Aerovías Nacionales de Colombia "AVIANCA", corresponde a esta Sala de la Corte revisar el laudo de fecha veinticuatro de julio del corriente año, proferido por el Tribunal de Arbitramento que decidió el diferendo laboral existente entre la Asociación Colombiana de Auxiliares de Vuelo "ACAV" y la mencionada empresa.

I

Antecedentes

La Asociación Colombiana de Auxiliares de Vuelo "ACAV" con fecha 19 de mayo de 1970 denunció parcialmente la Convención Colectiva de Trabajo pactada el 10 de septiembre de 1968 entre Aerovías Nacionales de Colombia S. A. (AVIANCA) y el Sindicato de Base, "la cual se viene aplicando en su integridad a la ACAV y a los Auxiliares de Vuelo que ella representa". (Fls. 612 a 614).

Dentro del escrito de denuncio mencionado expresa la Asociación Colombiana de Auxiliares de Vuelo "ACAV" que: "...fuera del Art. 374 del C. S. del T. que autoriza a todo sindicato a elevar Pliegos Petitorios, la ACAV se apoya en lo dispuesto por la Ley 48 de 1968, artículo 3º inciso 5. Según él las organizaciones gremiales que aglutinan al 75% o más de los trabajadores de una misma profesión, oficio o especialidad están facultadas para presentar a su respectivo patrono Pliegos de Peticiones 'que deberá discutirse directamente con ese Sindicato, y el acuerdo a que se llegue formará un capítulo especial de la respectiva Convención Colectiva de Trabajo'."

A su turno Aerovías Nacionales de Colombia S. A. "AVIANCA" denunció la convención vigente desde el 1º de julio de 1968, en cuanto a los numerales 4 y 7 de las cláusulas específicas de "ACAV". (Fl. 632).

La Asociación Colombiana de Auxiliares de vuelo "ACAV" presentó el 20 de mayo de 1970 el pliego de peticiones que aparece a los folios 619 a 629, del expediente, el cual fue aprobado el 10 de marzo anterior por la Asamblea General (Fls. 768 a 780).

Ninguna de las cláusulas del pliego de peticiones fue aceptada ni en la etapa de arreglo directo (Fls. 654 a 701) ni en la de conciliación (Fls. 750 a 752), por lo que el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social por medio de Resolución número 1814 del 3 de noviembre de 1970, convocó "un Tribu-

nal de Arbitramento obligatorio, de los previstos en el artículo 34 del Decreto 2351 de 1965, para que estudie y decida el diferendo laboral existente entre la **Asociación Colombiana de Auxiliares de Vuelo "ACAV"** y la **Empresa Aerovías Nacionales de Colombia "AVIANCA"** ambas con domicilio en la ciudad de Bogotá (Fls. 733-734).

Mediante Resolución número 0266 de 12 de febrero de 1971 ese Ministerio constituyó el Tribunal de Arbitramento con los doctores: Germán Escobar Ballestas designado por la Empresa y Roberto Salgado Samudio por el Sindicato, y dispuso que los árbitros deberían nombrar el tercero dentro de las 48 horas siguientes a su posesión. Mas como quiera que los citados árbitros no se pusieron de acuerdo para ello, el Ministerio nombró como tercero al doctor Héctor Pabón Lasso por Resolución número 0374 de 24 de febrero de este año. (Fl. 739).

Integrado así el Tribunal se instaló el 12 de marzo último, oyó a las partes, estudió las documentaciones por ellas presentadas y requirió las que consideró necesarias y después de varias prórrogas del término señalado por el artículo 459 del C. S. del T., concedidas oportunamente por el Ministerio a petición de los árbitros y con la aquiescencia de las partes, el 24 de julio postrero profirió el laudo visible a los folios 7 a 51, el cual es objeto del recurso.

II

Entre las consideraciones generales sustentatorias de los veintisiete puntos de la parte resolutiva de la providencia arbitral recurrida, se destacan los siguientes apartes que es menester transcribir porque tienen ellos importancia capital en el asunto subjudice:

Dice así el arbitramento:

"Convocatoria e integración del Tribunal

"En relación con su convocatoria e integración, considera este Tribunal que, por lo menos a partir de la vigencia de la Ley 48 de 1968, el sindicato gremial, no mayoritario dentro de la Empresa, pero que agrupe al setenta y cinco por ciento (75%) o más de los trabajadores de una misma profesión, oficio o especialidad al servicio de aquella, tiene el derecho a provocar su conflicto colectivo, a discutir el pliego de peticiones que presente y a solucionar el diferendo por autocomposición.

"Tanto el sindicato gremial como el sindicato mayoritario tienen derecho a provocar independientemente su propio conflicto colectivo. El conflicto de aquel no tiene necesariamente por qué coincidir, ni estar supeditado al que pueda, quiera o no quiera provocar el sindicato mayoritario. Uno y otro conflictos son completamente autónomos durante todas sus etapas, inclusive en su solución —por acuerdo o laudo arbitral— y en sus consecuencias.

"Frente al conflicto provocado por el sindicato gremial, el mayoritario no es ni puede considerarse legalmente como parte, de la misma manera como aquel sindicato no lo es en relación con el de éste.

"No puede haber conflicto colectivo sin solución, como universalmente en derecho no se discute siquiera, que pueda existir proceso sin resolución, ni juzgador que la dicte. Por lo demás, a esta conclusión se llega frente al texto y alcance de numerosas disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo —que de lo contrario resultarían desconocidas o violadas—, como son las contenidas en sus artículos 373, numeral 5; 374 numeral 3, 376, 432, numeral 1º; 458 y 461; y, en los artículos 1º del Decreto 204 de 1957 y 29, 30, 31, 33 y 34 del Decreto 2351 de 1965.

"La convocatoria del Tribunal de Arbitramento, tenía que hacerse forzosamente en el presente caso al tenor del artículo 34 literal a) del Decreto 2351 de 1965, por ser el arbitramento el único medio legal procedente para dirimir el conflicto, dado que no pudo resolverse por arreglo directo o en conciliación.

"No puede concebirse en derecho que el sindicato gremial tenga facultad para provocar el conflicto colectivo, frente al cual es única parte como organización sindical, y que si no lo soluciona mediante acuerdo, carezca de la facultad de designar el árbitro que le corresponde y, previamente, de solicitar la convocatoria del Tribunal de Arbitramento que debe resolver el conflicto, sobre todo cuando la convocación de tal Tribunal es forzosa u obligatoria conforme a la ley.

"Si según el numeral 5º del artículo 3º de la Ley 48 de 1968 en concordancia con el 26 del Decreto legislativo 2351 de 1965, el sindicato gremial, en el caso previsto en aquella norma, puede provocar el conflicto, presentar su pliego de peticiones y discutirlo hasta llegar a un acuerdo, y teniendo en ese único caso la representación de sus afiliados para todos los efectos de la contratación colectiva, resulta apenas una consecuencia legal la de que es parte en el diferendo y tiene el derecho a designar el árbitro que le corresponde.

"Cuando el numeral 5º del artículo 3º de la Ley 48 de 1968, en el único caso allí previsto autoriza al sindicato gremial para ejercitar esos derechos, le está dando representación para toda la contratación colectiva, siendo minoritario dentro de la Empresa, porque si fuera mayoritario sobraría la nueva regulación legal sobre representación, dado que como mayoritario la tendría y la tiene conforme al artículo 26 del Decreto legislativo 2351 de 1965.

"Antes de la Ley 48 de 1968, el sindicato gremial minoritario dentro de la Empresa, por carecer de representación para todos los efectos de la contratación colectiva, no podía presentar autónomamente pliego de peticiones, ni nombrar negociadores para discutirlo, ni conciliadores, ni árbitros. La representación y el ejercicio de los anteriores derechos no podían radicarse sino en el sindicato mayoritario. A partir de la vigencia de la Ley 48 de 1968, el sindicato gremial minoritario, en el caso previsto en el numeral 5º de su artículo 3º, por gozar de la representación puede ejercitar autónomamente esos derechos que antes no tenía".

En otro paso del fallo dice:

"(...) Según alegaciones de la empresa, la ACAV solo podría formular en su pliego 'peticiones específicas, propias, exclusivas de la profesión u oficio' de los afiliados que representa, pues considera que los que llama 'puntos de tipo general incluyendo salarios' solamente puede formularlos el sindicato mayoritario.

"Esta conclusión es infundada porque el numeral 5º de la Ley 48 de 1968 dispone que 'cuando el setenta y cinco por ciento (75%) o más de los trabajadores de una misma profesión, oficio o especialidad al servicio de una empresa estén afiliados a un solo sindicato gremial, el pliego de peticiones que éste le presente a la empresa deberá discutirse directamente con este sindicato y el acuerdo a que se llegue formará un capítulo especial de la respectiva convención colectiva de trabajo'. La ley no limita las peticiones del pliego exclusivamente a las que puedan considerarse específicas o propias del sindicato gremial. Por lo tanto, ni la Empresa, ni el Ministerio del Trabajo, ni los árbitros pueden establecer diferencias donde la ley no hace distinción alguna. El derecho del sindicato gremial no tiene ni puede tener las limitaciones que la empresa pretende".

"Por si este derecho no estuviera consagrado con meridiana claridad, si se examina la norma legal vigente que permitiría hacer la distinción entre puntos de tipo general y puntos específicos respecto de las peticiones de uno o de más pliegos, se llega a la conclusión de que quien puede calificar tales puntos específicos, no es el Ministerio del Trabajo, tampoco los árbitros, menos aún la Empresa, sino la organización sindical (inciso 2º del literal b) numeral 4º del artículo 11 del Decreto 1373 de 1966). Tal distinción solo es pertinente cuando la representación de los trabajadores para la negociación de un pliego de peticiones debe ejercerse conjuntamente y los varios sindicatos —ninguno mayoritario—, no convengan en elaborar y aprobar un solo pliego también conjunto. Entonces, el sindicato elegido conforme a la ley para llevar la representación, 'deberá

incluir en el pliego de peticiones, además de sus puntos, aquellos que las demás organizaciones sindicales de la empresa consideren específicos de su ocupación, especialidad, oficio y remuneración'. La diferencia, ni siquiera puede hacerse en punto relativo a salario o remuneración, como lo pretende la Empresa, pues que legalmente se entiende como específico conforme a la previsión legal.

"No es pertinente la mencionada distinción cuando en una misma empresa hay coexistencia de sindicato de base, con sindicatos gremiales o de industria, porque en tal evento, el mayoritario —que lleva la representación— debe avisar a los otros para que puedan pedir la inclusión en el pliego general de 'los puntos o materias que les interesen', sin que la ley los limite únicamente a los específicos o a los de tipo general. Otra cosa es, con sus debidas consecuencias, que la asamblea general decida si los incluye en el pliego o los rechaza, debiendo indicar en este segundo caso las razones que determinen su negativa.

"La circunstancia de que el acuerdo a que se llegue entre la Empresa y el sindicato gremial que agrupa el setenta y cinco por ciento (75%) o más de los trabajadores de una misma profesión, oficio o especialidad al servicio de aquella, deba formar capítulo especial de la respectiva convención colectiva de trabajo, no implica limitación a que las peticiones se concreten exclusivamente a las llamadas específicas. Como capítulo especial, que pueda tener regulaciones de toda índole laboral, se aplica exclusivamente a un grupo determinado de trabajadores con una comunidad, esa sí específica de intereses, y se justifica el tratamiento especial precisamente en razón de pertenecer a la misma profesión, oficio o especialidad y estar al servicio de la Empresa".

III

Consideraciones de la Corte

El planteamiento de la denuncia de la convención y el pliego de peticiones señalan que el sindicato gremial denominado Asociación Colombiana de Auxiliares de Vuelo "ACAV" al cual están afiliados más del 75% de trabajadores de una misma profesión u oficio, vinculados a Aerovías Nacionales de Colombia "AVIANCA", persigue modificaciones parciales a la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre esa Empresa y el Sindicato Nacional de Trabajadores de Avianca, que es el de Base.

En el recurso de homologación interpuesto contra el laudo proferido para resolver los puntos del pliego de peticiones que presentó la ASOCIACION COLOMBIANA DE MECANICOS DE AVIACION "ACMA" a la SOCIEDAD AERONAUTICA DE MEDELLIN CONSOLIDADA S. A. "SAM" —caso similar al de que aquí se trata— la Sala Laboral de la Corte en sentencia de fecha veintitrés de septiembre postrero se pronunció sobre este preciso particular de la siguiente manera:

"1. Sistema del Código Sustantivo del Trabajo

"El CST reconoce cuatro clases de sindicatos de trabajadores, así: a) de base, si están formados por individuos de varias profesiones, oficios o especialidades, que prestan sus servicios en una misma empresa, establecimiento o institución; b) de industria, si están integrados por personas que trabajan en varias empresas de una misma rama industrial; c) gremiales, si están formados por trabajadores de una misma profesión, oficio o especialidad, y d) de oficios varios, cuando sus integrantes tienen diversas profesiones, disímiles e inconexas (Art. 356). Esta última asociación, dice la norma, solo puede existir en los lugares donde no haya trabajadores de una misma profesión, actividad u oficio en el número mínimo requerido para formar uno gremial y solo mientras subsista esta circunstancia.

"Igualmente indicó el estatuto, que el número mínimo de trabajadores que se requiere para formar un sindicato o para que subsista, cualquiera que sea su clase, es de veinticinco (Art. 359).

"Se estableció para todos los sindicatos como funciones generales, entre otras, la de

celebrar convenciones colectivas (Art. 373) y la de presentar pliegos de peticiones relativos a las condiciones de trabajo o a las diferencias con los patronos, cualquiera que sea su origen y que no estén sometidas por la ley o la convención a un procedimiento distinto, o que no hayan podido ser resueltas por otros medios; a adelantar la tramitación legal de estos pliegos, nombrar los conciliadores o árbitros a que haya lugar y declarar la huelga de acuerdo con los preceptos de la ley (Art. 374, numerales 2º, 3º y 4º).

"No obstante esta perspectiva general trazada a grandes rasgos, el Código solamente se ocupó en detalle de los sindicatos de base, sin prohibir en ninguna de sus normas que en una misma empresa éstos pudieran coexistir con organizaciones gremiales o de industria.

"Pero el texto 357 ibídem dispuso que el sindicato de base correspodía de preferencia, la representación de sus afiliados, en todas las relaciones de trabajo; la presentación de pliegos de peticiones, el nombramiento de negociadores, de entre sus propios miembros, el de conciliadores y el de árbitros y la celebración de convenciones colectivas de trabajo, para cuyo concierto, expresaba, debían ser consultados los intereses de las respectivas actividades de sus asociados.

" 'Preferencia', según las voces del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, es 'la primacía' la 'ventaja o mayoría que una persona o cosa tiene sobre otra, ya en el valor ya en el merecimiento' luego es preciso admitir, aceptando la posibilidad de coexistencia en una misma empresa de sindicatos, que era el de base el legalmente capaz para presentar pliegos de peticiones, designar negociadores, nombrar conciliadores o árbitros y celebrar convenciones colectivas.

"Cuando la última parte de la norma disponía:

" 'Por lo mismo, dentro de una misma empresa, institución o establecimiento no pueden coexistir dos o más sindicatos de trabajadores' (se subraya)..., se entendió que se refería exclusivamente a los sindicatos de base, pues a éstos era a los que en ella se daba desarrollo.

"2. Decretos anteriores al 2351 de 1965

"La unidad de la contratación colectiva establecida en el C. S. T., fue reafirmada con posterioridad a la vigencia de éste por el Decreto 904 de 20 de abril de 1951, que dispuso en su artículo 1º:

" 'No puede existir más de una convención colectiva de trabajo en cada empresa. Si de hecho existieran varias vigentes, se entenderá que la fecha de la primera es la de la convención única para todos los efectos legales. Las posteriores convenciones que se hubieren firmado se considerarán incorporadas en la primera, salvo estipulación en contrario'.

"La norma transcrita vino a resolver situaciones que podían existir cuando entró en vigencia, pero para el futuro prohibe, y es ese su claro sentido, el que se celebre más de una convención en cada empresa. Armoniza pues esta disposición con el derecho preferencial que otorgaba el artículo 357 citado a los sindicatos de base para celebrar esta clase de contratos, presentar pliegos, designar negociadores, conciliadores, y árbitro, en su caso.

"Posteriormente, en el año de 1961, el Gobierno dictó el Decreto 1952 de 21 de agosto, publicado en el Diario Oficial Nº 30610, reglamentario de los artículos 357, 373 y 374 del C. S. T.

"En su artículo primero dispuso como ya lo había hecho el 357 del Código que la representación de los trabajadores correspondía para los efectos en aquel expresados al sindicato de base, siempre que agrupara la mayoría de los trabajadores sindicalizados de la empresa y previó que en caso de que no existiera dicho sindicato correspondería la representación al gremial o al de industria que tuviera tal mayoría.

"En el artículo 2º contempló el caso del que el sindicato de base, fuera minoritario para cuyo evento confirió la representación

a todos los sindicatos que tuviesen afiliados trabajadores de la empresa. Dijo finalmente este artículo que lo mismo ocurriría cuando no existiendo sindicato de base los otros no tuvieran la mayoría prevista.

"Sus artículos 3º y 4º, establecieron el procedimiento para redactar el pliego, designar la comisión negociadora y dieron la pauta para que, en ciertas circunstancias pudiera designarse por los trabajadores sindicalizados, la organización que debía llevar la representación de todos.

"Por último, el artículo 5º del Decreto dispuso que si la representación de los trabajadores no correspondía a varios sindicatos conjuntamente, el que la tuviera debería incluir en su pliego de peticiones 'los puntos referentes a las modalidades de trabajo características de las distintas profesiones u oficios que tengan los trabajadores afiliados a esas otras organizaciones sindicales, y su remuneración', recibiendo para este fin 'las solicitudes que le presenten los sindicatos gremiales y aceptará la asesoría de sendos representantes de los sindicatos interesados'.

"Sin embargo, el inciso segundo de la norma en cita, dispuso:

" 'Cuando los trabajadores de determinado oficio, o especialidad al servicio de una empresa estén afiliados exclusivamente a un solo sindicato, el pliego de peticiones que éste le presente a la empresa deberá discutirse directamente con ese sindicato, y el acuerdo a que se llegue formará un capítulo especial de la respectiva convención colectiva de trabajo'.

"Subsistió, pues, de acuerdo con el Decreto, la primacía para el sindicato de base de representar a los trabajadores, en coexistencia con organizaciones gremiales o de industria, siempre que a él estuvieran afiliados la mayoría de los trabajadores sindicalizados de la empresa; si por el contrario era minoritario, la representación de los trabajadores correspondía conjuntamente a todos los sindicatos.

"Por primera vez, además, y en forma de excepción si se cumplían determinados presupuestos de hecho indicados en el inciso 2º del artículo 5º, se dio desarrollo a las funciones del sindicato gremial, y se dispuso que cuando los trabajadores de determinado oficio o especialidad estuvieran afiliados exclusivamente a un solo sindicato, el pliego presentado por éste debía ser discutido por la empresa directamente con tal organización.

"3. **Decreto 2351 de 1965**

"Este estatuto en su artículo 26, disipa cualquier duda que pudiera existir en relación con las normas reglamentarias, antes reseñadas, e inclusive con los propios artículos 357, 373 y 374 del C. S. T. y modifica unas y otros.

"En forma clara prohibe la coexistencia en una misma empresa de dos o más sindicatos de base y permite la existencia simultánea de sindicatos gremiales o de industria con el de base.

"De otra parte, instituye que en casos de coexistencia de organizaciones de base, gremiales o de industria en un mismo establecimiento, la representación 'para todos los efectos de la contratación colectiva' la tiene el sindicato que agrupe la mayoría de los trabajadores de la empresa.

"Por último y también para el caso de coexistencia de sindicatos de distintas clases, pero sin que ninguna de ellas reúna la mayoría de los trabajadores, otorga la representación mencionada conjuntamente a todos ellos, dando al Gobierno la facultad de reglamentar su forma y modalidades.

"A la letra dice el indicado artículo 26:

" '**Representación sindical.** 1. En una misma empresa no pueden coexistir dos o más sindicatos de base. Si por cualquier motivo llegaren a coexistir subsistirá el que tenga mayor número de afiliados, el cual debe admitir al personal de los demás sin hacerles más gravosas sus condiciones de admisión.

" '2. Cuando en una misma empresa coexistiere un sindicato de base con uno gre-

mial o de industria, la representación de los trabajadores, para todos los efectos de la contratación colectiva, corresponderá al sindicato que agrupe a la mayoría de los trabajadores de dicha empresa.

" '3. Si ninguno de los sindicatos agrupa a la mayoría de los trabajadores de la empresa, la representación corresponderá conjuntamente a todos ellos. El Gobierno reglamentará la forma y modalidades de esta representación".

"4. Ley 48 de 1968.

"Esta ley da carácter permanente con modificaciones y adiciones al Decreto 2351 de 1965.

"El artículo 26 transcrito, fue adoptado entonces como ley permanente pero con una adición importante, contenida en el numeral 5º de su artículo 3º que ordena:

" 'No obstante lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto Legislativo 2351 de 1965, cuando el setenta y cinco por ciento (75%) o más de los trabajadores de una misma profesión, oficio o especialidad al servicio de una Empresa estén afiliados a un solo sindicato gremial, el pliego de peticiones que éste presente a la Empresa, deberá discutirse directamente con ese sindicato, y el acuerdo a que se llegue formará un capítulo especial de la respectiva convención colectiva de trabajo'.

"Esta disposición trata varios aspectos no contemplados en el artículo 26 del Decreto 2351 de 1965:

"Autoriza a los sindicatos gremiales para presentar pliego de peticiones en las condiciones de hecho que él señala, distintas en parte de las que habían existido conforme al Decreto 1952 de 1961 e impone, como lo hacía éste, la obligación a las empresas de discutirlo directamente con el sindicato que lo presente.

"Igualmente como en el reglamento expedido en 1961, faculta al sindicato gremial para presentar y discutir el pliego, lo cual envuelve el nombramiento de negociadores en la etapa de arreglo directo y el de conciliador para la subsiguiente.

"Todo lo anterior en el supuesto de coexistencia de sindicatos de distinta naturaleza, excepción del de 'oficios varios', por la peculiaridad de su formación y lo precario de su subsistencia.

"Al comparar las disposiciones mencionadas ha de concluirse que se encuentran vigentes los siguientes ordenamientos:

"a) Se prohibe el paralelismo sindical de organizaciones de base, en una misma empresa, (numeral 1 Art. 26 del Decreto 2351 de 1965, adoptado por la Ley 48 de 1968).

"b) En una misma empresa puede coexistir un sindicato de base con gremiales o de industria; numeral 2º del artículo 26 del Decreto 2351 de 1965, adoptado por la Ley 48 de 1968).

"c) El sindicato que agrupe la mayoría de los trabajadores de la empresa, cualquiera que sea su clase, excepción hecha del de oficios varios, es el que tiene la representación de aquellos 'para todos los efectos de la contratación colectiva'; (numeral 2º, Art. 26 del Decreto 2351 de 1965).

"d) Si ninguno de los sindicatos existentes cuenta con esta mayoría, esa representación la tienen conjuntamente todos ellos; (numeral 3º del artículo 26 Decreto 2351 de 1965, Ley 48 de 1968).

"e) Existe unidad de contratación colectiva. En consecuencia en una misma empresa no puede existir más de una convención de trabajo (Decreto 904 de 1951 Art. 1º; Ley 48 de 1968, artículo 3º numeral 5º).

"f) El sindicato gremial que coexista con otro u otros sindicatos y al cual se hallen afiliados el 75% o más de los trabajadores de igual especialidad, oficio u ocupación al servicio de la misma empresa, aunque respecto del número de trabajadores de la entidad sea minoritario puede presentar sepa-

radamente pliego de peticiones (artículo 26 D. 2351 de 1965 y Ley 48 de 1968, Art. 3º numeral 5º).

"g) En el caso anterior la empresa tiene obligación de discutir directamente con el sindicato gremial el pliego que le presente (Ley 48 de 1968 Art. 3º numeral 5º).

"h) Si se llegare a un acuerdo, este formará un capítulo especial de la respectiva convención colectiva (Ley 48 de 1968, artículo 3º numeral 5º).

"II

"Determinado lo anterior es preciso establecer cuáles son las facultades de los sindicatos gremiales para la contratación colectiva.

"Sobre el particular, varios casos pueden presentarse:

"a) Hay en la empresa un sindicato de base con el cual coexiste uno gremial o de industria. En este evento la representación de los trabajadores corresponde 'para todos los efectos de la contratación colectiva', al sindicato que agrupe la mayoría de los trabajadores del establecimiento.

"b) En la entidad coexiste un sindicato de base con otro u otros gremiales, pero ninguno de ellos cuenta con la mayoría de los trabajadores, ni a ninguno de los últimos está afiliado el 75% de los que tienen igual especialidad, oficio u ocupación.

"c) En la empresa, además de un sindicato de base mayoritario existen uno o varios gremiales y a alguno o a algunos de éstos están afiliados no menos del 75% de los asalariados de la respectiva profesión, oficio o especialidad.

"El primer caso no ofrece dificultad frente a la ley. Para 'todos los efectos de la contratación colectiva' los trabajadores del establecimiento están representados por el sindicato mayoritario, según lo manda el numeral 2º del artículo 26 del Decreto 2351 de 1965, adoptado como estatuto permanente por la Ley 48 de 1968.

"En otras palabras, el sindicato mayoritario tiene la plenitud de las facultades reseñadas en el C. S. T. o sea en caso de existir convención colectiva que regule las condiciones de trabajo de los asociados está autorizado para denunciarla, puede presentar pliego de peticiones, tiene facultad para designar de entre sus propios miembros la comisión negociadora del pliego y para nombrar conciliador y árbitro en su caso, y también para decretar la huelga conformándose a los preceptos de la ley, cuando no es empresa de servicio público, y para celebrar la respectiva convención colectiva.

"En caso de ser la empresa de servicio público en donde la Constitución no garantiza el Derecho de huelga y la ley la prohibe, está obligado a someter su diferendo laboral al arbitraje.

"El caso segundo también lo resuelve el numeral 3º del artículo 26 citado, pues en este evento todos los sindicatos de la empresa, tienen conjuntamente la representación de los trabajadores de la misma y para efectos de la contratación colectiva se siguen las reglas dadas sobre el particular por el artículo 11 numeral 4 del Decreto 1373 de 1966, reglamentario del 2351 de 1965.

"El último de los casos propuestos, que es precisamente el que se resuelve por esta sentencia, ofrece mayor dificultad.

"En efecto, si coexiste un sindicato de base que agrupa a la mayoría de los trabajadores de la empresa con otro gremial minoritario aunque tuviere afiliados el 75% o más de los trabajadores de la misma, de igual especialidad, oficio u ocupación el primero representa a los afiliados a uno y a otro 'para todos los efectos de la contratación colectiva', como lo expresa el numeral 2 del artículo 26 del Decreto 2351 de 1965.

"Sin embargo, conforme a lo establecido por el numeral 5 del artículo 3º de la Ley 48 de 1968 ese sindicato gremial, que agrupe al 75% de más de los asalariados de la profesión, oficio o especialidad tiene derecho a presentar pliego de peticiones y a que la empresa lo discuta directamente con él.

Es decir que no obstante tener el sindicato de base mayoritario la representacion de todos los trabajadores de la empresa, para presentar pliegos, nombrar negociadores, conciliador o árbitro, la misma ley en el evento que se contempla confiere facultades al minoritario gremial para que presente pliego de peticiones, designe negociadores de entre sus afiliados para discutirlo y conciliador para la etapa subsiguiente. Estas facultades del sindicato gremial están implícitas en la primera parte de la norma legal que se analiza.

"Pero la misma disposición delimita perentoriamente, el alcance de las facultades del sindicato gremial, para el objeto que ella determina.

"Expresa el citado artículo 3º numeral 5º '...el pliego de peticiones que éste —el sindicato gremial— le presente a la empresa deberá discutirse directamente con ese sindicato y el acuerdo a que se llegue (se subraya) formará un capítulo especial de la respectiva convención colectiva de trabajo'. Como se ve, liga estrechamente dos conceptos: la discusión del pliego y el acuerdo.

"De otra parte es de resalto, según lo transcrito de la norma, que ésta impide a la asociación gremial celebrar convención colectiva ya que el acuerdo solo será un capítulo especial de esta.

"Diciéndolo de otro modo, el acuerdo con el sindicato gremial solamente surte efectos en cuanto se haya solucionado el conflicto con el sindicato mayoritario por cualquiera de los medios que para ello establece la ley.

"Si como se ha visto, no es posible que en las condiciones de las normas que se han confrontado, el sindicato gremial pueda celebrar la convención colectiva de trabajo con la empresa, tampoco lo es que fracasadas las etapas de arreglo directo y de conciliación el diferendo con dicha organización sea resuelto mediante el procedimiento arbitral, porque el laudo que dicta el Tribunal respectivo, tiene los mismos efectos que la convención colectiva.

"La Ley 48 de 1968 en su artículo 3º, numeral 5º, continuó respetando el criterio del legislador cuando de modo perentorio prohibió que en una misma empresa existieran dos o más convenciones colectivas.

"El mismo legislador dio a los sindicatos gremiales, en los supuestos de hecho que consagra, una capacidad limitada para la tramitación de su propio pliego de peticiones reafirmando así que es la organización mayoritaria la que en realidad tiene, en forma plena, la representación de los trabajadores de una empresa 'para todos los efectos de la contratación colectiva'.

"Además, la palabra 'acuerdo' de que se vale el numeral 5º del artículo 3º de la Ley 48 debe referirla el intérprete necesariamente a lo que en materia de conflictos colectivos indican los textos 435 y 442 del C.S.T.

"Dice el primero:

" 'Acuerdo. Si se llegare a un acuerdo total o parcial sobre el pliego de peticiones (subraya la Sala), se firmará la respectiva convención colectiva...'

"Dispone el segundo:

" 'Terminación de la conciliación. 1. Las proposiciones, insinuaciones o dictámenes de los conciliadores no obligan a las partes. Si se llegare a un acuerdo, se firmará la convención colectiva, o el pacto, según el caso.

" '2. Si la conciliación no concluyere en un acuerdo (se subraya), así se hará constar en acta que firmarán los conciliadores'.

"El acuerdo se refiere pues al concierto de voluntades, no al reemplazo de las mismas por un Tribunal de Arbitramento.

"En la solución de los conflictos colectivos se pasa de la falta de acuerdo al arbitramento o a la huelga pero ese sistema de reemplazar el desacuerdo por un fallo impuesto o de tratarlo por un medio de fuerza, no cabe en casos como el presente, donde solo por excepción se permite discutir en

forma separada un pliego gremial, pero únicamente para que se concierte un capítulo de la convención que se discute con el sindicato de base.

"Por ser precisamente una excepción y por encaminarse únicamente a buscar un acuerdo especial que complemente la convención, no puede ni siquiera pensarse que la falta de acuerdo pueda suplirse por el procedimiento general, ya que el objetivo en el caso de excepción no es el mismo del conflicto sino simplemente el buscar con el sindicato gremial un acuerdo sobre las condiciones especiales de la profesión, oficio o especialidad.

"No sobra agregar que examinada la Enciclopedia Jurídica Omeba, se encuentra el significado propio de la palabra 'acuerdo'. En el Tomo I., Pág. 447 se dice: 'Del latín ad-cordis, que alude a la idea de unidad. Es sinónimo, en un sentido general de convenio, contrato, pacto, tratado, en cuanto alude a la idea común del concierto y de la conformidad de las voluntades que concurran a formar un objeto jurídico determinado'.

"Todas las razones dadas en este capítulo llevan a la Sala a la conclusión de que el pliego de peticiones presentado por un sindicato gremial en las condiciones indicadas por el artículo 3º numeral 5º de la Ley 48 de 1968 cuando tal organización coexista con una de base mayoritaria, no puede ser resuelto por arbitramento, y que si a pesar de ello, por decisión del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el Tribunal se convoca y dicta el laudo respectivo, éste es inexequible porque contraría el texto mismo del artículo 458 C. S. T., al desconocer el derecho de una de las partes —la empresa— a que solo el acuerdo a que llegue con el sindicato pueda obligarla con él".

IV

En el caso de estudio, de las documentaciones allegadas a los autos se deduce que, en la empresa Aerovías Nacionales de Colombia S. A. "AVIANCA" coexisten: un sindicato de base, llamado Sindicato Nacional de Trabajadores de Avianca, con el que esa sociedad de transporte celebró la convención colectiva de trabajo de fecha 10 de septiembre de 1968, y a lo menos uno gremial minoritario denominado Asociación Colombiana de Auxiliares de Vuelo "ACAV", al cual están afiliados más del 75% de trabajadores de una misma profesión u oficio vinculados a "AVIANCA", sindicato éste que denunció parcialmente la mencionada convención colectiva, cuya modificación persigue y que presentó el pliego de peticiones originario del diferendo.

Como quiera que, aquellas diferencias mencionadas no pudieron tener solución por acuerdo ni en la etapa de arreglo directo ni en la de conciliación, el pliego de peticiones no podía ser ya objeto de examen y decisión por parte de un Tribunal de Arbitramento Obligatorio, según los razonamientos fundamentales de la jurisprudencia transcrita en el cuerpo de esta providencia, "pues se produciría como atrás se dijo un enfrentamiento entre el artículo 458 del C. S. del T. y el artículo 3º numeral 5º de la Ley 48 de 1968".

Y en el sub-lite, exactamente como en el caso contemplado en la mencionada jurisprudencia, no existía ya la posibilidad de adicionar la convención colectiva de trabajo que celebró Aerovías Nacionales de Colombia "AVIANCA" con el sindicato mayoritario de base, el 10 de septiembre de 1968, con el capítulo especial a que se refiere la última norma precitada.

En estas condiciones, la convocatoria hecha por el Ministerio del Trabajo, del Tribunal de Arbitramento y la integración del mismo resulta ilegal, y el laudo materia del recurso inexequible.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

Resuelve

Es INEXEQUIBLE el Laudo Arbitral pronunciado el veinticuatro de julio de mil novecientos setenta y uno, por medio del cual

se resolvió el pliego de peticiones presentado por la Asociación Colombiana de Auxiliares de Vuelo "ACAV" a la Sociedad Aerovías Nacionales de Colombia S. A. "AVIANCA".

Cópiese, notifíquese, remítase con el expediente respectivo al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para los fines a que hubiere lugar e insértese en la Gaceta Judicial.

José Enrique Arboleda V., Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

Salvamento de voto del Magistrado Doctor José Eduardo Gnecco C.

El inciso 5 del artículo 3º de la Ley 48 de 1968, estableció, a mi juicio, una excepción a las reglas contenidas en el artículo 26 sobre la representación de los trabajadores para todos los efectos de la contratación colectiva, consistente en que el sindicato gremial al cual pertenezca el setenta y cinco por ciento (75%) de los trabajadores de una misma profesión, oficio o especialidad, llevaría la representación de sus afiliados en lugar del sindicato mayoritario e individualmente y no en forma conjunta, si ninguno de los sindicatos tiene la mayoría de trabajadores. Esta interpretación se desprende de las primeras palabras de dicho inciso que dice: "No obstante lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto Legislativo 2351 de 1965..." y como el artículo 26 establece la representación para el sindicato mayoritario o conjuntamente para todos si ninguno agrupa a la mayoría de los trabajadores, la excepción contenida en el "no obstante" se refiere precisamente a dicha "Representación sindical" que es así como el legislador tituló dicho artículo.

La representación de los trabajadores conlleva la facultad de presentar pliego de peticiones, es decir, provocar, iniciar o hacer patente la existencia de un conflicto colectivo, como implícitamente lo dice el artículo 432 del Código Sustantivo del Trabajo. Estas facultades que el inciso 5 del artículo 3º de la Ley 48 de 1968 le confiere al sindicato gremial que tenga afiliado el porcentaje de trabajadores allí señalados, no pueden entenderse restringidas a la celebración de un acuerdo en las etapas de arreglo directo o de conciliación, porque el conflicto colectivo surge cuando los intereses encontrados de carácter económico pueden conducir a la huelga o a la solución mediante el arbitramento obligatorio, como expresamente lo dice el artículo 432 del Código Sustantivo del Trabajo. Según esta norma no puede haber conflicto colectivo de carácter económico si no existe la posibilidad de que conduzca a la suspensión del trabajo o al arbitramento obligatorio. De ahí que el legislador hubiese consagrado el derecho del sindicato gremial a presentar pliego de peticiones, sin agregar nada más, porque basta que pueda iniciar el conflicto colectivo presentando pliego de peticiones y representando a sus afiliados, para que éste se solucione por los medios establecidos en la ley. Una interpretación contraria como la acogida en el fallo del cual me aparto lleva a establecer dos clases de conflictos colectivos: el contemplado en el artículo 432 del Código Sustantivo del Trabajo, y otro sui-generis que no tendría solución prevista en la ley cuando las partes no llegan a un acuerdo.

Hace énfasis la sentencia de veintitrés de septiembre de este año en la cual se fundamenta la decisión que no comparto, en la expresión contenida en el inciso 5 que dice **"y el acuerdo a que se llegue** formará un capítulo especial de la respectiva convención colectiva de trabajo" para concluir que ese acuerdo o concierto de voluntades no puede ser reemplazado por una decisión arbitral. No me convence el argumento, porque el inciso 5 de la Ley 48 de 1968 prevé el caso de que se llegue a un acuerdo, como lo prevé también el artículo 435 del Código Sustantivo del Trabajo y el inciso 1 del artículo 442 ibídem. Y al no disponer para el caso en que exista desacuerdo, es obvio que éste, para la solución del conflicto, se rige por las normas establecidas en la ley. Pero no porque se hubiese omitido una referencia al caso en que las partes no llegaran a un acuerdo es dable concluir que forzosamente para solucionar el conflicto colectivo deben concluir en un convenio. Era inoficioso que el legislador repitiera lo que ya estaba dispuesto, máxime cuando no fue su intención modificar el sistema tradicional y legal para solucionar los conflictos colectivos de carácter económico, sino la de convertir en sujeto de ellas a un sindicato gremial no mayoritario que tenga como afiliados el setenta y cinco por ciento (75%) de los trabajadores de una misma profesión, oficio o especialidad dentro de la empresa.

El Decreto Reglamentario 904 de 1951 dispuso en su artículo 1º "que no puede existir más de una convención colectiva de trabajo en cada empresa". El inciso 5 del

artículo 3º de la Ley 48 de 1968, de superior jerarquía, si bien no estableció norma diferente a la contenida en dicho Decreto, contempló la posibilidad de que a la formación de la convención colectiva concurriera varios sindicatos, pues no otra cosa quiere decir que los acuerdos a que se llegue formarán capítulos especiales de ella. Se conservó la convención colectiva, pero no el principio de la unidad de convención colectiva que por otra parte ya había sido modificada por el artículo 5º del Decreto, también reglamentario, número 1952 de 1961.

La convención colectiva única estará formada por varios capítulos, que podrán ser acordados por diferentes Sindicatos. La unidad se referirá a la vigencia de la misma, pues la ley no ha señalado restricciones al contenido del Capítulo especial.

Por eso considero que los conflictos colectivos que surgen en una empresa con diferentes sindicatos, pueden y deben solucionarse en las distintas etapas legales, pues los capítulos especiales a que se refiere el inciso 5 de la Ley 48 de 1968, se incorporarán a la convención colectiva, sea que hayan sido fruto de acuerdo o de decisiones arbitrales, o al laudo si el conflicto colectivo con el sindicato mayoritario, o con los sindicatos minoritarios, no fue solucionado en las etapas de arreglo directo o de conciliación, con la única restricción de que lo acordado o el fallo arbitral, tenga la misma vigencia de la convención colectiva o del laudo que solucionó el conflicto con el sindicato mayoritario o sindicatos minoritarios.

La representación sindical para todos los efectos de la contratación colectiva ya no la tiene exclusivamente el sindicato mayoritario sino que también la pueden ejercer conjuntamente varios sindicatos cuando ninguno de ellos agrupa la mayoría de trabajadores, o individualmente el gremial al cual esté afiliado el setenta y cinco por ciento (75%) de los trabajadores de una empresa que tengan la misma profesión, oficio o especialidad, como lo disponen, sin ninguna duda a mi juicio, los artículos 26 del Decreto 2351 de 1965 y el inciso 5 del artículo 3º de la Ley 48 de 1968.

Siendo de servicio público la empresa Aerovías Nacionales de Colombia S. A. (Avianca), el conflicto colectivo que surgió con su sindicato gremial Asociación Colombiana de Auxiliares de Vuelo "Acav") que agrupa el setenta y cinco por ciento (75%) de los auxiliares de vuelo, debía solucionarse por un Tribunal de Arbitramento Obligatorio, como lo entendió el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, correctamente a mi juicio, por lo cual el laudo que expidieron los árbitros es válido por este aspecto, y no inexequible como lo declaró la mayoría de la Sala.

Dejo así expuestas las razones que tuve para salvar mi voto. Ut supra.

José Eduardo Gnecco C.

El Secretario,

Vicente Mejía Osorio.

CADUCIDAD

Cuando la ley determine un plazo para ejercer una facultad, el dejarlo vencer sin ejercerla cierra toda posibilidad posterior para su ejercicio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., octubre trece de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia).

(Acta número 42).

Ostelman Lozano Batista, mediante apoderado, instauró demanda contra **Daniel Lemaitre y Cía.** S.A. con la solicitud de que el Juez del conocimiento, que lo fue el Cuarto Laboral de Cartagena, hiciera contra la demanda de los siguientes pronunciamientos:

"1º Reconocer la personería que por poder especial me otorgó el señor **Ostelman Lozano Batista.** 2º Condenar a Daniel Lemaitre y Compañía S. A., de las condiciones dichas, a pagar a mi representado, señor **Ostelman Lozano Batista,** de condiciones también anotadas, una pensión mensual vitalicia de jubilación restringidas, por la suma de **ciento diez pesos con cuarenta y cuatro centavos ($ 110.47) (sic)** M/cte., a partir del 29 de mayo de 1952, pensión que debe ser reajustada de acuerdo con la Ley de 1963 a **ciento cincuenta y cinco pesos con quince centavos ($ 155.15)** y por la Ley 7ª de 1967 a **trescientos treinta y ocho pesos ($ 338.00)** M/cte., suma que en adelante deberá pagar la demandada a mi patrocinado por concepto de la supradicha pensión de jubilación restringida. 3º Que en razón de la declaración y condena que se piden en el ordinal anterior se condene a Daniel Lemaitre y Compañía S. A., de las condiciones ya anotadas, a pagar a mi patrocinado, señor **Ostelman Lozano Batista,** la suma de **treinta y tres mil doscientos catorce pesos con diez centavos ($ 33.214.10)** M/cte., por los siguientes conceptos:

a) Por mesadas atrasadas de la pensión mensual vitalicia de jubilación: Ley 171 de 1961 .. ..$ 15.245.55

b) Por reajuste y mesadas atrasadas de la pensión mensual vitalicia de jubilación: Ley 1ª de 1965 ....$ 8.842.55

c) Por reajuste y mesadas atrasadas de la pensión mensual vitalicia de jubilación: Ley 7ª de 1967 ... ...$ 9.126.00

4º Condenar a Daniel Lemaitre y Cía. S. A. a pagar a mi representado las costas y gastos del juicio e inclusive los honorarios del abogado y cualquier otra suma extra y ultra petita".

Como fundamentos de esta pretensión afirmó, en síntesis, lo siguiente: que el actor sirvió a Daniel Lemaitre y Compañía en su etapa de sociedad limitada y luego de sociedad anónima desde el 17 de julio de 1934 hasta el 29 de mayo de 1952, o sea, durante 17 años, 10 meses y 12 días, de manera ininterrumpida y permanente, como ebanista, con remuneración de dos pesos diarios en la última fecha citada, en la que la Compañía dio por terminado injustamen-

te el contrato de trabajo; que en la misma fecha Lozano tenía 67 años de edad y que la empresa tiene un capital mayor de $ 800.000.00.

La demandada no contestó la demanda; pero su apoderado, en la primera audiencia de trámite, propuso la excepción de "falta de derecho para pedir", con base, de un lado, en que el actor, solo prestó sus servicios a aquella entre el 19 de julio de 1948 y el 29 de mayo de 1952, y, de otro, en que "la Ley 171 de 1961, cuya aplicación se pide, no puede extenderse a situaciones que no existían al momento de su promulgación, porque no puede tener efecto retroactivo".

El a-quo, en sentencia de 25 de enero de 1971, desató el litigio de la manera siguiente:

"En mérito de las precedentes consideraciones y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, se resuelve: 1º Declárase no probada la excepción de "falla de derecho de pedir" propuesto por la demandada. 2º Condénase a Daniel Lemaitre y Cía. S. A., de este domicilio, a pagar al señor Ostelman Lozano Batista, una vez ejecutoriada la presente sentencia, una pensión mensual vitalicia de jubilación restringida de ciento veintiocho pesos con cincuenta y tres centavos ($ 128.53), moneda corriente, mensuales a partir del veintinueve (29) de mayo de mil novecientos cincuenta y dos (1952). 3º Condénase a Daniel Lemaitre y Cía. S. A. de las condiciones dichas, a reajustes y pagar el importe de la pensión que se reconoce en el ordinal anterior, en la siguiente forma: a) A ciento ochenta pesos con treinta y seis centavos ($ 180.36) M/cte. mensuales, por el tiempo comprendido entre el 1º de enero de 1960 y el 31 de diciembre de 1962 mediante la incorporación de las sumas reconocidas por la Ley 77 de 1959. b) A trescientos treinta y seis pesos con sesenta y tres centavos ($ 336.63) M/cte., mensuales por el tiempo comprendido entre el 1º de enero de 1963 y el 23 de septiembre de 1967 mediante la incorporación de las sumas reconocidas por la Ley 1ª de 1963. c) A trescientos setenta y cuatro pesos con tres centavos ($ 374.03) M/cte., mensuales, por el tiempo comprendido entre el 24 de septiembre de 1967 y el 31 de julio de 1969, mediante incorporación de los aumentos decretados por la Ley 7ª de 1967. d) A cuatrocientos cincuenta y ocho pesos con setenta y dos centavos ($ 458.72) M/cte., mensuales, a partir del 1º de agosto de 1969, mediante incorporación de los aumentos reconocidos por el Decreto número 1233 de 1969. 4º Condénase en costas y gastos a la sociedad demandada".

Por apelación del apoderado de la sociedad conoció el asunto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, el que lo decidió el 13 de mayo de 1971 con fallo revocatario del de primer grado para absolver a la compañía demandada en total forma.

El demandante, por su apoderado, recurrió en casación a esta Sala de la Corte y fundamentó la respectiva demanda, oportunamente replicada por el apoderado judicial de la sociedad, quien califica dicho libelo de "alegato como para una tercera instancia", que "en ningún momento puede considerarse como una demanda de casación técnicamente presentada", por lo cual considera que "la H. Corte está obligada a decirle al casacionista que por no ajustarse a determinados requisitos formales no puede ser considerada su 'demanda' como tal" "y no se la pueden atender los H. Magistrados que integran la Sala de Casación".

A este respecto se observa: es cierto que el escrito del casacionista no se ciñe al rigor formal, sobre todo por falta de método, de una demanda de esta clase y que en verdad se asemeja en buena parte a un alegato de instancia, no obstante lo cual se deduce de su contexto un primer cargo claro, contenido en los dos párrafos siguientes:

"Al puntualizar los cargos que entiendo militan contra la sentencia impugnada, invoco como causales de casación las siguientes así:

"La primera del artículo 60 del Decreto-Ley 528 de 1964 (Art. 87 del C. P. L.), en el submotivo que se refiere a infracción di-

recta de ley sustancial, en cuanto dejó de aplicarse para el reconocimiento de la pensión, no obstante haberse invocado, el artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo, que se estima sobreviviente, para regir la situación fáctica, a pesar de su derogatoria, por encontrarse vigente cuando el recurrente fue despedido sin justa causa por la firma Daniel Lemaitre y Cía., luego de haber trabajado para ella, bajo su continuada dependencia, más de 15 años, teniendo ya más de 50 años de edad.

"....."

"Como corolario o secuela de la infracción comprobada, se siguió, en el mismo concepto de infracción directa, por falta de aplicación, debiendo aplicarse, el quebranto de los preceptos relativos al reajuste de la pensión, previstos en los artículos 1º de la Ley 77 de 1959, 3º de la Ley 1ª de 1963 y 2º de la Ley 7ª de 1967, en concordancia con el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, en punto al criterio de proporcionalidad al tiempo trabajado que en éste último se señala para liquidar la cuantía de la pensión".

Sustenta este ataque de la siguiente manera:

"Así las cosas, se tiene que en la sentencia impugnada el Tribunal absolvió a la firma Daniel Lemaitre y Cía., bajo el entendimiento de que, aunque las circunstancias de hecho aducidas por el actor en demanda de la pensión eran ciertas, no lo era menos que ellas se produjeron con anterioridad a la Ley 171 de 1961 y que por lo tanto ésta no era aplicable para reconocer el derecho pretendido. Y apoyando el Tribunal su criterio en decisiones anteriores transcribe lo sentado el 6 de julio de 1966, en el caso de José Miguel Ariza Vásquez contra "J. V. Mogollón & Co.", en donde se dijo 'que el demandante no tiene derecho a la pensión mensual vitalicia de jubilación cuando el tiempo de servicios se ha cumplido con mucha antelación a la ley que se invoca como generadora del derecho, en este caso, la Ley 171 de 1961'.

"Como se ve, en la sentencia se alega que la causa jurídica de pedir invocada por el actor en asidero de la pensión jubilatoria especial o restringida solicitada consistió en la Ley 171 de 1961, artículo 8º, cuando al decir verdad él también cifró su petición en el artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo".

La Sala considera

Es verdad que el Tribunal dijo en la sentencia acusada que "el aspecto clave a dilucidar es la presunta viabilidad o aplicabilidad de la Ley 171 de 1961 el caso **"subjudice"** y se contentó con el estudio de este punto, sin tomar en cuenta el artículo 267 del C. S. del T., vigente a la fecha de desvinculación del trabajador, que fue el 29 de mayo de 1952, según lo aceptan ambas partes. Pero esta omisión del sentenciador no conduce a la infirmación de su fallo, porque el precepto señalado estatuía un término de caducidad "de un año contado a partir del despido" y la demanda inicial del juicio está fechada el 2 de enero de 1970, sin que aparezca nota de presentación personal; pero el repartimiento se verificó el 19 de enero siguiente. De aquí resulta que entre el despido y la demanda transcurrieron más de 17 años, por lo cual la acción para impetrar el reconocimiento a la pensión reclamada había caducado de sobra.

Era inaplicable, pues, al caso **sub-lite** el artículo 267 invocado por no haberse reclamado el derecho establecido en él dentro del término fijado en el mismo, pues es sabido que cuando la ley determine un plazo para ejercitar una facultad, el dejarlo vencer sin ejercerla cierra toda posibilidad posterior para su ejercicio. Es suficiente la sola lectura del precepto en comento para darse cuenta de que estatuía la caducidad de la acción jubilatoria, pues rezaba a la letra: "2. Esta pensión especial principia a pagarse cuando el trabajador despedido llegue a los cincuenta (50) años de edad: **pero su derecho a ella debe reclamarlo dentro del término de un (1) año, contado a partir del despido"** (subraya la Sala) y viose de qué manera la reclamación se produjo 17 años después de efectuado el despido del deman-

dante. Obvia, es, por tanto, la perención de la acción incoada.

Por lo consiguiente, el cargo no prospera.

Como segundo ataque formula el siguiente:

"Subsidiariamente, para el caso de que se deseche el cargo anterior, hago valer para justificar la petición de infirmación del fallo, la misma causal, en el submotivo que alude a interpretación errónea de ley sustantiva, por entenderse que el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, siendo posterior en su expedición al retiro de Lozano Batista de la empresa Daniel Lemaitre y Cía, no era aplicable para deducir en favor del recurrente el derecho a la pensión proporcional en él establecida. Fúndase esta apreciación del Tribunal en que una aplicación tal rebasaría el efecto de la ley llamado retrospectivo, para tornarse en uno retroactivo".

Para sustentarlo invoca numerosas citas de autores y de doctrinas de esta Sala a fin de tratar de mostrar que en el presente caso la aplicación del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 no conlleva efecto retroactivo, sino retrospectivo.

La Sala considera

En el estudio del cargo anterior se mostró cómo el demandante dejó caducar el término que le concedía el artículo 267 del C. S. del T. para reclamar el derecho que ahora pretende se le reconozca, planteando una tesis inadmisible a todas luces, pues si perdió la acción consagrada en la norma vigente cuando fue despedido y que continuó rigiendo durante el año siguiente a éste, mal puede aspirar a que se le aplique una disposición que nació a la vida jurídica nueve años después de producida la caducidad anotada. Es claro que la perención de dicho término no se modifica por el surgimiento de la nueva norma (artículo 8º de la Ley 171 de 1961), ni ésta puede tener virtualidad para revivir una acción desaparecida antes de su vigencia.

Por eso, en caso similar al presente, se expresó esta Sala en sentencia de 14 de julio del año en curso (Vicente Daza Portela contra Cía. Frutera de Sevilla) de la siguiente manera:

"Además, el artículo 267 del Código citatado, consagra evidentemente la prescripción de un año contado a partir del despido, sin que sea posible entender que tal precepto deja imprescriptible la pensión en él establecida.

"El sentenciador apoya su interpretación en un tratadista colombiano de derecho laboral, pero olvida que en la obra que cita, y en la página 163, el mismo autor se refiere a la pensión especial del artículo 267 y dice 'pero el derecho a reclamarla prescribía en un año, contado a partir del despido'. Además, cuando el aludido expositor habla de la imprescriptibilidad del derecho a jubilación, se refiere expresamente a las pensiones consagradas por la Ley 171 de 1961 y no a la determinada en el dicho artículo 267.

"También se respalda el fallador en la jurisprudencia sobre imprescriptibilidad del status de jubilado, sin advertir que esa jurisprudencia se ha referido siempre a la pensión ordinaria, o sea, a que cumplidos el tiempo de servicios y la edad requerida por la ley, se produce el estado de jubilado, pero sin relación a la pensión especial de que hablaba el artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo.

"No es admisible el argumento del opositor en el sentido de que la prescripción es una mera expectativa, una potestad renunciable, porque la prescripción de las acciones es un derecho de defensa que como muchos derechos pueden renunciarse, pueden dejarse de ejercitar, sin que pierdan el carácter de tales, y es mera expectativa mientras no se cumpla el término de la prescripción, pero constituye un derecho cuando se vence dicho lapso.

"Por otra parte, la situación jurídica laboral se consuma o define al terminar el contrato de trabajo, pues al romperse los

vínculos jurídicos no puede hablarse de situaciones no determinadas. En cuanto a la prescripción, ella se vuelve situación definida o consumada cuando se cumple sin interrupción, el plazo legal para que se adquieran los derechos o se extingan las acciones.

"....

"La tesis del opositor de que la derogatoria de una prescripción produce efectos en cuanto a una ya cumplida bajo la ley anterior, no solamente no tiene soporte en la doctrina transcrita, porque allí se dice: 'la nueva ley domina la prescripción no consolidada', lo cual es distinto a que se pueda aplicar frente a una prescripción cumplida, sino también porque el principio establecido en el artículo 41 de la Ley 153 de 1887 es precisamente el de dar eficacia a la ley modificatoria de la prescripción, para solamente en el caso de que no se hubiere cumplido el tiempo de la primera cuando se promulgue la ley modificatoria".

Por lo tanto, el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia acusada.

Con costas a cargo del recurrente.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

HOMOLOGACION

No compete al Tribunal determinar quiénes son empleados públicos o trabajadores oficiales.

La Corte por providencia de 14 de octubre de 1971, ANULA el Laudo Arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir el diferendo existente entre la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla y su Sindicato.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., octubre catorce de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

(Acta número 51).

Con esta providencia se decide el recurso de homologación interpuesto por el representante de la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla, contra el laudo arbitral de ocho (8) de junio de mil novecientos setenta y uno (1971), dictado por el Tribunal de Arbitramento obligatorio convocado para dirimir "el conflicto laboral existente" entre el Sindicato de la Zona Franca, Industrial y Comercial de Barranquilla y la recurrente.

Antecedentes

En los días 18 y 20 de diciembre de 1968, el Sindicato y la Zona Franca mencionada, denunciaron la convención colectiva celebrada entre ellos y vigente hasta el 31 de diciembre del mismo año.

La Zona Franca dio aviso de haber recibido el correspondiente pliego de peticiones presentado por el Sindicato, y en reunión celebrada el 23 de diciembre del mismo año, se convino que el acto jurídico que pusiera término al conflicto, regiría desde el primero de enero de mil novecientos sesenta y nueve hasta el treinta y uno de diciembre del mismo año, cualquiera que fuera la fecha de su firma.

En nota de 10 de enero de 1969, la Zona Franca rechazó el pliego de peticiones por considerar que es un Establecimiento Público y que los servidores de ella son empleados públicos, lo cual impide que presenten legalmente pliegos de peticiones.

Como el Sindicato insistiera en la discusión del pliego, el Inspector del Trabajo de Barranquilla ordenó a la Zona Franca que recibiera a los delegados de los trabajadores y que entrara en la etapa de arreglo directo. La Zona Franca interpuso infructuosamente los recursos de reposición y apelación contra la orden mencionada.

El 6 de mayo de 1969 se reunieron los representantes de las partes, y dejaron constancias de sus puntos de vista en relación con el problema. El 25 del mismo mes, se declararon rotas las conversaciones y terminada la etapa de arreglo directo.

Los conciliadores no acordaron fórmula alguna, pues sostuvieron las tesis de quienes los nombraron: el designado por la Zona Franca, la de que no podía presentarse pliego de peticiones por ser empleados pú-

blicos los servidores de la Zona; y el designado por el Sindicato, que sí podía presentarse pliego pues los servidores eran trabajadores oficiales.

La Resolución número 1200 de 15 de septiembre de 1969, del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, convocó un Tribunal de Arbitramento para dirimir el conflicto entre la Zona y el Sindicato. La Resolución número 1259 de 26 de septiembre del mismo año, adicionó la anterior para que el Tribunal resolviera el conflicto "haciendo la distinción correspondiente entre los **empleados públicos** y los **trabajadores oficiales**".

Por medio de la Resolución número 19 de 15 de enero de 1970, fue integrado el Tribunal de Arbitramento con un miembro nombrado por cada una de las partes y el tercero por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. El Tribunal se instaló el 2 de febrero de 1970 y estuvo trabajando con varias interrupciones por renuncias de los árbitros nombrados. El Tribunal fue reintegrado por medio de la Resolución número 0489 de 8 de marzo de 1971, según la cual quedó compuesto por un árbitro nombrado por cada una de las partes y el tercero acordado por los dos primeros.

El correspondiente laudo fue proferido el ocho (8) de junio de mil novecientos setenta y uno (1971), dentro de las prórrogas oportunamente solicitadas y concedidas. El fallo arbitral empieza por hacer la determinación de los empleados públicos y los trabajadores oficiales entre los servidores de la Zona Franca, para luego disponer sobre cada una de las peticiones formuladas por el Sindicato.

En la misma fecha de expedición del laudo, fueron notificados el gerente de la Zona Franca y el apoderado del Sindicato. El día 9 de junio de 1971, el gerente de la Zona interpuso recurso de homologación contra el fallo citado, que le fue concedido.

El recurso

Se acusa el laudo arbitral de ser violatorio del artículo 458 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto al definir cuáles servidores de la Zona son empleados públicos y cuáles trabajadores oficiales, violó a su turno la norma que el Decreto 3135 de 1968 determinó la forma de hacer la clasificación, como también el Decreto 1050 del mismo año que "organiza, clasifica y define las entidades descentralizadas".

El recurrente afirma que el Decreto 1050 de 1968 establece que los establecimientos públicos hacen parte de la rama ejecutiva del poder público, y que el artículo 5º del mismo decreto los define como organismos creados o autorizados por ley, encargados principalmente de atender funciones administrativas, conforme a las reglas del derecho público, y que reúnan las características de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente constituído con bienes o fondos públicos comunes o con el producto de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial.

Continúa el apoderado de la Zona Franca indicando que el Decreto 3135 de 1968 definió con toda claridad cuáles servidores tienen la calidad de empleados públicos y quiénes la de trabajadores oficiales, y agrega que la regla general es la de que los servidores de los establecimientos públicos son empleados públicos, salvo los de la construcción y sostenimiento de obras públicas y los que por los mismos estatutos del establecimiento sean trabajadores oficiales.

El recurrente asevera que la facultad otorgada a las Juntas de los establecimientos públicos para determinar qué servidores son trabajadores oficiales, es indelegable y no puede asumirla ni el mismo gobierno, en apoyo de lo cual transcribe parte de una providencia del Consejo de Estado.

Concluye el atacante que la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla es un establecimiento público, como lo define su ley orgánica, 105 de 1958, y critica el fallo arbitral porque estima que conoció la regla pero se reveló contra ella, por cuanto a parte resolutiva contrarió abiertamente las normas reguladoras de este tipo de entidades descentralizadas.

Observa el recurrente que a pesar de admitir el laudo que no puede desconocer el carácter de establecimiento público otorgado por la ley a la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla, usurpó la facultad que la ley otorga privativamente a las Juntas Directivas de los Establecimientos Públicos para determinar cuáles servidores deben considerarse como empleados públicos y quiénes como trabajadores oficiales.

No admite el impugnante que el Tribunal Arbitral tuviera facultad para determinar la calidad de empleados públicos o trabajadores oficiales de los servidores de la Zona, sino que apenas tolera que excluya a los que encuentre dedicados a la construcción o sostenimiento de obras públicas. Exige que el laudo sea declarado nulo por haber ejercitado los árbitros facultades que no tenían según la ley.

Concluye el memorialista señalando como violadas las normas de los Decretos 1050 y 3135 de 1968 y los artículos 416 y 458 del Código Sustantivo del Trabajo, argumentando que mientras la Junta de la Zona no haya hecho en los estatutos la clasificación requerida, todos los servidores de ese establecimiento público son empleados públicos, en apoyo de lo cual transcribe una sentencia de la Corte sobre tales materias.

La Oposición

El apoderado del Sindicato critica la definición legal de la Zona Franca como establecimiento público, afirma que para la época de la Ley 105 de 1958 no existía criterio formado sobre tales organismos, advierte que no existieron antes de 1968 leyes que determinaran la naturaleza del establecimiento público, y asevera que antes de tal año dicha expresión se usaba para señalar todos los institutos descentralizados o empresas autónomas, de lo cual concluye que la denominación de establecimiento público en la Ley 105 de 1958 no determina la naturaleza de la Zona Franca, y que es necesario examinar las características de dicha entidad para conocer su verdadera naturaleza.

El opositor compara las definiciones legales de establecimiento público y de empresas industriales y comerciales, y concluye que las dos figuras tienen como elementos comunes: la creación o autorización legales, la personería jurídica, la autonomía administrativa y el formar parte de la Administración Pública. Encuentra que existen las siguientes diferencias: los establecimientos públicos tienen patrimonio independiente, constituído con bienes o fondos públicos comunes, integran la rama ejecutiva, atienden funciones administrativas y actúan conforme a reglas de derecho público, mientras las empresas industriales y comerciales del Estado poseen capital independiente, alimentado con los productos de bienes o fondos públicos comunes, están apenas vinculados a la administración, desarrollan actividades de naturaleza industrial y comercial, y actúan conforme a reglas de derecho privado.

El apoderado del Sindicato hace luego una diferencia entre el Estado gendarme y el Estado gestor, relata luego la evolución política que condujo al intervencionismo de Estado, y presenta la aparición en Colombia del gestor, para concluir analizando la manera de obrar el Estado en cada caso.

El opositor analiza las características de la Zona Franca frente a cada uno de los elementos del establecimiento público, para concluir que aquella no lo es, que los servidores de la Zona son trabajadores oficiales, que precluyó el término para que en los estatutos se hiciera la clasificación de los trabajadores, que la Sala Laboral es incompetente para revisar la clasificación hecha en el laudo y que por convención colectiva las relaciones entre la Zona y sus servidores se rigen por normas de derecho privado.

Se considera

Lo dispuesto por la Resolución 1259 de 26 de septiembre de 1969, puede entenderse en uno de dos sentidos: en el de que simplemente ordenó a los árbitros que verificasen qué servidores de la Zona habían quedado clasificados como empleados públicos y cuáles como trabajadores oficiales, de acuerdo

con la reforma administrativa, para que las disposiciones del laudo solamente aprovecharan a los últimos, o en el sentido de que la Resolución dio facultades a los árbitros para clasificar ellos esos servidores no determinados todavía conforme a las prescripciones legales, como lo entendió el Tribunal.

En el primer caso, no teniendo los árbitros facultades para hacer la clasificación de los servidores, lo dispuesto en el laudo en tal sentido, constituye extralimitación de sus atribuciones, que hace inválida esa determinación.

En cuanto al segundo entendimiento, se hará el examen a través de las normas legales sobre reorganización administrativa.

El punto principal de la discusión es el de si los servidores de la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla, son empleados públicos o trabajadores oficiales.

El artículo 1º de la Ley 105 de 1958 crea la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla y dispone que ella "funcionará como establecimiento público, con personería jurídica, patrimonio propio, y con domicilio en la ciudad de Barranquilla".

El artículo 5º de la mencionada ley dispone que las Zonas Francas Industriales y Comerciales" tendrán por objeto la prestación de un servicio público sin ánimo de lucro".

La Zona Franca no tiene por objeto realizar operaciones industriales o actos de comercio, pues no es ella sino los que usan sus servicios, los que pueden procesar artículos manufacturados o semimanufacturados y ejecutar actos de comercio.

La Zona Franca realiza tareas administrativas tendientes a facilitar las operaciones industriales y comerciales de los usuarios, constituye una prolongación de la aduana, con funciones específicas, vela por el impuesto de aduana, evitando el contrabando, tiene guardas aduaneros, y el Gerente está facultado para expedir documentos que suplan la falta de las facturas consulares.

No pueden confundirse las funciones administrativas desarrolladas por la Zona Franca para permitir operaciones de particulares antes del pago de impuesto de aduana, con las actividades industriales y comerciales de los usuarios del servicio.

La Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla se ajusta perfectamente a la definición que de establecimientos público presenta el artículo 5º del Decreto 1050 de 1968. La Zona es un organismo creado por ley, la 105 de 1958, encargado de atender principalmente funciones administrativas relativas a facilitar la industria y el comercio antes de que se cubra el impuesto de aduana, para lo cual solamente tiene funciones consulares, sino también la de imponer multas y recibir directamente su valor o cobrarlo, con la cual está conformándose a reglas de derecho público. La Zona Franca tiene personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio aportado íntegramente por el Estado. (Arts. 1º y 18 L. 105 de 1958).

Por todo lo anterior la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla es un establecimiento público y no una empresa comercial e industrial del Estado.

El Decreto 3135 de 1968 determinó como empleados públicos a los servidores de los establecimientos públicos, con excepción de los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas, y ordenó que los estatutos de los establecimientos públicos precisarían qué actividades en ellos pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

No aparece de las listas y nóminas que tuvo a su conocimiento el Tribunal de Arbitramento, que existieran entre los servidores de la Zona Franca trabajadores de la construcción o sostenimiento de obras públicas; ni los estatutos de ese establecimiento público precisaron las actividades que pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo. Luego han de considerarse empleados públicos en aplicación de las normas citadas, todos los ser-

vidores de la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla.

La clasificación deferida por la ley a los estatutos de los establecimientos públicos, no puede ser hecha por otra persona o entidad, o sea que el laudo recurrido infringió la ley al hacer la clasificación contenida en su artículo primero de la parte dispositiva.

El fallo arbitral reconoció que la Zona era un establecimiento público y que no podía considerarlo como empresa industrial o comercial del Estado. Sin embargo, los árbitros hicieron la clasificación asignada legalmente a los estatutos de los establecimientos públicos, por lo cual usurparon una función que no les correspondía.

Según el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo los empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas. Los servidores de la Zona Franca son empleados públicos, luego no están en capacidad legal de presentar pliegos ni de celebrar convenciones. El fallo arbitral recurrido es el sustituto de una convención colectiva, luego los árbitros también violaron la norma citada.

El opositor en el recurso de homologación considera que la Ley 105 de 1958 definió la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla como establecimiento público, pero que el artículo segundo dispone: "El Gobierno podrá aceptar para la explotación de las zonas francas el aporte de capital privado". Esta observación no desvirtúa el carácter de establecimiento público de la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla, pues lo que dispone el artículo segundo es la simple autorización para que el Gobierno en las Zonas Francas previstas en la misma ley, admita esa clase de aporte, pero en la que se estudia, se determinó el capital inicial en dos millones de pesos aportados íntegramente por el Gobierno Nacional, sin que se haya establecido que se hubiera aceptado capital privado alguno, y según el balance publicado en el folleto que adjuntó el opositor, el capital ha sido aportado únicamente por la Nación y el Departamento del Atlántico.

Pretende el opositor que se desconozca la definición de la Zona como establecimiento público, olvidando que según el artículo 27 del Código Civil, cuando el sentido de la ley es claro no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Ya se vio que la Zona tiene creación legal, personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente formado con fondos públicos comunes, y hace parte de la Administración Pública. El opositor pretende distinguir entre lo que compone el patrimonio de los establecimientos públicos y el capital de las empresas industriales y comerciales del Estado, afirmando que aquel patrimonio está formado únicamente por bienes o fondos públicos comunes, mientras este capital se alimenta con los productos de esos bienes o fondos públicos comunes. No hay lugar a la diferencia pretendida, pues el artículo 5º del Decreto 1050 de 1958 dice que el patrimonio de los establecimientos públicos está "constituído con bienes o fondos públicos comunes o con el producto de impuestos, tasas o contribuciones con destinación especial".

El apoderado del Sindicato hace una disquisición sobre el Estado gendarme y el Estado gestor, dentro de la cual concluye: "A nada se opone que un exportador pacte con la Zona Franca unos cánones de arrendamiento superiores o inferiores a los preestablecidos; mas sería delictuoso convenir con ella una exención del impuesto de importación, "los cánones de arrendamiento no solamente están determinados por acto gubernamental, sino que la Zona Franca no puede aumentarlos ni disminuirlos, porque el artículo 11 del Decreto 2240 de 1962 dice "Todos aquellos que por cualquier circunstancia tengan intereses relacionados con las actividades de la Zona, gozarán por igual de las ventajas que en ella se concedan, sin que en ningún caso puedan otorgarse mayores privilegios en favor de persona alguna".

La diferencia que el opositor quiere establecer entre los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado, porque los primeros tienen patrimo-

nio y las segundas capital, no es admisible, pues tanto en unos como en otros, el capital está formado por la suma de los aportes, mientras que el patrimonio es la diferencia entre el activo y el pasivo. Estos vocablos en sus acepciones económicas y contables no establecen la diferencia que pretende el opositor, sino que obedecen a distintos momentos de los organismos a que se refieren.

El artículo 5º de la Ley 105 de 1958 no puede entenderse como lo pretende el opositor, en el sentido de que se perciba lucro por medio del servicio que prestan las Zonas Francas, sino en el de que cuando el producido de las tasas fuere superior a los gastos, ha de reinvertirse el superávit, y que solamente cuando éste sea superior al capital inicial, se destinará la mitad a la formación de un fondo de reserva que se acumulará proporcionalmente, y la otra mitad se repartirá proporcionalmente a los aportes.

Pero esta disposición no se refiere únicamente a la Zona Franca de Barranquilla, sino a todas las que se creen, lo que indica que el fondo de reserva sirve para ellas y el reparto se debe hacer en relación con los aportes a todas.

La inversión privada de que habla el opositor no hace parte del patrimonio de la Zona Franca, sino que está representada por las construcciones, maquinarias e instalaciones de los particulares situadas sobre los terrenos que las Zonas les da en arrendamiento y que sirven a esos particulares para ejecutar las operaciones industriales y comerciales que se les permiten en la propia Zona.

Considera el apoderado del Sindicato que las operaciones contempladas en el artículo 21 de la Ley 105 de 1958 son de naturaleza comercial o industrial, pero no advierte que ellas solamente se permiten en cuanto sirven para cumplir el objetivo de facilitar las operaciones de particulares en relación con el impuesto de aduana, que como tal no puede ser sino estatal. También ejecuta la Zona operaciones de esa clase que por excepción se hacen necesarias para el desarrollo de sus objetivos, sin que ellas sean de la esencia del servicio sino la manera de realizarlo.

La comparación que el opositor hace de la Zona Franca con los Almacenes Generales de Depósito, muestra por el contrario, cómo la Zona cumple una función estatal que éstos no realizan. En efecto, los Almacenes de Depósito operan sobre mercancías nacionalizadas para efectos principalmente de financiaciones, en cambio la Zona solamente recibe mercancías importadas no nacionalizadas o mercancías nacionales a vía de exportación, y para efectos de que se puedan ejecutar operaciones industriales y comerciales sin el pago previo del impuesto de aduana. Los Almacenes ejecutan operaciones puramente comerciales. La Zona opera en vinculación con el impuesto de aduana, lo que hace que su servicio sea estatal.

Arguye el apoderado de los servidores de la Zona que por mandato del Decreto 2974 de 1968, la Zona no es parte de la Administración sino que apenas está vinculada a ella como las empresas industriales y comerciales del Estado. El artículo segundo del decreto citado expresa que: "Las políticas trazadas por el Ministerio, dentro de la órbita de su competencia, se ejecutarán a través de las superintendencias, empresas industriales y comerciales del Estado y establecimientos públicos adscritos o vinculados a él". Luego no es que cuando el decreto citado dice que son organismos adscritos o vinculados al Ministerio de Desarrollo varios entre los cuales está la Zona Franca, ésta haya dejado de ser establecimiento público.

Arguye el mismo apoderado que como el gerente de la Zona lo nombra la Junta Directiva y no el Presidente de la República, la Zona no es establecimiento público. Si la ley que creó la Zona dispuso que el Gerente sería nombrado por la Junta Directiva y una norma posterior ordena que los gerentes de esas entidades sean nombrados por el Presidente de la República, no hay manera de sostener que el Gerente de la Zona sea nombrado por la Junta Directiva y

menos para alegar que dicha entidad dejó de ser establecimiento público.

En el alegato comentado se parte de la base de que la Zona es una empresa comercial o industrial, lo cual es contradictorio con la argumentación no aceptada de que tiene capital privado. Agrega el memorialista que todos los servidores de la Zona son trabajadores oficiales salvo los de confianza y manejo, mas para ello se apoya en norma anulada por el Consejo de Estado en sentencia de 16 de julio de 1971, el artículo 3º del Decreto 1848 de 1969.

También alega el opositor que no son empleados públicos los individuos que desempeñan destinos no creados o reconocidos por leyes, ordenanzas, acuerdos o decretos, de donde deduce que los servidores de la Zona, con excepción del Gerente y el Subgerente, son trabajadores oficiales, en apoyo de lo cual transcribe alguna jurisprudencia. Es de advertir que las disposiciones del Decreto 3135 de 1968 establecen quiénes son empleados públicos y quiénes trabajadores oficiales, sin que este nuevo régimen legal pueda interpretarse a través de jurisprudencias que sirvieron para la aplicación de normas anteriores que han sido derogadas o modificadas. Tampoco es admisible que cuando se exija la consagración por ley o reglamento de las funciones del empleado público, se está cambiando su naturaleza cuando se omite esa consagración.

Alega el opositor que el Decreto 2127 de 1945 está vigente para la Zona, porque ella no presentó la reforma de estatutos en que se hiciera la clasificación de sus servidores, dentro de los términos de que habla el artículo 38 del Decreto 3130 de 1968, el cual exige que en los doce meses siguientes a la expedición del mismo, se elabore en los establecimientos públicos el proyecto de reforma de estatutos de personal que ha de contemplar entre otras materias, la relativa a clasificación del mismo, y que el artículo 39 de dicho decreto prolonga la vigencia de las normas anteriores hasta la aprobación por el Gobierno de las reformas estatutarias, así como el artículo 45 ibídem ordena elaborar las reformas estatutarias generales en el término de seis meses. De lo anterior deduce que revivieron las normas sobre clasificación contenidas en la legislación anterior.

De lo anterior no puede concluirse que la falta de modificación oportuna de los estatutos derogue la vigencia de la ley sobre clasificación de servidores oficiales, o que esas leyes rijan para los establecimientos que hayan hecho las modificaciones y no para los que dejen de hacerlas. Además, el Decreto 3135 de 1968 que debe entenderse posterior al 3130, establece la facultad de hacer la clasificación de los servidores sin plazo alguno y de la misma manera lo dispone el Decreto 1848 de 1969. Luego no puede entenderse que están derogadas las normas sobre clasificación de servidores públicos contenidas en la última reorganización administrativa.

Pretende el opositor falta de Competencia de la Corte en el presente caso, por cuanto las peticiones del recurrente tienen base en las normas de los decretos sobre reforma administrativa que el opositor estime no vigentes para la Zona. Pero tal conclusión es inadmisible desde que se ha visto que su base no es correcta.

Por otra parte, la competencia no se determina por el resultado del juicio, sino por las materias que se van a examinar, de tal manera que la Corte tiene competencia para conocer de los recursos de homologación contra laudos dictados por tribunales de arbitramento obligatorio como el de autos, aunque la resolución final anula o no anule la sentencia arbitral.

Finalmente el opositor alega que por convención colectiva celebrada entre las partes en 1966, se adoptó la aplicación del Código Sustantivo del Trabajo, lo que impide que a los servidores de la Zona se les considere como empleados públicos.

No es posible que una convención colectiva de 1966 cambie lo dispuesto por normas legales de 1968, no solamente porque las últimas son posteriores, sino porque tienen una entidad que no puede predicarse de las

primeras. Las convenciones colectivas no pueden determinar la naturaleza de la relación administrativa o laboral en contra de las disposiciones legales.

Sobre este tema se dijo en sentencia de esta Corte, de 31 de julio de 1968: "El cargo se fundamenta en que las relaciones de trabajo de los servidores de la Beneficencia, sin excepción, venían rigiéndose, durante más de veintidós años, por convenciones y laudos, lo que constituye derecho para que todos ellos, y no solamente los indicados por la sentencia recurrida, continúen disfrutando de los beneficios de la contratación colectiva, bien sea que ellos se encuentren en convención de este carácter o en providencia arbitral. En respaldo de esta acusación se invoca un concepto del ex-Ministro del Trabajo, y la conclusión es la de que el laudo viola el artículo 458 del C. S. T. que prohibe afectar derechos o facultades de las partes.

"Para la Sala este planteamiento, como el del cargo primero pretende más de lo que corresponde a los términos del conflicto y de su solución arbitral, y su cuestión de fondo es inadmisible, por cuanto si la legislación nacional impone, como en efecto lo hace, régimen distinto para los trabajadores oficiales y para los empleados públicos, ningún tratamiento convencional o arbitral puede prevalecer contra aquella. La condición del funcionario constituye un status de derecho público, que no puede modificarse en su concepción constitucional ni en sus regulaciones de ley por voluntad que le fije consecuencias contrarias, muchísimo menos en materia de contratación colectiva, o de soluciones arbitrales, que se gobiernan con prohibiciones especiales".

En resumen, por razón de las disposiciones de la Ley 105 de 1958 y de las características de la Zona Franca especialmente en cuanto se relaciona con el impuesto de aduana, la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla es un establecimiento público.

Como no se ha establecido que entre los servidores de la Zona Franca haya trabajadores de la construcción o sostenimiento de obras públicas, ni los estatutos han determinado qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo, como lo ordenan los artículos 38 del Decreto 3130 de 1968, 5º del Decreto 3135 del mismo año y 5º del Decreto 1848 de 1969, los servidores de la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla son empleados públicos al tenor de la penúltima norma citada.

Como el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo prohibe que los sindicatos de empleados públicos presenten pliegos de peticiones y celebren convenciones colectivas, el laudo que trate de resolver un conflicto colectivo provocado por pliego de peticiones de empleados públicos y sustitutivo de convención con tales servidores, es violatorio de la ley.

Por virtud de los artículos 38 del Decreto 3130 de 1968, 5º del Decreto 3135 del mismo año y 5º del Decreto 1848 de 1969, la clasificación de los empleados oficiales corrresponde a los estatutos de las entidades descentralizadas, luego no podían los árbitros hacer la clasificación, así los hubiera facultado una Resolución Ministerial, pues la norma legal contraria es de aplicación preferencial y la Resolución no puede disponer otra cosa.

En las circunstancias examinadas, al dictar el Tribunal de Arbitramento un laudo en conflicto provocado por empleados públicos, violó los artículos 416 y 458 del Código Sustantivo del Trabajo, pues no solamente permitió lo que estaba prohibido por la ley, sino que desconoció el derecho de la Zona Franca a que no se le presentaran pliegos de peticiones y a que no se le obligue a celebrar convenciones colectivas o se le imponga acto arbitral sustitutivo de ellas.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República

de Colombia y por autoridad de la ley, ANULA el laudo proferido el ocho (8) de junio de mil novecientos setenta y uno (1971) por el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver el conflicto laboral entre la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla y el Sindicato de sus servidores.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y remítase el expediente al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para lo de su cargo.

Alejandro Córdoba Medina, Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LAS VACACIONES NO SUSPENDEN EL CONTRATO DE TRABAJO

Las vacaciones no suspenden el contrato de trabajo, simplemente interrumpen de modo temporal una de las obligaciones del trabajador, la prestación del servicio, pero continúan vigentes todas las demás, así como las del patrono que las otorga.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., octubre quince (15) de mil novecientos setenta y uno (1971).

(Magistrado Ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar).

(Acta número 52).

Octavio Osorio Callejas, por conducto de apoderado, demandó a **"Cine Colombia S. A.",** sociedad anónima domiciliada en Medellín, representada por Mario Uribe Isaza, para que fuera condenada a pagarle indemnización por despido injusto en los términos del ordinal 4º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 y las costas del juicio.

En subsidio pidió que la sociedad demandada le pagara los salarios correspondientes al tiempo que faltaba para el cumplimiento del plazo estipulado en el contrato de trabajo, a título de indemnización por despido.

Como hechos de las pretensiones del libelo, el apoderado del actor indicó los siguientes:

"1º El señor **Octavio Osorio Callejas** trabajó al servicio de **"Cine Colombia S. A."** desde el 11 de junio de 1940 hasta el 23 de noviembre de 1969.

"2º Desempeñó el demandante los siguientes oficios: Administrador y Cajero de Teatros que la sociedad demandada tiene en las ciudades de Barrancabermeja, Santa Marta y la Dorada.

"3º La jornada de trabajo del señor Osorio era mayor de ocho horas diarias.

"4º Devengó mi mandante un sueldo último de $ 2.450.00 por mes, fuera de la sobrerremuneración por domingos y festivos trabajados, siendo su promedio total de $ 2.800.00 mensuales aproximadamente.

"5º El contrato de trabajo entre las partes fue escrito y de duración determinada de un año, que se fue renovando indefinitivamente.

"6º El 23 de noviembre de 1969 el demandante señor Osorio Callejas fue despedido de su trabajo mediante nota de 19 de los mismos mes y año, alegando la Empresa el reconocimiento al actor de la pensión de jubilación, causal prevista por el ordinal 14 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, en concordancia con el artículo 3º de la Ley 48 en su numeral 6º.

"7º La causal alegada por la Empresa como justa para la terminación del contrato de trabajo de Osorio C., está contemplada en la Ley, pero sometida, o condicionada a que se avise al trabajador con anticipación no menor de quince días (parágrafo último del artículo 7º, ordinal a) del Decreto 2351 de 1965). La omisión anotada convierte el despido de Osorio en injusto y por lo tanto obliga a la compañía demandada al reconocimiento de la respectiva indemnización por

despido, bien que se considere contrato de duración determinada o indefinida".

La demanda que correspondió al Juzgado 2º Laboral del Circuito de Medellín, fue contestada oportunamente y sobre los hechos de aquella se expresó así el apoderado de la Sociedad:

"Al hecho primero. Es cierto que Octavio Osorio Callejas trabajó con la Compañía; en cuanto al tiempo servido, me atengo a lo que se pruebe.

"Al hecho segundo. Me atengo a lo que se pruebe.

"Al hecho tercero. No es cierto.

"Al hecho cuarto. Acepto lo que se demuestre durante el juicio.

"Al hecho quinto. Es cierto.

"Al hecho sexto. El señor Octavio Osorio reunía los requisitos de Ley, como son el tiempo servido y la edad, y por esta razón se le concedió la pensión plena de jubilación consagrada por el Código de Trabajo.

"Al hecho séptimo. En su esencia, es una cuestión de Derecho, y niego la conclusión que saca el demandante. El señor Octavio Osorio, como lo demostraré, trabajó al servicio de la Compañía durante un lapso de tiempo superior a 20 años y había cumplido los 55 años de edad; por lo tanto era acreedor a que se le reconociera la pensión plena de jubilación de acuerdo con la Ley, razón por la cual salió él del servicio de la Empresa. La cancelación del contrato obedeció a una justa causa; la desvinculación se convino oportunamente con Osorio, antes de concederle las vacaciones de las que empezó a disfrutar a principios de noviembre de 1969; en otras palabras, no se prescindió del preaviso que exige la Ley".

La demandada propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y la de pago.

El Juzgado del conocimiento profirió sentencia de primer grado el 14 de septiembre de 1970 en la cual absolvió a "la Empresa Cine Colombia S. A." de los cargos que le formuló el señor Octavio Osorio Callejas.

Contra esta providencia interpuso recurso de apelación el apoderado del trabajador y el Tribunal Superior de Medellín desató la alzada en fallo de 17 de octubre del citado año, confirmando lo resuelto por el a-quo.

Posteriormente el mismo apoderado recurrió extraordinariamente ante la Corte, Sala Laboral, y el Tribunal concedió el recurso de casación el cual fue luego admitido por esta Sala.

La acusación

El recurrente según lo manifiesta en el escrito con que sustentó el recurso, que en oportunidad fue replicado, pretende obtener el quebrantamiento del fallo de segundo grado para que la Corte, Sala Laboral, convertida en Tribunal de instancia, revoque la del a-quo "y condene a la parte demandada en los términos de la demanda primitiva" imponiéndole además las costas "en ambas instancias" y con invocación de la causal primera de casación, formula dos cargos, que pasan a estudiarse.

Primer cargo

Está formulado de la siguiente manera:

"Acuso la sentencia objeto de la impugnación de ser violatoria por interpretación errónea de los siguientes textos legales: artículo 7º numeral 15, inciso 2º del Decreto Legislativo 2351 de 1965, adoptado como Legislación Permanente por la Ley 48 de 1968, en su artículo 1º, en relación con el numeral 14 del mismo artículo 7º y el numeral 6º del artículo 3º de la Ley 48 de 1968; con el literal H del artículo 6º del citado Decreto 2351, y con los artículos 14, 43 y 186 del Código Sustantivo del Trabajo, Interpretación errónea que condujo a la falta de aplicación del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, especialmente en sus numerales 1, 2, 3 y 4".

En la demostración del ataque el acusador transcribe una parte de la sentencia recurrida, en la que el Tribunal sostiene que la Empresa para dar por terminado el contrato de trabajo que la ligaba con Osorio Callejas, para reconocerle pensión de jubilación, le dio el aviso de que trata el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 en el inciso 2º de su numeral 15, con la anticipación debida, pues lo comunicó al actor cuando entró a disfrutar de un turno de vacaciones que se le adeudaban.

El censor dice que admitiendo que es correcto el análisis probatorio hecho por el ad-quem para llegar a tal conclusión, esta es equivocada, porque se aparta de lo que legal y doctrinariamente se considera como previo aviso y porque da un errado entendimiento de los principios jurídicos que rigen el "Estatuto" de las vacaciones.

En cuanto a lo primero manifiesta que entre las razones decisivas que explican, el previo aviso se halla la de evitar los perjuicios que una disolución inmediata del vínculo puede causar a la otra parte. Al empleador, dice, porque la súbita privación de mano de obra puede ocasionar perturbaciones profundas a la marcha del establecimiento, y al trabajador, porque la brusca ruptura del contrato lo haría correr el riesgo de la desocupación al cerrarle la posibilidad de un plazo para encontrar un nuevo empleo. Esto, afirma, es el objeto del aviso previo y no podría admitirse razonablemente, que cuando se invoca como causal de despido el reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación, sean otros los principios que lo gobiernan.

Continúa el recurrente exponiendo, luego de transcribir partes de algunas sentencias de la Sala, que durante el preaviso el contrato laboral se encuentra en plena vigencia, y por tanto, subsisten para las partes todas las obligaciones que él les impone, las cuales deben cumplirse estrictamente, aun cuando para el trabajador, durante ese lapso, pueda ser constante el interés y la preocupación por conseguir un nuevo empleo, circunstancia que otras legislaciones han previsto para establecer como requisito la concesión al asalariado de una licencia diaria de dos horas dentro de la jornada normal de trabajo sin disminuir por ello su remuneración, cuya razón estriba en la necesidad de que aquel obtenga una nueva ocupación pues si trabaja toda la jornada, no estaría habilitado para su búsqueda.

En cambio, y en relación con las vacaciones, dice, su propósito es distinto. Persigue esta institución la protección del bienestar físico de los empleados, proporcionándoles un reposo anual "que les permita reponer sus energías antes de proseguir la ejecución de sus contratos".

Si el fin del previo aviso y el fin de las vacaciones, manifiesta el impugnador, son totalmente diferentes, "la simultaneidad de los dos institutos no es factible, no pueden coexistir. Mal puede concebirse el descanso si el trabajador va a vivir con la urgencia de buscar una nueva colocación" y es por ello que la tesis del Tribunal en cuanto acepta "que ambos términos pueden correr en forma simultánea" y que constituye el soporte legal y doctrinario de su decisión absolutoria es equivocada.

Concluye el acusador exponiendo que el fallo implica, además una exégesis de las vacaciones que desvirtúa su naturaleza y sus propósitos, sin que valga argüir como abono a la tesis del ad-quem, el posible asentimiento del trabajador a la declaración del patrono de dar por terminado el contrato al concluir el descanso, porque es irrenunciable el derecho del trabajador a ser preavisado y la estipulación que consagra la renuncia, sería ineficaz.

El opositor a su turno replica los argumentos del recurrente comenzando por afirmar que alguna de las normas citadas en el cargo como infringidas tales como los artículos 14, 43 y 186 del C. S. T. no son de aplicación en el caso sub-judice y que los numerales del artículo 8º que también se afirma fueron violados tampoco tienen que ver con el litigio puesto que la Sociedad hizo uso de una justa causa para terminar el contrato que la ligaba con Osorio, ya que

este le había prestado servicios por más de veinte años y tenía la edad requerida para que comenzara a disfrutar de pensión de jubilación.

Hace luego un análisis del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, lo compara con las normas que subrogó, artículos 62 y 63 del C. S. T., manifiesta que la Empresa dio a Osorio el aviso ordenado por la ley para poner fin a su contrato y dice que en la legislación colombiana no existe disposición alguna que prohiba la concurrencia de la institución del preaviso con el de las vacaciones.

Se considera

No se discute en este juicio el derecho del trabajador Osorio Callejas a ser jubilado por la Sociedad "Cine Colombia S. A." ya que cuando lo fue se encontraban reunidos todos los requisitos exigidos por el artículo 260 C. S. T.

También se encuentra demostrado y aceptado que el actor comenzó a percibir pensión de jubilación desde el 24 de enero de 1969.

El recurrente, de igual modo acepta, que Cine Colombia avisó a su trabajador que lo desvincularía del servicio después de que hiciera uso de un turno de vacaciones que le adeudaban, para que pudiera gozar de pensión, y que comenzó a disfrutarlas el 5 de noviembre de 1969.

El punto que debe decidirse es si el aviso sobre terminación del contrato para los efectos anteriores podía darse simultáneamente con la concesión de vacaciones, o si por el contrario tenía la Empresa que aguardar a que ellas se disfrutaran, para darlo, y cumplido este requisito de ley, en la forma establecida en el inciso 2º del numeral 15 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, desvincularlo del servicio para así poder comenzar a pagarle pensión de jubilación.

La ley en esta materia no hace distingos, se limita a establecer que es justa causa para terminar unilateralmente el contrato de trabajo por parte del patrono, el reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación consagrada en el artículo 260 C. S. T.

En este caso, como en otros que indica, "dispone el legislador que el patrono para terminar el contrato deberá dar aviso al trabajador con anticipación no menor de quince (15) días.

La obligación del patrono es pues, dar el aviso sobre terminación del contrato con esta mínima antelación.

Ninguna disposición laboral hace pensar que dado el aviso, el plazo posterior a él lo interrumpan hechos distintos a los de la suspensión del contrato, enumerados en el artículo 51 C. S. T.

El contrato a partir del aviso continúa vigente unos días y se extingue en fecha determinada. La finalidad de tal aviso en la legislación colombiana no es otra que hacer saber al trabajador en forma cierta cuando terminará la prestación de sus servicios. No puede aceptarse, que durante ese tiempo lo que quiere la ley es que el asalariado salga a buscar una nueva ocupación. Como trabajador activo debe desarrollar sus deberes durante la jornada diaria o en defecto de esta durante la máxima legal.

Hay que advertir también que ninguna disposición legal autoriza que el aviso previo sobre terminación de un contrato tenga por finalidad que el preavisado durante la jornada de trabajo salga a conseguir un nuevo empleo y por tanto, es inaceptable lo que dice el acusador al respecto.

Las vacaciones de otra parte, no suspenden el contrato de trabajo, simplemente interrumpen de modo temporal una de las obligaciones del trabajador, la prestación del servicio, pero continúan vigentes todas las demás, así como las del patrono que las otorga. Aquellas sí pueden interrumpirse y si así sucede, desaparecida la causa de la interrupción, continuarán disfrutándose hasta que se cumplan los quince días hábiles que las constituyen por año cumplido de servicio.

La finalidad de este descanso no se opone entonces a que se avise al trabajador que terminado aquel quedará desvinculado de la empresa máxime si para la fecha en que debe regresar el patrono comienza a pagarle otra prestación cual es, como en el sublite, una pensión vitalicia de jubilación.

De aceptar las tesis expuestas por el recurrente, se producirían fenómenos no contemplados en la ley, tales como si avisado un trabajador sobre la terminación de su contrato por justa causa (numerales 9 a 15 del artículo 7º, Decreto 2351 de 1965), y se le adeudaran vacaciones, el patrono no pudiera dárselas en tiempo, porque de hacerlo, el aviso sobre extinción del contrato ipso facto se prolongaría más allá inclusive del mínimo indicado por la norma que se ha examinado.

Encuentra entonces la Corte que el Tribunal no interpretó equivocadamente las normas que citó el recurrente en este cargo y que es correcto que en casos como el examinado, el aviso sobre terminación del contrato de trabajo pueda darse simultáneamente con la concesión de vacaciones, cuando estas, claro está corresponden por lo menos a un período.

El cargo no prospera.

Segundo cargo

Se propone como subsidiario del anterior y lo enuncia así, el recurrente:

"Acuso la sentencia recurrida, de ser violatoria, por falta de aplicación del artículo 8º del Decreto-ley 2351 de 1965, especialmente en sus numerales 1, 2, 3 y 4 en relación con las siguientes disposiciones que aplicó indebidamente así: Del Decreto 2351, ya citado, el artículo 7º en los numerales 14 y 15, inciso 2º y literal H del artículo 6º, la Ley 48 de 1968, en sus artículos 1º y 3º numeral 6º y los artículos 14, 13 y 186 del C. S. T., violaciones en que incurrió el fallador por vía indirecta a consecuencia de errores manifiestos de hecho en la apreciación del documento de folios 7 y 8 de la confesión provocada con las preguntas 3ª y 4ª del pliego de posiciones absueltas por el demandante (Fls. 25 y 26) y por falta de apreciación del documento de folios nueve (9)".

Dice el impugnador que "los errores de hecho consistieron en:

"a) Dar por demostrado, sin estarlo, que la sociedad demandada, oportunamente, le dio al trabajador Octavio Osorio Callejas, el preaviso que contempla el artículo 7º, numeral 15, inciso 2º del Decreto 2351 de 1965, como requisito para que el patrono pueda dar por terminado el contrato de trabajo en los casos de los numerales 9 a 15 del citado artículo".

"b) Dar por demostrado, sin estarlo, que entre las partes hubo el acuerdo de considerar el tiempo de las últimas vacaciones, como término del previo aviso".

En el examen de las pruebas indebidamente apreciadas y la que según el recurrente no tuvo en cuenta el fallador, el impugnante se expresa así:

"El documento de Fls. 7 y 8 a que alude el Honorable Tribunal firmado por las partes con posterioridad a la desvinculación, el 9 de diciembre de 1969 revela que el trabajador fue retirado de la Empresa el 23 de noviembre de 1969 para disfrutar de la jubilación, el monto de ésta y el pago de una suma de dinero como aguinaldo. Es lo que en el lenguaje corriente se conoce con el nombre de finiquito más no se desprende de él que el patrono hubiere cumplido la obligación de preavisar como requisito necesario dentro del proceso de disolución del contrato por la causal alegada.

"Y la respuesta del actor a las posiciones 3ª y 4ª, tampoco contiene la afirmación de haber recibido el preaviso consagrado por la ley. Se limita, en ellas a manifestar..." a mí me dieron vacaciones, pero me advirtieron que quedaba desvinculado de la Compañía..." y que al finalizar el descanso, le reconocieron la pensión de jubilación .

"La advertencia de que habla el absolvente no es el aviso previo que la ley consagra, con un propósito muy diferente al de las vacaciones como se ha visto.

"En cuanto al documento de folios 9, citado en la censura como dejado de apreciar, importa decir que él consiste en una carta de la Sociedad a Octavio Osorio, fechada el 19 de noviembre de 1969, en la que se le notifica que le será reconocida la jubilación a partir del 24 de ese mes y que, por lo tanto, su vinculación a la empresa terminaría el 23 del mismo.

"Suponiendo que esa notificación durante las vacaciones tuviera el significado y el valor de un preaviso para efectos del despido, él no tendría eficacia jurídica precisamente porque no se dio con quince días de antelación como lo ordena la ley. Y no aparece que el fallador hubiese considerado este antecedente, muy importante como hecho que contradice los argumentos de defensa de la Empresa y la tesis de la sentencia impugnada.

"El sentenciador habla en el pasaje transcrito de su providencia, en general, de la prueba testimonial. Pero esta referencia no se opone al estudio del presente cargo, porque ahí mismo se explica que ella, por sí sola, no es suficiente para demostrar los hechos, lo que indica que no es soporte de la sentencia, que deba desvirtuarse para el éxito del ataque.

"Evidenciados los errores en que incurrió el fallador, reitero la súplica de que la Compañía "Cine Colombia S. A.", sea condenada en los términos ya especificados, en la decisión de instancia correspondientes, previa revocatoria del fallo del a-quo".

El opositor hace algunos reparos de orden técnico a este ataque y en relación con las pruebas que afirma el recurrente fueron no apreciadas o indebidamente estimadas, manifiesta:

"El documento que aparece a folios 7 y 8 solo se refiere a un recibo, o finiquito según el recurrente, más en ninguna parte de él habla de preaviso, porque de su contexto se infiere el tiempo de servicio, del derecho de la jubilación a la pensión (sic) que se le liquida con base en un sueldo ya definido y contiene además de esto el reconocimiento de unas prestaciones extralegales o gratificación y expresa que Cine Colombia S. A. cumplió con todas las obligaciones emanadas del contrato de trabajo. En primer lugar este documento no ha sido redargüido de falso. Constituye plena prueba y como tal debe ser aceptado, con todo lo que en él se expresa. Por otra parte, no se puede perder de vista que la legislación no establece ni formulismos ni palabras sacramentales para esta clase de actos.

"La Empresa le dio oportunamente aviso al señor Osorio Callejas de que sería jubilado y tan cierto es ella que la confesión dada por él al contestar las preguntas 3ª y 4ª de las posiciones no las ha podido desvirtuar en ninguna forma y tanto el juzgado del conocimiento como el ad-quem las aceptaron como un hecho irreversible en su totalidad.

"Tratar el recurrente de desvirtuar el valor asignado por los jueces del conocimiento que apreciaron la prueba en su valor real y lógico, sería darle un cariz de 3ª instancia a este recurso, lo que no es procedente.

"En cuanto al documento que aparece a folio 9 o sea la carta dirigida por la empresa al señor Osorio Callejas se apreció en su justo valor y como un aviso confirmatorio y no como notificación única y exclusiva de que sería jubilado a partir del 26 de noviembre de 1969, de todo un proceso contentivo de la situación de jubilado que tendría el señor Osorio fue el resultado de una serie de actuaciones. El señor Osorio Callejas fue notificado con mucha antelación de que sería jubilado, por lo tanto se cumplieron oportunamente con las exigencias legales, y por eso tanto el Juzgado Laboral, como el Juez ad-quem así lo reconocieron y aceptaron.

"El conjunto de pruebas aportadas al expediente: testimoniación (sic) del señor Román Hoyos, absolución de posiciones por

el señor Osorio Callejas y la literal, conllevan a la aceptación de que la Compañía sí notificó oportunamente al interesado que sería jubilado".

Se considera

El Tribunal en el fallo acusado y en relación con el aviso de que trata el inciso segundo numeral 15, del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, se expresó así:

"Con respecto al preaviso de rigor, ha de observarse que este efectivamente se dio, pues así surge del documento de Fls. 7 y 8 que constituye una ratificación escrita del convenio verbal a que llegaron, las partes, y lo confirma el mismo demandante al absolver las preguntas 3ª y 4ª del pliego de posiciones en las que reconoce que al salir a vacaciones se le hizo saber que al terminar estas quedaría desvinculado..."

De acuerdo con este pasaje del fallo lo indicado es estudiar ante todo la confesión de Osorio Callejas a que alude el sentenciador.

A los folios 25 y 26 del cuaderno principal aparecen el pliego de posiciones formulado por la Empresa y las respuestas que dio el demandante a las preguntas que en aquel se le hicieron.

En la tercera posición se le preguntó al demandante: "Es cierto, sí o no, que la Secretaría accedió a la solicitud suya, y le concedió vacaciones a partir del 5 de noviembre de 1969 con la advertencia de que a su regreso de Dorada se procedería a jubilarlo?", y el absolvente contestó: "A mí me dieron vacaciones pero me advirtieron que quedaba desvinculado de la compañía (se subraya) y agregó: "que cuando volvió de vacaciones lo jubilaron" (se subraya).

La respuesta del actor demuestra que a él sí le advirtió la empresa, es decir, le dio aviso sobre la terminación del contrato y que la ruptura del vínculo se produjo, no como en el comienzo de la contestación quiso precisarlo, el confesante o sea al concederle vacaciones, sino el regresar de disfrutarlas.

Lo anterior lo aclara aún más la 4ª posición y su respuesta:

Se preguntó a Osorio: "Es cierto, sí o no, que inmediatamente se le concedieron las vacaciones, usted viajó a Dorada, y al finalizar los descansos legales regresó a Medellín en lugar de quedarse en aquella localidad trabajando, como hubiera sido o normal, de no habérsele advertido con tiempo que sería retirado de la empresa para disfrutar de jubilación?" contestó el absolvente: "Es cierto yo no me quedé trabajando después de cumplir las vacaciones porque me dijeron que quedaba desvinculado y me vine para Medellín a conseguir abogado".

No erró pues el Tribunal en la apreciación de la prueba de confesión provocada a Osorio, pues de ella se deduce inequívocamente que en forma oportuna se dio a aquel la noticia sobre la fecha en que terminaría su contrato por justa causa, cuestión ésta que además aparece del finiquito que obra a folios 7 y 8 del cuaderno número uno, que también contiene la aceptación del demandante de que Cine Colombia cumplió con las obligaciones laborales que tenía para con él, sin que importe que tal documento hubiere sido suscrito con posterioridad a la terminación del contrato.

Aparece en cambio que el Tribunal no apreció la documental del folio 9, que lleva fecha 19 de noviembre de 1969. Pero esta carta llevada como prueba a los autos por el actor, en nada modifica la situación de hecho del litigio pues se limita a confirmarle una conversación sostenida entre las partes, en el sentido de que reunía las condiciones para jubilarlo, y en forma escrita dar por terminado el contrato a partir del 24 del citado mes, con el fin de poder reconocerle la pensión.

Si como se ha visto, el señor Osorio confiesa que se le advirtió cuando tomó vacaciones que a su regreso quedaría desvinculado de la Empresa, es apenas lógico inferir que la conversación a que alude el documento, necesariamente tuvo que ocurrir antes de que le fueran concedidas.

No demostró entonces el acusador los errores evidentes de hecho que imputó al Tribunal y por tanto, el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 17 de octubre de 1970, proferida en el juicio que adelantó Octavio Osorio Callejas contra Cine Colombia S. A.

Costas a cargo del recurrente.

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

Jorge Gaviria Salazar, Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DICTAMEN DE PERITO Y PRUEBA DE DOCUMENTO

El dictamen de perito y la prueba de documento son medios de convicción que la ley y la doctrina registran separadamente, y que la jurisprudencia de la Corte no admite que se confundan los distintos medios legales con el acta que los contenga.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., veintidós de octubre de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Juan Benavides Patrón).

(Acta número 53).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por **José Uriel Gómez** contra la sentencia dictada el 8 de marzo de 1971, por el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali** en el ordinario de trabajo que le promovió a la **Fábrica de Tejidos de Punto Sport, Juan Pablo Lozano R. e Hijos Limitada,** ambos de las condiciones que registra el expediente radicado en esta Sala con el número 4001.

En la litis el demandante impetró cesantía, vacaciones, primas, indemnización por despido injusto, salarios de dominicales y festivos no laborados y "caídos" por el no pago oportuno de las prestaciones y por incumplimiento de la obligación sobre examen médico de retiro, derechos que fundamentó en el contrato de trabajo que lo vinculó a la demandada, como agente vendedor, desde el 10 de noviembre de 1959 hasta el 15 de abril de 1969, fecha en la que fue despedido ilegal e injustamente sin que le fuesen cancelados ni le consignasen su valor conforme a la base debida de liquidación, que, imputadas sus comisiones, era de $ 4.388.91, último promedio mensual. Se pidieron, además, las costas del proceso.

La sociedad se opuso a las pretensiones del actor y formuló las excepciones de carencia de acción, petición de modo indebido, inexistencia de obligación, prescripción y toda otra innominada, y tramitada la controversia el Juzgado Quinto Laboral de Cali, que fue el del conocimiento, la desató en fallo del 11 de agosto de 1970, cuya parte resolutiva dispuso:

"Primero. Condenar a la empresa Fábrica de Tejidos Punto Sport-Juan Pablo Lozano R. e Hijos Limitada a pagar tres días después de ejecutoriada esta providencia, en favor del señor José Uriel Gómez, la suma de tres mil novecientos cuarenta y nueve pesos con quince centavos ($ 3.949.15) m/c. por concepto de reajuste de las prestaciones sociales indicadas en la parte motiva de esta sentencia.

"Segundo. Ordenar entregar al señor José Uriel Gómez la suma de $ 41.664.05 que se encuentra consignada en el Banco Popular de Bucaramanga a órdenes del extinguido Juzgado Primero Laboral Municipal de la misma ciudad.

"Tercero. Absolver a la empresa "Fábrica de Tejidos de Punto Sport-Juan Pablo Lozano e Hijos Ltda. de los demás cargos de la demanda.

"Cuarto. Condénase en costas parciales a la empresa".

Apelaron los apoderados de las partes y el Tribunal Superior de Cali, en sentencia de la fecha ya expresada, resolvió:

"Revocar los puntos 1º y 2º de la sentencia apelada, y en su lugar se dispone:

1º Condenar a la empresa Fábrica de Tejidos de Punto Sport-Juan Pablo Lozano R. e Hijos Ltda., con domicilio en Cali, a pagar tres días después de ejecutoriada esta sentencia, la suma de cinco mil seiscientos cuarenta pesos con noventa y ocho centavos ($ 5.640.98) moneda legal colombiana, por concepto de cesantía y reajuste de las primas y vacaciones.

"2º Confirmar los puntos tercero y cuarto.

"3º Sin costas en esta instancia".

El recurso extraordinario

Persigue "que se case la sentencia acusada y que, en consecuencia, la H. Sala Laboral de la Corte dicte nuevo fallo que reconozca los derechos del recurrente según la ley", propósitos que se precisarán al estudiar los cargos que se le han formulado. Se les decide, lo mismo que las réplicas del opositor.

Primer cargo

Acusa violación de los artículos 249, 186 y 306 C. S. T., sobre cesantía, vacaciones y primas de servicio, "y demás textos complementarios o adicionales", por error manifiesto de hecho causado por la falta de apreciación del dictamen pericial y del acta de la diligencia de inspección ocular (Fs. 104 y siguientes y 109 del cuaderno primero). El error consistió en que del experticio aparece la suma de $ 41.664.05 consignada por Tejidos de Punto Sport Ltda., así: $ 24.720.24 por cesantía, $ 903.87 por primas de servicio y $ 16.039.94 por comisiones y gastos de representación, etc., y aunque la sentencia le da valor pleno a esta probanza, lo mismo que a la inspección ocular, "por evidente inadvertencia no imputa como salario la suma de $ 16.039.94 a pesar de que el contexto del fallo establece que las comisiones y gastos de representación lo son para el caso del demandante", y, además, en que ordenó deducir $ 41.640.98, "es decir, la totalidad de lo consignado por Tejidos de Punto Sport Ltda., suma ésta que incluía el pago de $ 16.039 por salarios".

El acusador presenta el dictamen de autos como documento auténtico; anota equivocación también respecto de lo consignado por "Lady Armonía Ltda.", "aunque en este último caso el Tribunal se funda en otras consideraciones, esto es, en que el actor tenía un contrato aparte" con esta otra sociedad; toma del dictamen lo pagado en el mes de abril de 1969, en cifras de $ 744.16 por comisiones y $ 496.11 por gastos de representación, para un total por salarios en ese mes de $ 1.240.27 y concluye que para la consignación que efectuó el patrono o para liquidar las prestaciones no se imputó todo lo correspondiente a salario, y, por otra parte, en doble error, se dedujo todo lo consignado, como si todo esto correspondiera a prestaciones.

Para el opositor la demandada liquidó a Gómez sus prestaciones y consignó su valor de $ 41.664.05, sin que exista dato en en el juicio que permita creer que se adeuda suma alguna por comisiones, y el demandante en ninguna ocasión ha reclamado salarios a la empresa, ni el hecho aducido por el apoderado del recurrente ha sido materia de debate judicial, agregando que lo relativo a Lady Armonía Ltda. no ha sido materia de ningún pronunciamiento, pues esta sociedad no fue parte en el juicio.

Para resolver se considera

Conforme al artículo 7º de la Ley 16 de 1969 el error de hecho es motivo de casación laboral solamente cuando proviene de falta de apreciación o de apreciación errónea de un documento auténtico, de una confesión judicial o de una inspección ocular.

El ataque sintetizado contra la sentencia de autos versa fundamentalmente sobre un dictamen pericial, prueba distinta de aquellas tres relacionadas, a las que se circunscribe el presente recurso extraordinario, y no puede, en consecuencia, examinársela. Cierto que el acusador la vincula a la ins-

pección ocular practicada en el sub-lite; pero toda la argumentación se apoya en el experticio y no en la dicha diligencia, que nada recogió de aquel y que no contiene los datos que aduce el impugnante. Y cierto asimismo que de la pericia se afirma carácter de documento, para encuadrarla en las probanzas estimables según aquel precepto legal; pero es bien sabido que el dictamen de perito y la prueba de documento son medios de convicción que la ley y la doctrina registran separadamente, y que la jurisprudencia de la Corte no admite que se confundan los distintos medios legales con el acta que los contenga, por cuanto ello a más de injurídico desvirtuaría la restricción que se estableció legalmente para la casación laboral. La Sala comprende, pues, el esfuerzo de alegación del acusador, pero no puede recibirlo, por las razones expresadas.

De otra parte, el dictamen pericial se acusa por el recurrente, como dejado de apreciar y la sentencia, en cambio, exhibe que el fallador apoyó su juicio en dicha prueba, como lo hizo también en forma expresa en la inspección ocular, no pudiéndose, por lo tanto, imputarle error al Tribunal por ese motivo, pues si en alguna equivocación incurrió ello provendría de mala apreciación de las dichas probanzas, que es concepto distinto e incompatible además con el aducido en el recurso.

Con todo, si pudiese considerarse el ataque se le encontraría infundado, pues si el fallador no imputó como salario los $ 16.039.94 que se alegan conforme al dictamen pericial, y si ordenó deducir los $ 41.664.05 que consignó la sociedad demandada, ello obedeció a apreciación probatoria que no debe descalificarse y menos aún que configure un error de carácter ostensible, como se requiere en casación.

En efecto, el Tribunal liquidó sus condenas con base en salario que integró con el valor total de lo percibido de Punto Sport por comisiones, rechazando la descomposición de ellas en los rubros porcentuales contenidos en una cláusula contractual que juzgó ineficaz; esa integración, lógica en el juicio del fallador, se sujetó a las cifras presentadas por el dictamen pericial y acerca de estos dos puntos nada se controvierte. Pero no agregó, a la dicha base —y esto es lo que se le censura en primer término— la cantidad de $ 16.039.94 que el perito presentó como diferencia entre los $ 41.664.05 que consignó la sociedad demandada y el valor de lo correspondiente a cesantía y primas de servicio. Para la Sala el dictamen en cuestión no expresa claramente si aquella cantidad obedece a deducción del perito, en cuyo caso nada la respalda, o si fue tomada de las hojas de liquidación a que se remite la misma pieza pericial, que no se insertaron en la diligencia, ni nadie las abonó. En estas condiciones carecía de fundamentación este aparte del experticio y si el fallador no logró convicción acerca de que la suma referida constituyera salario, tal apreciación no es contraria a la evidencia y no puede considerarse constitutiva del error acusado. De modo semejante, si la sentencia ordenó deducir el total consignado por Tejidos de Punto Sport ello obedeció a que no hubo convicción judicial acerca de que los dichos $ 16.039.94 fuesen salario, y no teniendo este carácter no podían excluirse de una consignación por prestaciones sociales, hecho este último apreciado con respaldo en otras pruebas de que no se ocupa el ataque y que sostienen también la decisión judicial.

Todo lo anterior referido, para mayor claridad, al dictamen, en lo pertinente, y a la consignación que efectuó la sociedad demandada, pero aplicable también, porque las razones son las mismas, a las comisiones y a la consignación de Lady Armonía, para las que el cargo advierte que el Tribunal se fundó en otras consideraciones.

La presente acusación no es estimable.

Segundo cargo

Presenta violados los artículos 249, 186 y 306 del Código Laboral, así como "los de-

más textos complementarios y adicionales", sobre cesantía, vacaciones y primas de servicio, a consecuencia de error de hecho manifiesto en los autos, causado por la indebida apreciación de la diligencia de inspección ocular y del dictamen pericial, y la falta de apreciación "de las siguientes pruebas que equivalen a confesiones judiciales: acta de la diligencia de 22 de octubre de 1969 (Fls. 39 y sg. cuaderno principal) en cuanto a la solicitud de pruebas del reo y decreto de las mismas; y correspondencia del demandado aducida en dicha audiencia (Fls. 44 ibídem y sgtes.); declaraciones de Eugenia Márquez Montoya, Jefe de Personal del patrono; Humberto Barney López, Jefe de Ventas del patrono (Fls. 71 y sig. ibídem); copias auténticas de una actuación del señor Juez 1º Municipal de Trabajo de Bucaramanga (Fls. 10 a 16 del cuaderno 2º), y carta de despido".

El error que le imputa el recurrente al Tribunal consistió "en que aunque de la diligencia de inspección y del dictamen pericial aparece con evidencia que el demandante no tenía sino un contrato de trabajo con Tejidos de Punto Sport Ltda." ... "el fallo decidió que tuvo dos contratos, haciendo a un lado las obligaciones que su único patrono, Tejidos Punto Sport Ltda. contrajo para con el trabajador por razón de las ventas que éste, por convenio con aquel, hizo de artículos de Lady Armonía o Lady Armonía Ltda.".

El recurrente examina las probanzas reseñadas para significar que ellas establecen que solo hubo un contrato de trabajo, entre José Uriel Gómez Aristizábal y Tejidos de Punto Sport, Juan Pablo Lozano R. e hijos Ltda., en cumplimiento del cual el demandante vendió también artículos de Lady Armonía Ltda., sociedad administrada, manejada o dominada por la demandada, sin que pueda considerarse a Lady Armonía como una sociedad jurídicamente distinta, sobre lo cual no hay prueba idónea, y no dos contratos, separadamente, con cada una de las dichas sociedades, como lo apreció el fallador y a consecuencia de lo cual dejó de estimar como salario del trabajador las comisiones y gastos de representación causados por las ventas de productos de Lady Armonía para el efecto del cómputo de la base salarial para liquidar las condenas, "haciendo, desde luego, las deducciones del caso por razón del depósito hecho por el patrono el 5 de mayo de 1969 a la orden del Juzgado Municipal del Trabajo de Bucaramanga".

Para el opositor la lectura de la demanda inicial revela que la sociedad Fábrica de Tejidos de Punto Sport Juan Pablo Lozano R. e Hijos Ltda. fue la única demandada y con ella se adelantó todo el debate judicial, por lo que tanto el Juez de primer grado como el Superior se circunscribieron a las relaciones de trabajo con esa parte en la litis, y la acusación se apoya en un hecho inexistente, ajeno a la controversia, al pretender error en cuanto no se definió la situación laboral de Gómez con Lady Armonía, sociedad que ni fue demandada ni compareció a juicio ni con ella se discutió ninguna relación contractual, agregando que la mención del perito a esta última sociedad fue una observación de carácter personal y las demás referencias que se aducen no tienen relación con la presente litis, en la que el apoderado del actor no manifestó, ni en el libelo inicial ni en ninguna de sus intervenciones, las relaciones que pudiera tener Gómez con Armonía Ltda.

Se considera

De nuevo ha de recordarse que en laboral el error de hecho solo es motivo de casación cuando proviene de la falta de apreciación o de la mala apreciación de las probanzas que singulariza el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, lo que impide considerar cualquiera otra distinta, como el dictamen pericial y los testimonios que destaca el acusador en este cargo, así se les presente a través del acta de la diligencia que las recoja o se les afirme equivalencia de confesión judicial.

Mas para resolver el ataque, en lo atendible por razón de sus otras pruebas, debe observarse que el Juzgado no imputó para liquidar sus condenas las comisiones percibidas por el demandante Gómez de Lady Armonía Ltda., como lo reclama ante la Corte

el acusador. La verificación de este extremo de la litis por la Sala establece que su definición de primer grado se basó en lo devengado de la sociedad demandada, así como se ordenó entregar lo consignado por ésta, y no en los valores correspondientes a Lady Armonía por uno y otro conceptos. Esa decisión del a-quo fue apelada por los litigantes, y en lo que respecta a Gómez Aristizábal la alzada se sustentó en consideraciones relativas a la acción por despido injusto (que no ha trascendido al recurso extraordinario, conformándose el recurrente con la absolución de los juzgadores) y a los "salarios caídos" (de que se ocupa el cargo tercero) limitándose, en lo concerniente a cesantía, primas y vacaciones, a reclamar que se dedujera —para satisfacer la condena del Juzgado de valor total de $ 45.613.20 —lo consignado por Tejidos de Punto Sport en cantidad de $ 41.664.05, alegándose que esta suma incluía comisiones y solo debían descontarse $ 25.624.04, correspondientes a prestaciones (Fls. 6 a 8 del cuaderno 2º). En ningún momento se procuró, en la segunda instancia, que se incluyesen las comisiones percibidas de Lady Armonía Ltda., ni para aumentar la base salarial de liquidación de las condenas ni para admitir descuento de suma alguna de lo consignado por esa otra sociedad, ni para involucrar en la controversia aspectos atinentes a la existencia de Lady Armonía o de su condición de filiar o de su unidad de empresa con la demandada, respetándose la concreción que se hizo de la litis a lo devengado de la sociedad demandada y a lo consignado por ella. El cargo constituye entonces un medio nuevo en casación, por cuanto lo que pretende no fue sometido al juzgamiento de instancia y se muestra solo ahora ante la Corte. Debiéndose agregar que si se le estimaba implícito en el libelo inicial, por cuanto éste accionaba conforme a lo que resultara probado por concepto de salario, frente a la definición de primer grado, en la forma relatada, no gravada en la apelación, en este punto concreto, como también se ha dicho, no puede revivírsela en casación, por habérsela consentido procesalmente, lo que, en este último supuesto considerado, priva de interés en el recurso extraordinario.

Puede todavía expresarse que aunque algunas de las probanzas de que se vale el acusador inclinasen el entendimiento en el sentido de su alegación, las otras no estimables por las restricciones del recurso y las demás que revelan la existencia de Lady Armonía, su condición de sociedad distinta de la demandada, incluyendo su consignación propia y separada, mantienen el juicio del fallador, en forma tal que, en ese mejor supuesto para el recurrente, no se configura un error de carácter manifiesto, como se requiere para la prosperidad de este recurso.

Todo lo cual impone la desestimación del cargo, por razones distintas a las del opositor.

Tercer cargo

Acusa interpretación errónea de los artículos 65 y 57-7 del Código Sustantivo del Trabajo.

Respecto de aquella norma el recurrente expresa que el Tribunal apreció la consignación o los dos depósitos que hizo el patrono (aludiendo en este último punto a los efectuados por la sociedad demandada y por Lady Armonía Ltda.) y les confirió poder liberatorio, a pesar de que por la forma como fue o fueron efectuados —y el acusador relata sus circunstancias de modo, tiempo y lugar— no pudo recibirla el trabajador o no pudo éste recibir los dineros correspondientes sino hasta el 25 de agosto de 1969, después de varios reclamos e incidencias. Por donde afirma que hubo culpa del patrono.

Y acerca del segundo precepto destacado alega que él establece la presunción de que el trabajador elude, dificulta o dilata el examen médico cuando no se presenta a éste transcurridos cinco días a partir de su retiro del empleo, a pesar de haber recibido la orden correspondiente, y el Tribunal no entró "a considerar las circunstancias peculiares para determinar si la presunción" era aplicable al caso, sino que le atribuyó "un valor absoluto", "sin considerar las pruebas que establecen que el trabajador no eludió,

dificultó o dilató el examen médico, por su culpa, sino que lo pidió en la primera oportunidad que tuvo, cuando se hizo presente en Cali a recibir los salarios pendientes y las prestaciones que, según la carta de despido, estaban a su disposición en el domicilio del patrono".

Para el opositor el patrono consignó, sin condiciones, en el domicilio del trabajador, una suma mayor de la que le correspondía al trabajador, abundando en buena fe, y cualquier demora en su entrega, por la tramitación que le dio el Juez de Bucaramanga a la solicitud de Gómez, no puede atribuírsele o culpársele, sancionándolo. Y en cuanto al segundo asunto del cargo, sostiene que ni el trabajador se presentó al examen médico para la certificación indicada ni acreditó en el juicio la otra condición del precepto legal, sobre que se hubiese sometido a examen médico al ingresar al empleo o durante la vigencia del contrato laboral.

Se considera

El cargo persigue la indemnización moratoria por dos motivos: la no cancelación de los derechos laborales a la terminación del contrato y la falta de poder liberatorio en la consignación que efectuó el patrono, el uno, y porque no se expidió el certificado médico de salida del empleo, el otro. Ambos en el concepto de interpretación errónea de los textos legales que invoca el acusador. Pero tal concepto es inatendible frente a la decisión recurrida, que se informó en la ausencia de culpa en el patrono, en cuanto a la demora en la entrega de lo que consignó, en razón de las pruebas analizadas por el fallador, y en atención a la culpa del trabajador al no presentarse al examen médico dentro del término debido, conforme también a las probanzas.

Se tiene entonces que el pronunciamiento judicial reposa en las pruebas, en la cuestión o cuestiones de hecho apreciadas conforme a ellas, respecto de los dos asuntos cuestionados, esto es, que no hubo culpa en el patrono en la demora para que el Juzgado le entregase al trabajador lo que aquel había consignado y que, en cambio, fue el trabajador quien eludió el examen médico o no se presentó a él dentro del término debido, y el acusador afirma todo lo contrario, en relación con esos mismos hechos. Es decir, que el recurrente tiene una apreciación de ellos completamente opuesta a la del Tribunal. En estas condiciones, la decisión del ad-quem, solo podría examinarse a través de acusación por error de hecho, por pretenderse que las cuestiones fácticas acontecieron de modo distinto a como fueron juzgadas, y no por la de la interpretación errónea que se ha propuesto, incompatible con el examen de toda probanza.

Debe, en consecuencia, desestimarse el cargo.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia objeto del presente recurso, proferida el 8 de marzo de 1971 por el Tribunal Superior de Cali en el ordinario de trabajo de José Uriel Gómez contra Fábrica de Tejidos de Punto Sport, Juan Pablo Lozano R. e Hijos. Limitada.

Costas al recurrente.

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

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONCURRENCIA DE CONTRATOS

La jurisprudencia ha estimado que es posible y admisible esta concurrencia. — Para la validez de estos contratos no puede afectarse con ellos el orden público y las buenas costumbres, ni disminuirse, concretamente, el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., veintinueve de octubre de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

(Acta número 44).

El señor General Rafael Calderón Reyes, mayor y vecino de Bogotá, demandó por medio de apoderado judicial a la Fundación Universidad de Bogotá "Jorge Tadeo Lozano" entidad domiciliada en Bogotá, para que mediante los trámites de un juicio ordinario laboral se hicieran las siguientes condenaciones:

"Primera. Condenar a la Fundación Universidad de Bogotá "Jorge Tadeo Lozano" a pagar a mi poderdante los sueldos debidos así: a) Del 20 de junio al 14 de julio de 1966 como Director Administrativo, a razón de $ 5.000.00 mensuales; b) Del 20 de junio al 13 de julio del año en curso como Director del Instituto de Administración de Empresas y Relaciones Industriales, a razón de $ 3.000.00 mensuales; c) Por concepto de clases como profesor de Administración de Empresas, las horas dictadas del 20 de junio al 8 de julio del año en curso, a razón de $ 30.00 cada una; d) Del 22 de noviembre de 1962 al 14 de julio de 1966 como Director del Instituto de Bachillerato de la Universidad, con base en el sueldo de los Directores de Instituto de la Universidad, o en el que se fije como determina la ley; y e) Las horas de clase como profesor de Orientación Profesional dictadas del 20 de junio al 14 de julio de este año, a razón de $ 20.00 cada una. Segunda. Condenar a la Fundación Universidad de Bogotá "Jorge Tadeo Lozano" a pagar a mi mandante el valor de las prestaciones sociales a que tiene derecho de acuerdo con la siguiente discriminación: **Cesantía:** a) Del primero de octubre de 1957 al 14 de julio de 1966, es decir la correspondiente a 8 años, 9 meses, 14 días de servicio, con el cargo de Coordinador Técnico al principio y luego como Director Administrativo, con base en el sueldo de $ 5.000.00 mensuales; b) Del 8 de noviembre de 1961 al 13 de julio de 1966, o sea la correspondiente a 4 años, 8 meses, 6 días de servicio, con el cargo de Director del Instituto de Administración de Empresas y Relaciones Industriales, con base en el sueldo de $ 3.000.00 mensuales; c) Del 8 de febrero al 8 de julio de 1966, como Profesor de Administración de Empresas, con base en el sueldo que resulte probado; d) Del 22 de noviembre de 1962 al 14 de julio de 1966, o sea la correspondiente a 3 años, 7 meses, 23 días de servicio, como Director del Instituto de Bachillerato, con base en el sueldo que se establezca conforme a la ley; y e) Del 22 de noviembre de 1962 al 14 de julio de 1966, como Profesor de Orientación Profesional, con base en el sueldo que resulte probado. **Vacaciones:** a) Las causadas por los años de servicio cumplidos el 30 de septiembre de los años 1960|61|62|63|64|65 y parte de 1966 hasta julio 14, con base en $ 5.000.00 de sueldo mensual; b) Las causadas por los años de servicio cumplidos el

7 de noviembre de 1964/65 y parte de 1966 hasta julio 13, o sea las correspondientes a dos años, ocho meses, seis días de trabajo, como Director del Instituto de Administración de Empresas y Relaciones Industriales, con base en un salario de $ 3.000.00 mensuales; c) Las causadas por el año de servicio cumplido el 21 de noviembre de 1965 y parte de 1966 hasta julio 14, como Director del Instituto de Bachillerato, con base en la remuneración que establezca; y d) Las causadas por los años lectivos de 1963/64/65 y parte de 1966 hasta julio 8, como profesor de Orientación Profesional, con base en el sueldo promedio que resulte probado. **Prima de servicios:** a) Las correspondientes a los semestres cumplidos en 30 de junio y diciembre de los años 1963/64/65 y junio de 1966, como Director del Instituto de Bachillerato con base en el salario que se establezca y b) La correspondiente a los servicios prestados como Profesor de Orientación Profesional por 3 años, 7 meses, 23 días, con base en el salario promedio que resulte probado. Tercera. Condenar a la Fundación Universidad de Bogotá "Jorge Tadeo Lozano" a pagar a mi mandante las indemnizaciones a que tiene derecho así: **Indemnización por terminación unilateral del contrato:** a) Del contrato de trabajo como Director del Instituto de Administración de Empresas y Relaciones Industriales, teniendo en cuenta que prestó servicios por 4 años, 8 meses, 6 días a razón de $ 3.000.00 mensuales y que esos nombramientos se hacen por dos años y se prorrogan por períodos iguales; y b) Del contrato de Director Administrativo (previamente de Coordinador Técnico) que duró 8 años, 9 meses, 14 días a razón de $ 5.000.00 mensuales. **Indemnización por falta de pago:** Una suma igual al último día de salario por cada día de retardo de acuerdo con el Art. 65 del C. S. T., por cuanto la suma consignada no corresponde en lo más mínimo a lo que la Fundación resulta a deber a mi poderdante "después de un juicio lógico y jurídico".

Según los hechos de la demanda el General Rafael Calderón Reyes fue uno de los fundadores de la Universidad de Bogotá "Jorge Tadeo Lozano" y signatario de la escritura por medio de la cual se constituyó la sociedad de responsabilidad limitada Universidad de Bogotá "Jorge Tadeo Lozano". Entró a trabajar en ella el 1º de octubre de 1957 con el cargo de Coordinador Técnico, con un sueldo mensual de $ 2.000.00, y al transformarse la sociedad en Fundación, continuó prestando sus servicios con el cargo de Director Administrativo con un sueldo mensual de $ 5.000.00, "hasta el 14 de julio de 1966, trabajando en total ocho años, nueve meses, catorce días. También prestó sus servicios a la entidad demandada como Director del Instituto de Administración de Empresas y Relaciones Industriales desde el día 8 de noviembre de 1961 hasta el día 13 de julio de 1966, o sea durante cuatro años, ocho meses, seis días con un sueldo de $ 3.000.00 mensuales; desde el 8 de febrero hasta el 8 de julio de 1966 dictó la cátedra de Administración de Empresas en el mencionado Instituto, en promedio de 16 horas mensuales, a razón de $ 30.00 cada una. Además, trabajó como Director del Instituto de Bachillerato de la Universidad desde el 22 de noviembre de 1962 hasta el 14 de julio de 1966, y por este concepto le adeuda la demandada la totalidad de los sueldos y las prestaciones sociales a que tiene derecho, pues aun cuando la Sindicatura de la Universidad fue autorizada para liquidar tal contrato, aún no lo ha hecho. En el Instituto de Bachillerato también dictó la cátedra de Orientación Profesional, en promedio 16 horas semanales a razón de $ 20.00 cada una, durante tres años siete meses veintitrés días. El contrato como Director del Instituto de Administración de Empresas y Relaciones Industriales fue terminado sin justa causa y unilateralmente por la Fundación, y el retiro del cargo de Director Administrativo fue una consecuencia lógica del despido injusto del primer cargo. La Fundación no ha pagado al demandante las indemnizaciones a que tiene derecho por la terminación unilateral de los contratos, ni la cesantía por todos los trabajos prestados, ni las vacaciones, con excepción de las correspondientes a los dos primeros años, ni los sueldos como Director del Instituto de Bachillerato desde el 22 de noviembre de 1962, y los demás desde el 20 de junio de 1966, y le debe la indemnización de que trata el artículo 65 del Código

Sustantivo del Trabajo, pues la suma de $ 51.528.41 que fue consignada a su favor, dista mucho del valor real de lo que se le adeuda.

Como fundamento de derecho invocó los artículos 22 y siguientes; 27, 29, 61, 64, 65, 67, 101, 102, 186, 249-58, 306 y demás pertinentes del Código Sustantivo del Trabajo.

Al contestar la demandada el apoderado de la Fundación Universidad de Bogotá "Jorge Tadeo Lozano" se opuso a que se accediera a las súplicas consignadas en la parte petitoria; negó los hechos y propuso las excepciones de pago, prescripción, compensación e inexistencia de la obligación.

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juez Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, que conoció del juicio, dictó sentencia por medio de la cual condenó a la Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano a pagar al General Rafael Calderón Reyes la suma de sesenta y dos mil ciento cincuenta y nueve pesos ($ 62.159.00) a título de indemnización por terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo; declaró probada la excepción de pago en relación a los sueldos reclamados y a la cesantía, vacaciones y primas de servicio, la absolvió de los demás cargos de la demanda y la condenó al 30% de las costas.

Ambas partes apelaron. El **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá**, Sala Laboral, al decidir la alzada modificó la condena por concepto de indemnización por ruptura unilateral del contrato, en el sentido de fijar su cuantía en la suma de sesenta y tres mil ochocientos noventa y tres pesos con 31/100 ($ 63.893.31), y confirmó el fallo de primer grado en todo lo demás. No hizo condena por las costas de la segunda instancia.

Los apoderados de las partes interpusieron el recurso de casación. Concedido por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte el doble recurso se decidirá previo el estudio de las respectivas demandas de casación.

Recurso del trabajador demandante

Pretende "La casación parcial de la sentencia acusada, para que, convertida la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en Tribunal de instancia, revoque la sentencia de primer grado en la parte desfavorable al demandante y en su lugar condene a la entidad demandada a pagar al actor de conformidad con las súplicas de la demanda, los pedimentos no satisfechos: salario correspondiente a las tareas como Director del Instituto de Bachillerato, la cesantía, prima de servicio y vacaciones correspondientes al cargo de Profesor de los Institutos de Bachillerato y Administración de Empresas, y la indemnización moratoria por el no pago oportuno de salarios y prestaciones".

Aun cuando el recurrente no expresa qué parte de la sentencia acusada debe casarse, limitándose a solicitar que sea casada parcialmente, entiende la Sala que se pide el quebrantamiento del fallo de segundo grado en cuanto confirmó las absoluciones del a-quo en relación a las peticiones sobre salarios, cesantía, prima de servicio y vacaciones. Bajo este entendimiento se estudiarán los ocho cargos que formula, todos con base en la causal primera de casación.

Primer cargo

"Impugno la sentencia por infracción directa, por interpretación errónea del Art. 26 del C. S. del T.

Fundamentación del cargo

La sentencia recurrida es un trabajo importante que contiene un juicioso estudio en lo relacionado con la terminación unilateral de determinadas relaciones laborales. Sin embargo, está presidida por error de interpretación de la norma precitada que lleva al sentenciador a varias incongruencias, como la de tener como base diferentes salarios para determinar la cesantía, la prima de servicios y las vacaciones, por ejemplo. Si bien es cierto que el Juzgador consideró el artículo 26, no lo es menos que le dio un sentido distinto a su verdadero conteni-

do. En el caso sub-lite no hay en realidad desacuerdo en cuanto a las áreas desarrolladas por el demandante al servicio de la demandada, que fueron las de Director Administrativo, Director del Instituto de Administración de Empresas, Director del Instituto de Bachillerato y Profesor de los Institutos de Bachillerato y Administración de Empresas. Esto lo acepta el ad quem, páginas 225 y 226, pero por motivo de no estar en su concepto "establecido el sueldo en el juicio", y de no estar "plenamente comprobado el número de clases y valor de cada una de ellas" —lo cual es verdad, pero no lo es menos que está comprobado (folio 78) que el salario promedio por este concepto fue de $ 673.33 llegó a la conclusión de que: "Sí las actividades desarrolladas por el demandante lo fueron con un único patrono para una misma actividad, con la salvedad anotada, funciones o actividades que se cumplieron simultáneamente, sin jornadas predeterminadas para cada una de ellas, debe llegarse a la conclusión lógica de que se trata de una sola relación laboral, con diferentes funciones que fueron coetáneas o simultáneas y por las cuales recibió el actor una o más asignaciones". En nuestro concepto, lo esencial para que se dé la coexistencia de contratos de trabajo es que haya relaciones laborales independientes, es decir que la una no esté involucrada en la otra, que una pueda desaparecer sin afectar las demás. De consiguiente no es necesario que la labor se cumpla al servicio de dos o más patronos; las tareas deben ser diferentes, pero no al punto de pertenecer a una actividad distinta de la general ejercida por el patrono, por ejemplo dictar una clase y tomar medidas administrativas como miembro del Consejo de Administración o Director Administrativo, y por último no es indispensable que todos los contratos sean perfectos en todo sentido. Estimamos que el artículo 26 del C. S. del T. es una preposición (sic) jurídica completa cuya violación da lugar al recurso de casación y en el caso sub-lite una definición sobre el particular es muy importante como que conduce al fallador a observar las normas que consagra la remuneración de todo trabajo dependiente, la irrenunciabilidad del salario, la determinación del mismo cuando no se haya pactado expresamente y las que consagra el pago de salarios, cesantía, prima de servicios y vacaciones (artículos 27, 142, 144, 186, 249, 306 del C. S. del T.), en relación con las tareas desarrolladas por el demandante como Director del Instituto de Bachillerato".

Se considera

En la enunciación del cargo se habla de dos conceptos incompatibles, como son el de la infracción directa de la ley y la interpretación errónea de la misma; sin embargo de la lectura de todo su contexto se infiere que la acusación se predica por el segundo motivo de casación, subsanándose así la falla de la técnica anotada.

Para que sea viable la acusación por interpretación errónea de la ley es necesario que el fallador haya decidido cuál es el pensamiento de la norma, desentrañando su contenido, para hacer la comparación con la interpretación correcta, y poder la Corte corregir los errores y desviaciones en el juicio que haya elaborado el juzgador. Corresponde al impugnador, en consecuencia, expresar en qué consistió el erróneo entendimiento de la norma y cuál es, según criterio, la correcta interpretación de la misma.

En el cargo que se estudia el recurrente se limita a afirmar que el sentenciador le dio un sentido distinto de su verdadero contenido al artículo 25 del Código Sustantivo del Trabajo, sin que indique cuál fue la desviación respecto al recto entendimiento de la norma que acusa como violada. Los pasajes del fallo recurrido que transcribe, no contienen una interpretación de la norma; se refieren a cuestiones de hecho de las cuales deduce el Tribunal Superior conclusiones también fácticas que por sí mismas no constituyen una interpretación del artículo 25 del Código Sustantivo del Trabajo, norma a la cual no se alude, expresa e implícitamente, en el parágrafo mencionado.

Por otra parte, el impugnador considera que el artículo 25 del Código Sustantivo del Trabajo es una proposición jurídica com-

pleta, afirmación que no es exacta, pues no consagra derecho material alguno. La proposición podría integrarse con las normas sustanciales que cita al final de la acusación referentes al auxilio de cesantía, prima de servicios, y vacaciones; pero no señala la forma en que se produjo su violación ni la incidencia que haya podido tener en la parte resolutiva del fallo recurrido que deba casarse, cuya concreción para los fines del cargo también omite.

Las faltas de carácter técnico a que se ha hecho referencia hacen que el cargo sea incompleto, por lo cual se rechaza.

Segundo cargo

"Impugno la sentencia por infracción indirecta de los artículos 24, 26 y 27, en concurrencia con los artículos 196, 197, 138, 142, 143, 144, 135, 249 y 306 del C. S. del T., por causa de errores de hecho que impidieron su aplicación.

Los errores de hecho que atribuye al adquem son los siguientes: a) Dar por demostrado, estando establecido lo contrario, que no existió sino una relación laboral; b) Considerar tácitamente, no habiendo ninguna prueba para ello, sino todo lo contrario, que la remuneración por concepto de la dirección del Instituto de Bachillerato estaba involucrada en las otras remuneraciones recibidas por el demandante.

Los errores de hecho los hace derivar: a) de la falta de apreciación de los documentos auténticos que obran a los folios 78 y 80, que provienen de la demandada y fueron allegados al expediente en una inspección ocular, y del documento que obra al folio 10, que no fue tachado de falso, sino confirmado por el Presidente de la Universidad; y b) de la apreciación errónea del documento que obra a folios 32 a 36, y de la inspección ocular, folios 82 a 86 y 104 a 113.

Al referirse a los documentos que obran a folios 78 y 80, el recurrente dice que ha debido dárseles el mismo tratamiento que se le dio al documento de folio 79 o sea el de acreditar la relación específica que se indica, y que de ellos se deduce que la demandada consideró los cargos de Director del Instituto de Administración de Empresas y Profesor de los Institutos de Bachillerato y Administración de Empresas como relaciones laborales distintas y las liquidó separadamente, y que el cargo de Director de Bachillerato no estaba involucrado en ninguno de los demás cargos. Cuanto al documento de folio 10, afirma que por medio de el se puso fin al contrato de trabajo o tareas como Director del Instituto de Bachillerato, independientemente de las demás relaciones laborales, y reconoció al Consejo de Administración que debía proceder a liquidar y pagar lo que se debe al trabajador. Agrega que si dichas tareas hubieran estado involucradas en las de los demás cargos, posiblemente el Consejo hubiera ordenado la disminución de la remuneración correspondiente en proporción a las funciones que dejaba de ejercer el trabajador.

Respecto a las pruebas que estima erróneamente apreciadas, el impugnador dice que en el documento que obra a los folios 32 a 36 están determinadas las funciones o tareas del Director del Instituto de Bachillerato, diferentes a las del Director Administrativo y a las del Director de Administración de Empresas y Profesor de la Universidad; y que la inspección ocular fue apreciada erróneamente, al deducir implícitamente el ad-quem que como no se encontró pago alguno referente a la Dirección del Instituto de Bachillerato, la remuneración por este concepto podía incluirse en los otros cargos, cuando la conclusión lógica que debía sacarse del análisis es la de que la Universidad solamente satisfizo los salarios y prestaciones de dos cargos: Director Administrativo y Director del Instituto de Administración de Empresas.

Se considera

Sobre la vinculación del señor General Rafael Calderón Reyes a la Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, se expresó así el Tribunal Superior:

"Con fundamento en el análisis anterior debe estudiarse, como atrás se dice, si nos

encontramos frente a una coexistencia de contratos con un solo patrono y no concurrencia de contratos, como lo señala el a-quo. En efecto, la doctrina y la jurisprudencia han venido sosteniendo que para que pueda configurarse una coexistencia de contratos entre un individuo con distintos patronos siempre —se necesita— que las tareas no coexistan en la ocasión, momento u oportunidad, vale decir, de funciones u obligaciones que no sean coetáneas o contemporáneas, lo que impide en principio la configuración de la coexistencia de contratos entre un trabajador con un mismo patrono. Porque ésta puede llegar a establecerse cuando se trata de contratos de trabajo entre las mismas partes para objetos diferentes y con jornadas plenamente preestablecidas. En el caso sub-judice, hay identidad entre los sujetos del contrato de trabajo y las actividades que desempeñó el trabajador fueron las mismas y ordinarias a que se dedica el patrono, especialmente las administrativas como son la de Director Administrativo, Director del Instituto de Administración de Empresas y Director del Colegio de Bachillerato. En cuanto a las dos cátedras regentadas en los Institutos de Administración y de Bachillerato, aunque pudiera pensarse en una posible coexistencia por tratarse de objetos diferentes, funciones administrativas y docentes, no se acreditó suficientemente dentro del plenario del juicio, los elementos o requisitos necesarios para la configuración de varios contratos de trabajo diferentes al inicialmente pactado entre Calderón Reyes y la Universidad. Si las actividades desarrolladas por el demandante lo fueron con un único patrono para una misma actividad, con la salvedad anotada, funciones o actividades que se cumplieron simultáneamente, sin jornadas predeterminadas para cada una de ellas, debe llegarse a la conclusión lógica de que se trata de una sola relación laboral, con diferentes funciones que fueron coetáneas o simutáneas y por los cuales recibió el actor una o más asignaciones".

Las pruebas señaladas por el recurrente como inapreciadas o apreciadas erróneamente, no desvirtúan que las actividades desarrolladas por el demandante lo fueron para un único patrono, cumplidas simultáneamente, sin jornadas predeterminadas para cada una de ellas, hechos que condujeron al ad-quem a la conclusión de que existió una sola relación laboral, y esta calificación de los hechos no es ilógica, porque la relación de trabajo puede ser una, aun cuando sean varias y distintas las modalidades en que se cumpla, y varios también los contratos de trabajo que la regulan.

Este fenómeno, que no está regido por el artículo 25 del Código Sustantivo del Trabajo, como lo estimó el a-quo, ni por el 26 ibídem, como lo apreció el Tribunal Superior, puede presentarse y producir efectos legales, porque no hay norma que prohiba la celebración dos o más contratos de trabajo entre las mismas partes. La jurisprudencia ha estimado que es posible y admisible esta concurrencia, como puede verse en sentencia de cinco de junio de mil novecientos cincuenta y cuatro del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo. Claro es que para la validez de estos contratos no puede afectarse con ellos el orden público y las buenas costumbres, ni disminuirse, concretamente, el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores, pues de lo contrario uno, varios o todos de los contratos no producirían ningún efecto según el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo.

En estos casos de dualidad o variedad de contratos de trabajo entre las mismas partes, patrón y trabajador, la relación laboral es una, sometida a diferentes regulaciones convencionales en cuanto a la prestación de servicios por parte del trabajador y al consecuencial pago de la remuneración por parte del patrono. Así la labor desarrollada puede ser diferente bajo uno u otro contrato, como algunas de sus obligaciones en cuanto al modo, tiempo y lugar de prestación de servicios, y diferentes también la remuneración que recibe el trabajador, en relación con la cuantía, forma y periodo de pago. Estas modalidades, acordadas en dos o más contratos, son también susceptibles de pactarse en una sola convención, o adicionarse la primitiva con las nuevas que

posteriormente se acuerden. Pero en uno u otro evento la relación laboral es una sola, pues la subordinación subsiste en todos los contratos, así como el aprovechamiento que hace el patrono de los servicios prestados por el trabajador.

De manera que no incurrió el fallador de segunda instancia en error de hecho al dar por demostrado que entre el señor General Rafael Calderón Reyes y Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, existió una sola relación laboral, aunque las partes hubiesen celebrado dos o más contratos de trabajo.

En relación con el salario del señor General Rafael Calderón Reyes como Director del Instituto de Bachillerato de la entidad demandada, dijo el ad-quem:

"En cuanto al desempeño del cargo de Director del Instituto de Bachillerato se ha demostrado con las constataciones que se hicieron en la continuación de la Inspección ocular (folios 104 a 113), como con las documentales que a ella se agregaron y que hacen parte integrante de la misma, que el demandante Calderón Reyes realizó dicho cargo, pero sin que se pudiera establecer el sueldo en el juicio, más cuando en la propia demanda se dice que no hubo acuerdo entre las partes. Además, no fue acreditado pericialmente como lo solicitó el actor en el libelo y simplemente en la referida diligencia de Inspección ocular se constató el pago de salario para el personal subalterno del Instituto de Bachillerato, pero sin remuneración alguna, para el General Calderón Reyes y sin que pueda tomarse el sueldo fijado con posterioridad al retiro del actor para el actual Director del Instituto de Bachillerato".

De lo transcrito no se deduce, ni siquiera tácitamente, que el Tribunal Superior hubiera considerado que la remuneración del demandante como Director del Instituto de Bachillerato estaba involucrado en las otras remuneraciones que recibió. Lo único que se desprende de las consideraciones contenidas en dicho pasaje, es que no encontró demostrado el salario correspondiente a la labor desarrollada en ese cargo. En consecuencia mal puede atribuírsele un error de hecho en el cual no incurrió.

No habiéndose demostrado los errores de hecho que se le imputan al Tribunal Superior, el cargo no prospera.

Tercer cargo

"Se impugna la sentencia por infracción directa, por falta de aplicación de los artículos 27 y 142 del C. S. del T., y como consecuencia de los artículos 138, 144, 186, 249 y 306 del mismo Código.

Fundamento del cargo

La impugnación proviene de que no obstante la claridad de la situación fáctica en relación con el desempeño del cargo de Director del Instituto de Bachillerato por el demandante, el sentenciador se abstuvo de dar aplicación a las normas sustanciales consagradas en los artículos 27 y 142 que determinan que 'todo trabajo dependiente debe ser remunerado'," y que el salario es irrenunciable. El a-quo en la sentencia de primera instancia dijo: '"Con respecto al cargo de Director del Instituto de Bachillerato no hay duda ninguna de que el actor lo desempeñó, pues en el expediente obra copia del acuerdo por medio del cual se le nombró para desempeñar esta función, como también las pruebas acerca de la renuncia y su aceptacion de este cargo".' El adquem por su parte observó: '"En cuanto al desempeño del cargo de Director del Instituto de Bachillerato se ha demostrado con las constataciones que se hicieron en la continuación de la Inspección Ocular (folio 104 y 113), como con las documentales que a ella se agregaron y que hacen parte integrante de la misma, que el demandante Calderón Reyes realizó dicho cargo...'". Sin embargo, el sentenciador sencillamente olvidó los artículos 27 y 142 que se consideran violados o se rebeló contra ellos".

Se considera

El ad-quem no accedió a la petición sobre pago de los salarios correspondientes al car-

go de Director del Instituto de Bachillerato desempeñado por el demandante, por cuanto consideró que no se había demostrado el valor de la remuneración, sin que desconociera en abstracto el derecho a ella o sea que no se rebeló contra lo preceptuado en el artículo 27 del Código Sustantivo del Trabajo, ni admitió la renuncia del derecho al salario, cuya indeterminación en la cuantía, cuestión de hecho, sirvió de fundamento al fallador de segunda instancia para tomar su decisión absolutoria. Como no se produjo la infracción directa de las normas señaladas como violadas, el cargo no prospera.

o

Cuarto cargo

"Se impugna la sentencia por violación indirecta, a causa de error notorio de hecho que impidió la aplicación de los artículos 144, 138, 186, 249 y 306 del C. S. del T. respecto del cargo de Director del Instituto de Bachillerato.

Motivación del cargo

El aspecto que es materia de la presente impugnación hace referencia a la desestimación de la súplica de la demanda sobre la determinación de la remuneración del cargo de Director del Instituto de la Universidad, solicitud que se hizo en atención a que los Directores de Instituto de la Universidad devengaban un salario de $ 3.000.00 mensuales. Tratándose de funciones de igual categoría la remuneración tenía que ser la misma, como ocurre en el caso de la Universidad Nacional con los Decanos o en el Tribunal con los Magistrados sean ellos laborales, penales o civiles. Es decir, la remuneración en estas entidades se determinan funciones, por categoría. Y este fue el error en que incurrió el sentenciador. No consideró establecido, estándolo plenamente que la remuneración para Director de Instituto en la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano era de $ 3.000.00 en el año de 1966. Este error provino de la apreciación errónea de las siguientes pruebas que obran en el expediente en relación con este punto: 1º La inspección ocular (folio 86) donde aparece claramente que como Director del Instituto de Administración de Empresas el mismo demandante recibía la suma de $ 3.000.00 mensuales. 2º La confesión del Presidente de la Universidad, quien al absolver las posiciones que se le formularon al contestar la pregunta duodécima, página 41, dijo que era cierto que el Director de Bachillerato de ese entonces, que era quien había reemplazado al General Calderón Reyes, ganaba $ 3.000.00. Si se tiene en cuenta que en la inspección ocular que se verificó tiempo después de la absolución de posiciones no se encontró ninguna acta del Consejo de Administración en que se hubiera señalado este sueldo de $ 3.000.00 para el reemplazante del actor, es necesario concluir que la Universidad estaba aplicando la norma de que todo Director de Instituto en esa entidad tenía $ 3.000.00 de sueldo mensuales. Uno de los medios de prueba de la remuneración es su determinación pericial, evidentemente, pero no es la única. Y en el caso sub-judice realmente se mencionó pero la parte demandante estimó que no era necesario, y sigue considerando lo mismo, por existir en el expediente las pruebas inequívocas que se han mencionado. El Juez laboral en nuestro concepto no puede seguir la línea de menor resistencia y desestimar o permitir que los derechos del trabajador sean vulnerados por determinadas deficiencias en los contratos de trabajo, y para el caso sub-judice la ley dio la norma (artículo 144) para subsanar la falta ' "cuando no se haya pactado expresamente salario " y debe aplicarse".

Se considera

En la inspección ocular se tomó nota del sueldo de $ 3.000.00 devengado por el demandante como Director de Institutos y al absolver posiciones el Presidente de la entidad confesó que el del actual Director del Instituto de Bachillerato, o sea cuando contestó las posiciones, era de $ 3.000.00 mensuales. El impugnador presenta una serie de deducciones, o presunciones para llegar a la conclusión de que si el sueldo de los Directores de Institutos fue de $ 3.000.00 cuando el demandante prestaba sus servicios, y se fijó la misma asignación para quien lo reemplazó como Director del Ins-

tituto de Bachillerato, ha debido tomarse esa remuneración como la correspondiente al demandante cuando desempeñó dicho cargo. Pero el error de hecho no es manifiesto, como lo ha dicho la jurisprudencia, si para su demostración es necesario acudir a presunciones, conjeturas o deducciones, por razonables que ellas sean, pues en estos casos no resalta con notoriedad una contradicción del simple cotejo de los medios probatorios con las conclusiones del fallador de segunda instancia.

Como no se demostró el error de hecho, el cargo no prospera.

Quinto cargo

"Infracción indirecta por notorio error de hecho que impidió la aplicación del artículo 102 del C. S. del T., que hace relación a las vacaciones escolares.

Fundamento del cargo

El sentenciador incurrió en el notorio error de hecho de estimar satisfechas las obligaciones del patrono por el aspecto de vacaciones, cuando la verdad procesal es la de que la Universidad pagó las vacaciones del demandado en lo que respecta a los cargos administrativos, pero no en cuanto al cargo de Profesor que tiene una regulación especial en el artículo 102 que se considera violado. Olvidó este artículo que es aplicable a la relación laboral del profesor universitario. El error tiene por causa la falta de apreciación en documento auténtico proveniente de la Universidad y allegado al expediente en la Inspección Ocular que obra al folio 78. En este documento está claramente determinado lo que recibió el trabajador por salarios como profesor en los años de 1964, 1965 y 1966. Ni en la Inspección Ocular ni en ninguna otra parte demostró la Universidad que hubiera pagado las vacaciones correspondientes a estos salarios devengados en los diez meses de trabajo del año escolar, y a la Universidad correspondía la carga de la prueba. En consecuencia, la demandada debe pagar esta prestación".

Se considera

El artículo 102 del Código Sustantivo del Trabajo dice lo siguiente: "1. Para el efecto de los derechos de vacaciones y cesantía se entiende que el trabajo del año escolar equivale a trabajo en un año del calendario. 2. Las vacaciones reglamentarias del respectivo establecimiento dentro del año escolar serán remuneradas y excluyen las vacaciones legales, en cuanto aquellas excedan de quince (15) días".

El inciso primero, como puede observarse, no consagra el derecho a las vacaciones ni a la cesantía, sino que señala una equivalencia entre el año escolar y el año calendario para determinar cuándo, tratándose de vacaciones, se adquiere el derecho a disfrutarlas o a ser compensadas en dinero, derechos que están consagrados en normas que el impugnador no acusa como violadas, omisión que hace incompleta la proposición jurídica, como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia. En consecuencia se rechaza el cargo.

Sexto cargo

"Infracción indirecta por notorio error de hecho que impidió la aplicación del artículo 306 del C. S. del T. con relación al cargo de profesor, y al de Director del Instituto de Bachillerato".

Al sustentar la acusación el impugnador transcribe el pasaje del fallo recurrido en el cual se motiva la decisión absolutoria de la sentencia de primer grado, y luego argumenta así:

"La conclusión anterior es un error manifiesto del ad-quem proveniente de la falta de apreciación de tantas veces citado documento que obra al folio 78 que es una prueba que emana de la demandada. En este documento figura un salario promedio de $ 673.33 por concepto de clases, de febrero a julio de 1966. También figuran allí los sueldos pagados por 1964 y 1965. Pero la demandada no probó, debiendo hacerlo, que

hubiera pagado al trabajador las primas de servicios por las funciones de profesor como sí lo hizo con otros cargos, como puede verse a los folios 85 y 86 del expediente. No lo hizo porque no pagó las primas por este concepto. En relación con el cargo de Director del Instituto de Bachillerato el error proviene de la interpretación errónea de la Inspección Ocular, (folios 82 a 86 y 104 a 113), y la confesión del representante legal de la Universidad, folio 41. Documentos que fueron examinados detenidamente al formular el segundo cargo de este recurso y de consiguiente se estima que no es necesario repetir lo dicho. Determinados el salario y el tiempo servido y no habiendo probado la demandada el pago de la prima de servicios debe condenarse la Universidad por este concepto".

Se considera

Respecto a las primas de servicios dijo el Tribunal Superior: "Solicita el actor se condene a la demandada al pago de la prima de servicios relativas a los años de 1963, 1964, 1965 y primer semestre de 1966, en su condición de Director del Instituto de Bachillerato y la correspondiente a los servicios prestados como profesor de Orientación Profesional por 3 años, 7 meses y 23 días, con base en los salarios que se establezcan en el juicio. Pero como no se demostró pericialmente la remuneración por estos dos últimos cargos, lo cual hace inocuas estas peticiones, y conlleva a absolver a la demandada de los mismos cargos. Se confirma la decisión del Juzgado, pero con la anotación de que en la Sentencia recurrida se hizo referencia a la prima de servicios por conceptos no solicitados en la demanda".

Ahora bien: el documento que obra a folios 78, aportado al juicio por la parte demandada y tenido como prueba por el Juez de primer grado al practicar la inspección ocular (folio 84), contiene una "Liquidación de contrato de trabajo "de Rafael Calderón Reyes", por el cargo desempeñado como "Profesor y Admón. E.E.", por un tiempo de servicio de "2 años y seis meses" y un salario base de $ 673.33. De esta prueba no se deduce con evidencia que el sueldo devengado por el señor General Rafael Calderón Reyes como profesor de Orientación Profesional fue de $ 673.33, porque la denominación de la labor desempeñada es diferente, así como lo es el tiempo de servicios allí anotado del que se señala en la demanda inicial.

Cuanto al sueldo como Director del Instituto de Bachillerato el impugnador se remite en cuanto a la apreciación errónea de las pruebas, a lo argumentado en el segundo cargo, incurriendo así en falta de técnica, porque los cargos son independientes uno de otros, y deben formularse separadamente.

No habiéndose demostrado el error de hecho que se le atribuye al ad-quem, el cargo no prospera.

Por razones de método se estudiará el cargo octavo antes que el séptimo.

Octavo cargo

"Impugno la sentencia por infracción indirecta, por error manifiesto que impidió la aplicación del artículo 65 del C. S. del T.

Motivación del cargo

El sentenciador incurrió en el error de considerar oportunamente pagados los salarios y prestaciones sociales al demandante. Este error tiene por causa la falta de apreciación del documento que obra a los folios 87, 88 y 89 del expediente, que fue expedido por el Juzgado Séptimo Laboral Municipal. De conformidad con este documento la demandada consignó a favor del trabajador el 19 de noviembre de 1966 la suma de $ 460.00 "con destino al pago de los salarios debidos al General Rafael Calderón Reyes como profesor del Instituto de Administración de Empresas y el colegio de Bachillerato de la misma Universidad". Los salarios y otras prestaciones sociales correspondientes a otros cargos fueron consignados el 28 de julio de 1966. El salario promedio mensual por el cargo de profesor como se ha repetido tantas veces fue de $ 673.33, como puede verse al folio 78. Sa-

lario éste que debe tenerse como base para liquidar la indemnización desde el 11 de julio de 1966 hasta cuando el pago por consignación se verificó, o sea el 19 de noviembre del mismo año, porque realmente no puede considerarse este pago como oportuno pues tuvo lugar más de cuatro meses después de la terminación del contrato".

Se considera

El ad-quem llegó a la conclusión de que los salarios debidos y el auxilio de cesantía pedidos por el demandante habían sido pagados por la Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, con fundamento en la consignación que de su valor se hizo en el Juzgado Séptimo Laboral de Bogotá, copias de cuya diligencia se encuentran a folios 171, 172, 173 y 174 y que el impugnador no señala como erróneamente apreciada, omisión que impide la prosperidad del cargo de acuerdo con reiterada jurisprudencia según la cual si el fallador de segunda instancia ha dejado de estimar alguna o algunas pruebas, no es posible infirmar la sentencia si ella se funda en otra u otras que no han sido atacadas.

En consecuencia el cargo no prospera.

Séptimo cargo

"Se impugna la sentencia por infracción directa, por interpretación errónea del artículo 65 del C. S. del T.

Motivación del cargo

En relación con este punto el juzgador dijo: " "No se hace acreedor el patrono a la sanción de que trata el artículo 65 del C. S. del T. por cuanto en el presente negocio no se produce condena alguna por concepto de salarios y prestaciones sociales y además porque las peticiones de salarios debidos y auxilio de cesantía por los cargos atrás examinados, fueron pagados oportunamente (folios 171 a 174). Por tal razón debe absolverse a la demandada y así se confirma la decisión del a-quo". Nuestro concepto sobre este particular es que la sentencia viola el artículo 65 por interpretación errónea, por dársele a su contenido un sentido que no corresponde jurídicamente, cuando se dice que no es aplicable porque en el ' "presente negocio no se produce condena alguna por concepto de salarios y prestaciones sociales'." El sentido del artículo 65 es claro y debe aplicarse siempre que el patrono no pague al trabajador los salarios y prestaciones debidos a la terminación del contrato. De modo que si esto no ocurrió, debe aplicarse el artículo mencionado, salvo que haya buena fe demostrada para no hacerlo. Y este no es el caso en el asunto sub-lite".

Se considera

Son dos los fundamentos del fallo recurrido para no condenar a la idemnización por mora: que no se produjo condena alguna por concepto de prestaciones sociales y que los salarios debidos y el auxilio de cesantía demandados fueron pagados oportunamente. En el supuesto que el Tribunal Superior hubiese interpretado erróneamente el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo cuando dice que no hay lugar a indemnización por mora cuando no se produce condena por salarios y prestaciones sociales, quedaría en firme el otro soporte, o sea que lo pedido por esos conceptos se pagó, cuestión de hecho que fue atacada en el cargo octavo, acusación que no tuvo éxito. No habiéndose destruído uno de los fundamentos de la decisión, este cargo tampoco prospera.

Recurso del patrono demandado

Aspira el acusador a que esta Corporación infirme parcialmente el fallo recurrido, "en cuanto por su numeral 1º modificó el numeral 1º de la sentencia de primera instancia condenando a la Fundación Universidad de Bogotá, "Jorge Tadeo Lozano" en la cantidad de sesenta y tres mil ochocientos noventa y tres pesos con 31/100 ($ 63.893.31) m/cte., como indemnización por ruptura unilateral del contrato" y que en función de instancia reduzca la indemnización por despido a la suma de ocho mil doscientos noventa y cinco pesos con 75/100 ($ 8.295.75) moneda legal colombiana o sea,

lo que le correspondería al demandante como Director del Instituto de Administración de Empresas y Relaciones Industriales, teniendo en cuenta el tiempo laborado en esta Fundación durante 3 años, 6 meses y 11 días comprendido entre el 1º de enero de 1963 hasta el 11 de julio de 1966, y con un sueldo mensual de tres mil pesos ($ 3.000) m/cte.".

Con fundamento en la causal primera de casación formula el siguiente:

"Cargo único

La sentencia impugnada viola indirectamente, por aplicación indebida los artículos 7º y 8º, ordinal c) del Decreto 2351 de 1965, en relación con los artículos 22, 24, 25 y 26 del Código Sustantivo del Trabajo, a causa de errores de hecho que aparecen de modo manifiesto en los autos y por consecuencia de errónea apreciación de unas pruebas.

Demostración

Es evidente que para producir la condena como indemnización de perjuicios a cargo de la Fundación Universidad de Bogotá "Jorge Tadeo Lozano", a que se contrae la sentencia enjuiciada en su parte resolutiva, el Tribunal incurrió en los errores de hecho, que puntualiza a continuación y que aparecen de modo manifiesto en el proceso de conocimiento. a) No dar por demostrado, estándolo, contra todas las evidencias procesales, que el General Rafael Calderón Reyes prestó servicios a la Fundación Universidad de Bogotá "Jorge Tadeo Lozano" en distintas funciones, expresamente delimitadas en su objeto y tiempo, circunstancia que no contraría las leyes del trabajo y que enumero así: Director Administrativo desde el 1º de enero de 1957 al 11 de julio de 1966, con una última asignación de $ 5.000; Director del Instituto de Administración de Empresas y Relaciones Industriales del 1º de enero de 1963 al 11 de julio de 1966 y con una remuneración de $ 3.000.00; Profesor del Colegio de Bachillerato y del Instituto de Administración de Empresas desde febrero de 1964 al 11 de julio de 1966 y con un sueldo promedio de $ 673.33 y miembro del Consejo de Administración. b) No dar por probado, estándolo, que el General Rafael Calderón Reyes presentó renuncia irrevocable de las funciones que venía desempeñando en la Fundación Universidad de Bogotá "Jorge Tadeo Lozano" como Director Administrativo, Profesor y Miembro del Consejo de Administración, acto que no genera la indemnización de perjuicios inferida por el Tribunal y que se traduce en la suma de $ 55.597.56 m/cte. c) No dar por establecido, estándolo, que la desvinculación del General Rafael Calderón Reyes como Director del Instituto de Administración de Empresas y Relaciones Industriales por los servicios prestados entre el 1º de enero de 1963 al 11 de julio de 1966 y con un sueldo de $ 3.000.00, solo genera una indemnización contra la Fundación Universidad de Bogotá "Jorge Tadeo Lozano" en la suma de $ 8.295.75 m/cte., y no de $ 63.893.31 como lo hizo el fallador de segunda instancia. Y, d) Dar por probado, sin fundamento para ello, la " 'existencia de una sola relación laboral' " cuando el demandante solo comenzó sus funciones de Director del Instituto de Administración de Empresas y Relaciones Industriales desde el 1º de enero de 1963".

Como pruebas mal apreciadas indica la demanda inicial del litigio; la inspección ocular que obra a folios 81 a 86 y 104 a 113; las posiciones absueltas por el demandante (folios 59 a 67); el acta número 22 del Consejo de Administración, folios 99 a 103 y el documento de 13 de julio de 1966.

Para el impugnador, de los hechos tercero, cuarto y noveno, de la demanda, y de la petición atinente a indemnización de perjuicios se desprende claramente que no existió una sola relación laboral, pues el propio demandante quien declara en qué forma prestó sus servicios, en la inspección ocular se estableció sin lugar a dudas que el General Rafael Calderón Reyes se vinculó conforme a las liquidaciones de prestaciones que hizo la Fundación, según documentos de folios 78, 79 y 80 al absolver posiciones el demandante aceptó haber renunciado, careciendo de valor sus aclaraciones sobre las presiones para renunciar; el acta número

22 del Consejo de Administración descarta toda posibilidad de amenaza, presión o artimaña contra el demandante; y el documento de fecha 13 de julio, en el cual el Consejo Administrativo de la Fundación Universidad de Bogotá "Jorge Tadeo Lozano" expresa su voluntad de declarar terminado el vínculo existente con el General Rafael Calderón Reyes como Director del Instituto de Administración de Empresas y Relaciones Industriales, fue apreciado erróneamente al hacerlo extensivo como del despido del cargo de Director Administrativo y miembro del Consejo de Administración.

Se considera

El Tribunal Superior no incurrió en el primer error de hecho que se le atribuye, pues reconoció que el demandante había prestado sus servicios en distintas funciones, como la de Director Administrativo, Director del Instituto de Administración de Empresas y Director del Colegio de Bachillerato, y en las cátedras que regentó en los Institutos de Administración y de Bachillerato, folios 225 y 227, y en otro pasaje del fallo dijo textualmente: "De las probanzas aportadas al debate se establece que el demandante se vinculó a la Universidad como Coordinador Técnico desde el 1º de enero de 1957 hasta cuando fue designado como Director Administrativo y desde esa fecha hasta el día 11 de julio de 1966, con una última remuneración de $ 5.000.00 mensuales. Igualmente se ha acreditado con la documental de folio 79, que el demandante cumplió las funciones de Director del Instituto de Administración de Empresas del 1º de enero de 1963 al 11 de julio de 1966, con una asignación mensual de $ 3.000.00 moneda corriente".

En relación con el error de hecho de no haberse dado por probado que el General Calderón Reyes presentó renuncia irrevocable del cargo de Director Administrativo, Profesor y Miembro del Consejo de Administración, se encuentra que al absolver la posición 11 que dice: "Cómo es cierto, sí o no, que Ud. presentó renuncia ante el Consejo de Administración de la Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano de las funciones de Miembro del Consejo, y Director Administrativo del mismo Establecimiento, sin ánimo de lucro? Contestó: Sí es cierto y aclaro que esta renuncia la presenté no en forma voluntaria sino forzadamente como consecuencia del despido injusto como Director del Instituto de Administración de Empresas y Relaciones Industriales. Pues como Directivo de la Universidad y como General de la República me era completamente imposible continuar como Miembro del Consejo de Administración y como Director Administrativo ante la injusticia de mi despido del Instituto de Administración; cuestión esta que tenía que ser así hasta por lealtad a los mismos compañeros de Fundación, y del Consejo para sostener la disciplina de la Universidad".

El Tribunal Superior acogió de manera indivisible esta respuesta, como se desprende del siguiente pasaje del fallo recurrido: "De tal manera que ni la causal señalada, ni el motivo alegado fueron satisfactoriamente establecidos para demostrar la justa causa para dar por terminada la relación laboral que rigió entre los actuales litigantes. La actitud posterior asumida por el demandante, es apenas lógica por cuanto no solo se lo colocaba en una situación moral muy desventajosa con sus compañeros del Consejo de Administración, con los Profesores y alumnos, sino que en el fondo repercutía también en el aspecto salarial, ya que de esa manera se le estaba disminuyendo parte del mismo.

No aparece demostrado con evidencia el error de hecho que se le atribuye al adquem, pues su conclusión de que la actitud del General Calderón Reyes provenía de la situación moral desventajosa en que se encontraba con su destitución de otro cargo, y de la repercusión que ella producía en su salario, es razonable, sin que contraríe ningún principio de lógica. Y si el patrono dio motivo para que el trabajador terminara el contrato de trabajo, es claro que éste tenía derecho a la indemnización contemplada en el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, por lo cual tampoco se incurrió en el error del punto c). No se desvirtúa esta apreciación

del ad-quem con el Acta número 22 de 11 de julio de 1966, pues tal como fue allegada a los autos no es medio de prueba, por no encontrarse firmada por el demandante, ni haber declarado los firmantes sobre la verdad de su contenido, como este último que de haberse producido escaparía al examen de la Corte por tratarse de testimonios.

Cuanto al documento que contiene la carta de despido, del cargo de Director Administrativo y Miembro del Consejo no es cierto que el Tribunal Superior lo haya considerado también como comunicación de despido de otros cargos, pues al referirse a dicha prueba, el ad-quem deja constancia que en ella se dice que la Universidad "acordó declarar terminado el contrato de trabajo que tenía el actor en el empleo de Director del Instituto de Administración de Empresas y Relaciones Industriales".

Por último, las pruebas señaladas como erróneamente apreciadas no desvirtúan la conclusión del fallo de segunda instancia de que solo existió una sola relación laboral, pues a ello no se opone que las funciones o tareas del trabajador sean distintas y reguladas convencionalmente por diferentes actos.

No estando demostrados los errores de hecho que se le atribuyen al Tribunal, el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida dictada el diez y seis de febrero de mil novecientos setenta por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral.

Sin costas en el recurso.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CAPITAL DE LA EMPRESA

Si bien el artículo 195 del C. S. del T. no determina expresamente el medio de prueba respectivo, si lo restringe en forma implícita, al tener como capital de la empresa el valor del patrimonio gravable declarado, a la declaración de renta del año inmediatamente anterior, autorizada por funcionario competente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., tres de noviembre de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

(Acta número 45).

Antonio Zapata Castaño, mayor de edad y vecino de Bello, Antioquia, demandó, en libelo también firmado por su apoderado, a la **sociedad "Arquitectos e Ingenieros Asociados Ltda.",** para que se la condenara a pagarle las sumas que le adeuda por reajuste de cesantía; reajuste de la indemnización por despido injusto teniendo en cuenta todo el lapso de servicios, c sea once años, un mes y veinte días; pensión mensual y vitalicia de jubilación en los términos del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 y el cumplimiento de la edad requerida, y a las costas del juicio.

Según los hechos de la demanda, Antonio Zapata Castaño se vinculó el 8 de noviembre de 1958, con el cargo de almacenista, a la sociedad Arcila, Wills, Córdoba y Cía. Ltda., mediante contrato escrito de trabajo; posteriormente esta sociedad continuó el mismo giro de actividades bajo la razón social de Arquitectos e Ingenieros Asociados Ltda., con igual personal directivo, socios, etc., por lo cual se operó una verdadera sustitución patronal, pues el demandante siguió prestando sus servicios en el mismo cargo sin solución de continuidad. En el año de 1962 se le pagó cesantía parcial sin haberse solicitado la autorización de los funcionarios del Ministerio de Trabajo; el 27 de enero de 1970 fue despedido por la sociedad demandada sin justa causa, y en la liquidación y pago de la indemnización no se tuvo en cuenta el tiempo anterior a 1962, pagándosele una suma inferior a la que le correspondía. En razón de que el tiempo servido sobrepasa los diez años, el demandante tiene derecho a una pensión mensual y vitalicia de jubilación en proporción al lapso laborado. El último salario devengado por Zapata Castaño fue de $ 1.650.00 mensuales, sueldo que debe tenerse en cuenta para la liquidación de la indemnización por despido injusto y por un lapso de once años, un mes y veinte días, por lo que se impone un reajuste sobre lo que se le pagó por ese concepto.

Como fundamentos de Derecho invocó los artículos 23 y siguientes y 249 del Código Sustantivo del Trabajo; Decreto 2351 de 1965 y Ley 171 de 1961.

Al contestar la demanda, "Arquitectos e Ingenieros Asociados Limitada" aceptó unos hechos y negó otros; se opuso a las peticiones de la demanda y propuso las excepciones de carencia de acción de pago, porque al demandante se le pagó completa su cesantía y también la indemnización por despido; petición antes de tiempo en relación a la jubilación, para el caso en que se acredite el derecho a la misma; compensa-

ción con los mayores valores que recibió Zapata al liquidarle la cesantía sin tener en cuenta que su salario tuvo variaciones en los tres últimos meses.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, que conoció del juicio, dictó sentencia el veintinueve de enero de mil novecientos setenta y uno, mediante la cual condenó a la sociedad demandada a pagar al demandante la suma de un mil ciento cincuenta y siete pesos con 50/100 ($ 1.157.50) por concepto de reajuste de la indemnización por despido injusto; la absolvió de los demás cargos formulados en el libelo; declaró parcialmente configurada la excepción de pago y no probadas las demás, y no hizo condena por las costas del juicio.

Apelaron ambas partes. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral, al decidir la alzada en sentencia de tres de mayo de mil novecientos setenta y uno, confirmó, revocó y modificó en parte la de primer grado, en los siguientes términos: "Condénase a la empresa Arquitectos e Ingenieros Asociados Ltda., representada por el señor Humberto Wills, o por quien haga sus veces, a pagar al señor Antonio Zapata Castaño, las sumas de cinco mil trescientos sesenta y seis pesos con sesenta y seis centavos por concepto de cesantía; once mil trescientos cinco pesos ($ 11.305.00) por reajuste de indemnización por despido, y seiscientos noventa y cuatro pesos con diez y ocho centavos ($ 694.18) mensuales, a partir de la fecha en que cumpla (60) años de edad, como pensión vitalicia de jubilación. Del monto de las condenas distintas a cesantía se deducirá la suma de tres mil trescientos dos pesos con veintidós centavos ($ 3.302.22), conforme a lo expuesto en la parte motiva. Se condena en costas a la parte demandada, concretadas a las de primera instancia que tasará el aquo; en ésta no las hubo".

Interpuso el recurso de casación la parte demandada. Concedido por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá previo el estudio de la respectiva demanda de casación presentada oportunamente.

Alcance de la impugnación

Pretende el impugnador que esta Corporación "Case parcialmente la sentencia acusada en cuanto condena a la sociedad Arquitectos e Ingenieros Asociados Ltda., a pagar al extrabajador Antonio Zapata Castaño reajuste de indemnización por despido y pensión sanción vitalicia de jubilación; y que constituída en Tribunal de instancia, reforme el fallo de primer grado, y en su lugar, absuelva de esas condenas y cargos a la sociedad demandada".

Con fundamento en la causal primera de casación formula dos cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

"La sentencia acusada viola indirectamente, por aplicación indebida, el Art. 195 del C. S. del T., en relación con el Art. 8º de la Ley 171 de 1961 y con el Art. 9º numerales 2º y 6º del Decreto 2351 de 1965, convertida esta última en norma permanente por virtud de la Ley 48 de 1968, que también se violaron indirectamente. La violación se produjo a consecuencia de error de derecho por no darle a la copia de la declaración de renta y patrimonio visible a folios 41 a 43 el mérito suficiente para demostrar el capital de la Empresa o sociedad demandada, por lo cual se concluyó erróneamente que tiene el necesario para pagar la pensión sanción de jubilación reclamada y la totalidad de la indemnización adicional por despido injusto consagrada en el literal d) del inciso 3º, numeral 2º del Art. 8º del Decreto 2351 de 1965".

Transcribe luego el recurrente pasajes de algunos fallos de la Sala de Casación Laboral sobre la prueba del capital de la empresa y dice que en el caso que se estudia el Juez del conocimiento pidió a la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín copia de las declaraciones de renta de 1968 y 1969 y una certificación sobre el

patrimonio gravable declarado, que no fueron expedidas oportunamente; pero que durante la inspección ocular efectuada en el juicio, la sociedad demandada presentó el triplicado de la declaración de renta de 1969, cuyo desglose fue solicitado posteriormente y según la cual el patrimonio gravable de Arquitectos e Ingenieros Asociados Ltda. es de $ 483.957.70. Agrega que al no darle valor a la declaración de renta, fundándose para ello en jurisprudencia cambiada o recogida, el ad quem incurrió en el error de derecho de no haber dado por demostrado que el capital de la empresa era inferior a $ 800.000.00, error que lo condujo a proferir condena por pensión de jubilación y a reajustar la indemnización por despido injusto como si el capital fuese mayor de $ 3.500.000.00, violando así el artículo 195 del Código Sustantivo del Trabajo y consecuencialmente el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 y el artículo 8º, numeral 2º e inciso 3º literal d) del Decreto 2351 de 1965.

Se considera

En relación con el capital de la empresa demandada, dijo el Tribunal Superior: "Con miras a establecer el capital, la demandada trajo a los autos copia de la declaración de renta y patrimonio correspondiente al año de 1969, en la que se dedujo un patrimonio gravable de $ 483.597.70 (Fls. 42). Pero esta prueba no llena las exigencias previstas por el Art. 195 del C. S. T., por lo que, según la misma disposición, se presume que tiene el capital necesario para pagar la totalidad de las prestaciones demandadas que sean procedentes". Cita en su apoyo numerosos fallos, tanto del extinguido Tribunal Superior del Trabajo como de la Sala de Casación Laboral.

Ahora bien: Ultimamente esta Sala de la Corte ha sostenido, como puede verse en los fallos de veinte de abril de mil novecientos sesenta y ocho (Ove Ib. Jorgensen contra The East Asietic Company) trece de febrero de mil novecientos sesenta y nueve, (Benjamín Parra contra Droguería Real, Gómez Echeverri Cía. Ltda.) y doce de abril de mil novecientos setenta y uno (Manuel Antonio Alvarez Narváez contra Empresa Salter (Held), que si bien el artículo 195 del Código Sustantivo del Trabajo no determina expresamente el medio de prueba respectivo, si lo restringe en forma implícita, al tener como capital de la empresa el valor del patrimonio gravable declarado, a la declaración de renta del año inmediatamente anterior, autorizada por funcionario competente, o a la certificación que sobre el particular expida la respectiva Administración de Impuestos Nacionales, con lo cual asumen el carácter **ad substantiam actus** de dicho capital; y que en consecuencia procede la acusación por error de derecho cuando el capital de la empresa se dé por establecido con un medio probatorio diferente a los ya referidos, o no se le da a éstos el mérito suficiente para demostrarlo.

En el caso sub-lite la sociedad demandada acompañó copia de su declaración de renta correspondiente a 1969, o sea el año anterior en que fue despedido el trabajador, y en la cual aparece como declarado un patrimonio líquido de $ 795.891.91 y uno gravable de $ 483.957.70. Al no dar por demostrado que el capital de la empresa era equivalente al patrimonio gravable declarado, aduciendo para ello las consideraciones transcritas, el Tribunal Superior incurrió en el error de derecho que le atribuye el casacionista y por tanto el cargo prospera, con el resultado consiguiente de que se casará la sentencia en cuanto produjo condenas como si el patrono tuviese el capital necesario para pagar la totalidad de las prestaciones demandadas.

Como en el segundo cargo se acusan las mismas normas y persigue los mismos fines del primero, es inoficioso su estudio.

La parte de la sentencia que se casa será sustituída por esta Sala de la Corte mediante decisión que en sede de instancia tomará luego de las consideraciones siguientes:

El artículo 8º de la Ley 171 de 1961 dispone que el trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pe-

sos ($ 800.000.00) después de haber trabajado para la misma durante más de diez años, tendrá derecho a la pensión proporcional allí establecida. Como de acuerdo con la declaración de renta de la sociedad demandada que obra en el juicio el capital de la empresa, según el artículo 195 del Código Sustantivo del Trabajo, es de $ 483.957.70, o sea el patrimonio gravable, el trabajador demandante no tiene derecho a la pensión de jubilación que reclama, por ser el capital inferior a $ 800.000.00. Se confirmará, en consecuencia, lo resuelto por el a-quo sobre el particular, o sea la absolución de la parte demandada por este concepto.

El ad-quem encontró demostrado que Antonio Zapata Castaño prestó sus servicios a Arquitectos e Ingenieros Asociados Ltda. durante once años, dos meses y veinte días, y devengó un salario último de $ 1.650.00 mensuales, hechos que no han sido controvertidos en el recurso, así como la causa del despido, que fue calificada de injusta. La indemnización a que tiene derecho el demandante, aplicando el literal d) del inciso 4 del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, con las reducciones establecidas en el inciso 6 ibídem, es la siguiente: dos mil cuatrocientos setenta y cinco pesos ($ 2.475.00) por el primer año, y ocho mil cuatrocientos treinta y tres pesos con 33/100 ($ 8.433.33) por el tiempo excedente, o sea un total de diez mil novecientos ocho pesos con 33/100 ($ 10.908.33). Habiéndosele pagado por concepto de indemnización legal la cantidad de cinco mil setecientos setenta y cinco pesos ($ 5.775.00), debe deducirse esta suma del valor total de la indemnización. Hecha la operación aritmética pertinente, se obtiene un resultado de cinco mil ciento treinta y tres pesos con 33/100 ($ 5.133.33). No se deduce el valor de la bonificación especial, por cuanto no hay mérito alguno para considerarla como imputable a la indemnización por despido injusto, pues al absolver posiciones el demandante negó que la intención de las partes fuera la de hacer dicha imputación, como se desprende de su aclaración a la pregunta décimoctava y de la respuesta a la vigésima. En este punto se reformará la decisión del a-quo, para ajustar su condena al guarismo obtenido por esta Sala.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral, el tres de mayo de mil novecientos setenta y uno, en cuanto condena a Arquitectos e Ingenieros Asociados Ltda., a pagar al demandante las sumas de once mil trescientos sesenta y seis pesos con 66/100 ($ 11.366.66) por reajuste de indemnización por despido, y seiscientos noventa y cuatro pesos con 18/100 ($ 694.18) mensuales a partir de la fecha en que cumpla sesenta años de edad, como pensión vitalicia, y en sede de instancia REFORMA el ordinal 1º del fallo de primer grado, en el sentido de condenar a "Arquitectos e Ingenieros Asociados Ltda.", a pagar al señor Antonio Zapata Castaño la suma de cinco mil ciento treinta y tres pesos con 33/100 ($ 5.133.33) por concepto de reajuste de la indemnización por despido injusto, y confirma la absolución por la pensión mensual y vitalicia de jubilación demandada. 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.

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

FACULTADES DEL APODERADO

El reparo hecho por el opositor sobre las facultades del apoderado del trabajador, es equivocado e inoportuno. — No se necesita facultad especial para atender el recurso de casación, y el poder otorgado por el demandante no tiene limitación alguna, luego el primer apoderado sí tenía la facultad de sustentar el recurso y el que lo sustentó recibió tal facultad en la sustitución del poder. — El reparo también es inoportuno, pues ha debido formularse cuando se reconoció personería al apoderado del trabajador para representarlo en el recurso, momento que el opositor no aprovechó para hacer la observación que ahora formula.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., noviembre tres de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

(Acta número 54).

Con esta providencia se resuelve el recurso de casación interpuesto por el apoderado de **Jesús Salvador Ríos** contra la sentencia de diez (10) de marzo de mil novecientos setenta y uno (1971), proferida por el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín**, Sala Laboral, en el juicio seguido por el recurrente contra el **Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico. Canalización y Reembolso Río Medellín.**

Antecedentes

Jesús Salvador Ríos, mayor de edad, vecino de Medellín, identificado con la cédula de ciudadanía número 792341 de Yolombó, solicitó que el mencionado Instituto fuese condenado a pagarle los valores que correspondan por los siguientes conceptos:

"a) Ocho horas extras semanales, desde el 1º de mayo de 1965 hasta la fecha del despido, hay constancia de cobro de estas horas desde hace más de dos años.

"b) Reajuste del diez por ciento de los salarios correspondientes al suscrito desde el 1º de julio de 1965 hasta la fecha de mi despido, teniéndose presente que devengaba por día la suma de $ 24.11 y que había hecho tal reclamo desde hace más de dos años, como se constatará en Inspección Ocular de los libros y papeles de dicha Empresa.

"c) La indemnización moratoria en el pago de las prestaciones sociales, la prima de antigüedad, solo me fue pagada en julio de 1968 y la de navidad en diciembre de 1967 debiéndoseme haber pagado desde el mismo momento de la fecha de mi salida.

"d) De acuerdo a los hechos que constituyen despido colectivo pido la declaratoria judicial de que existió tal despido, al verificarse los hechos correspondientes de que trata esta demanda.

"e) Que en consecuencia de la anterior declaratoria se decrete lo establecido por el numeral 3º del Art. 40 del Dcto. 2351 de 1965, en el sentido de que Jesús Salvador

Ríos ha sufrido un despido inexistente, esto es que no produjo ningún efecto.

"f) Que como efecto de la inexistencia del despido se me reconozca y se me ordene pagar por su despacho, los salarios desde el mismo momento en que fui despedido. Y que además por su despacho se disponga que el suscrito continúe laborando en las mismas condiciones que antes, con las mejoras convencionales que sobre mi cargo se haya estipulado y en la misma Empresa.

"g) Las costas del juicio".

Según los hechos narrados en el libelo, Jesús Salvador Ríos trabajó para la entidad demandada con jornal de $ 24.11 como oficial de primera, desde el 23 de mayo de 1957 hasta el 27 de julio de 1966, cuando fue despedido injustamente; según el Laudo Arbitral vigente desde el 1º de mayo de 1965 hasta el 1º de noviembre de 1966, la jornada de trabajo era de ocho horas diarias durante cinco días a la semana, pero Jesús Salvador Ríos trabajó 48 horas a la semana, o sea, ocho horas extras en cada una; el mismo laudo dispuso un reajuste de salarios del 10% a partir del 1º de julio de 1965; ni el trabajo extraordinario ni el reajuste de salarios le fueron pagados al demandante a pesar de haberlos reclamado; la demandada se retardó en el pago de prestaciones, pues la prima de navidad de 1966 la pagó en diciembre de 1967 y la prima de antigüedad en julio de 1968, a pesar de que ambas han debido pagarse a la terminación del contrato de trabajo; hubo varios despidos de trabajadores entre el 9 de septiembre de 1965 y el 19 de octubre de 1966, que el trabajador califica de despidos colectivos sin autorización del Ministerio de Trabajo.

Como fundamentos de derecho fueron señalados en libelo la Ley 6ª de 1945, los Decretos 2127 del mismo año y 797 de 1949, los artículos 5 y siguientes, 353 a 484, 491 y 492 del Código Sustantivo del Trabajo y los artículos 23 a 40 del Decreto 2351 de 1965.

La entidad demandada solo admitió el carácter de trabajador del señor Ríos y negó los demás hechos, se opuso a las peticiones y solicitó condenación en costas.

En providencia de 23 de octubre de 1970, el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín absolvió de todos los cargos al Instituto demandado, sin condenar en costas. Ambas partes interpusieron recurso de apelación que les fue concedido.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en sentencia de que se ha hecho mérito, decidió absolver al Instituto demandado de los cargos por reajuste de salarios, trabajo extraordinario e indemnización por falta de pago, declarar incompetencia de jurisdicción en cuanto a la petición sobre despido colectivo y petición antes de tiempo respecto a inexistencia del despido, reintegro de salarios entre la terminación y la reinstalación. El apoderado del trabajador interpuso oportunamente recurso de casación que le fue concedido por el Tribunal y admitido por la Corte.

El recurso

Con base en la causal primera de casación laboral, presenta dos cargos, el primero por interpretación errónea y el segundo por falta de aplicación, de los artículos 1º del Decreto 797 de 1949, 52 del Decreto 2127 de 1945 y 8º de la Ley 6ª del mismo año.

El alcance de la impugnación fue presentado así:

"Pretendo el quebrantamiento parcial del fallo recurrido, en cuanto absuelve de la indemnización por mora en el pago de las primas de antigüedad y navidad, para que, convertida esa entidad en Tribunal de instancia, revoque la sentencia de primer grado donde absuelve de la indemnización moratoria y, en su lugar, haga la condenación correspondiente y la confirme en lo demás, imponiendo a la parte demandada las costas en el recurso si hubiere oposición".

Primer cargo

Advierte el recurrente que la sentencia acusada admite la terminación del contrato de trabajo el 27 de julio de 1966, y el pago de las primas de antigüedad y navidad solamente en 23 de enero y 20 de agosto de 1968, para lo cual transcribe los párrafos pertinentes de la providencia impugnada.

Afirma el demandante en casación que el Tribunal absolvió de la indemnización por falta de pago, con base en que: "al señor Ríos le fueron pagados los derechos laborales principales oportunamente", en que las primas de antigüedad y de navidad vendrían a ser "un complemento o reajuste de lo principal", en que se trata de prestaciones extra-legales", y en que "no aparece ostensible la mala fe de la entidad deudora".

Continúa diciendo el recurrente:

"Tales reflexiones del Tribunal, consignadas como soporte de su decisión absolutoria respecto de la solicitud de indemnización por mora, implican una interpretación equivocada de las normas a que se refiere la censura.

"En efecto, cuando el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 preceptúa que "no se considerará terminado el contrato de trabajo antes de que el patrono ponga a disposición del trabajador el valor de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le adeude", no distingue como lo hace el fallador, entre prestaciones legales y extralegales para dejar que éstas sean satisfechas en el momento en que al patrono le plazca o lo juzgue más conveniente para sus intereses. Tampoco esa norma establece categorías entre los derechos de índole laboral, calificando unos como "principales" y otros de rango inferior, a fin de responsabilizar al patrono solo por el pago inoportuno de los de mayor importancia económica o mayor jerarquía dentro del conjunto de sus obligaciones contractuales. Y que la indemnización moratoria esté acondicionada a la circunstancia de que aparezca ostensible la mala fe de la entidad deudora, ni lo dice el texto legal, ni lo tiene admitido así la jurisprudencia. Lo que esta tiene sentado es que el Decreto 797, en su artículo 1º, está concebido en esos términos, porque entiende que mientras el patrono "no haga el pago completo está obrando de mala fe, presunción que solo puede desvirtuarse con la prueba de la existencia de un razonable motivo de duda sobre la subsistencia de la obligación". (juicio de Jaime Páez contra Compañía Autónoma de la Sabana de Bogotá y de los Valles de Ubaté y Chiquinquirá).

Agrega el recurrente que el criterio del Tribunal conduce al inadmisible resultado de liberar al patrono de toda obligación relativa al pago oportuno de las prestaciones convencionales o de darle la extraña facultad de clasificarlas entre principales y secundarias, con el arbitrio de efectuar el pago de éstas cuando a bien lo tenga, lo que no está en los propósitos de la norma.

Finaliza el cargo con la indicación de que hubo una exégesis equivocada de la norma y que por ello se interpretaron erróneamente las disposiciones legales y reglamentarias citadas en el cargo.

Segundo cargo

Fue formulado de la siguiente manera:

"Acuso la sentencia recurrida de violar directamente, por falta de aplicación, al artículo 1º, parágrafo 2º del Decreto 797 de 1949, en concordancia con los artículos 52 del Decreto 2127 de 1945 y 8º de la Ley 6ª de 1945.

"Dijo el Tribunal en el siguiente aparte de la sentencia, ya transcrita en el estudio del primer cargo:

"Con las certificaciones expedidas por el Ingeniero Jefe de Canalización y Reembolso del Río Medellín, Fls. 3 y 26, se acreditó que el señor Jesús Salvador Ríos trabajó al servicio de la obra de Canalización del Río Medellín, como oficial de primera, des-

de el 23 de mayo de 1957 hasta el 27 de julio de 1966, fecha esta última en que fue desvinculado por medio de la Resolución número 066 del 25 del mismo mes y año, por escasez de fondos, por reducción de los frentes de trabajo y por exceso de personal, circunstancias que impusieron el despido de 48 trabajadores; y que le fueron pagadas la prima de navidad en agosto 20/66 y la prima de antigüedad en enero 23/68".

"Como se ve, la sentencia admite, como hecho demostrado, que por parte de la entidad demandada hubo mora en el pago de las primas de antigüedad y navidad. Sinembargo no aplicó la sanción que para estos casos consagra el Art. 1º del Decreto 797 de 1949, en concordancia con las demás normas señaladas en el ataque. O sea, que el hecho básico del litigio no se discute, se halla debidamente establecido y no se aplicaron las normas pertinentes. Hay, entonces, violación directa de la ley y el fallo, de consiguiente, debe ser casado por ese aspecto para que, en la decisión de instancia, se revoque en el mismo punto el de primer grado y, en su lugar, se haga el pronunciamiento solicitado".

La oposición

El representante del Instituto comienza por advertir que el apoderado inicial del demandante no tenía facultad específica para el recurso extraordinario, y por lo tanto, no podía transferírsela al autor de la demanda de casación.

Considera el opositor que la demanda es "contradictoria e incongruente" porque los dos cargos son "contrapuestos e incompatibles", ya que no se puede incurrir en interpretación errónea y al mismo tiempo dejar de aplicar la misma norma, porque la interpretación errónea implica aplicación de la regla legal.

Estima el opositor que la falta de aplicación se refiere a los errores de hecho, que considera una tercera causal de casación, y afirma que la ley no ha dicho que la infracción legal pueda consistir en la falta de apreciación de la norma legal.

El apoderado del Instituto considera también que la ley no debe interpretarse literalmente y que el juez debe buscar el sentido de ella, para terminar acogiendo como correcta la interpretación que hizo el Tribunal de las normas citadas en el cargo. Termina pidiendo que se rechacen las dos acusaciones.

Se considera

El reparo hecho por el opositor sobre las facultades del apoderado del trabajador, es equivocado e inoportuno. No se necesita facultad especial para atender el recurso de casación, y el poder otorgado por el demandante no tiene limitación alguna, luego el primer apoderado sí tenía la facultad de sustentar el recurso y el que lo sustentó recibió tal facultad en la sustitución del poder. El reparo también es inoportuno, pues ha debido formularse cuando se reconoció personería al apoderado del trabajador para representarlo en el recurso, momento que el opositor no aprovechó para hacer la observación que ahora formula.

Tampoco es admisible la crítica del opositor a la demanda de casación por el aspecto de que la interpretación errónea y la aplicación indebida son dos conceptos que no pueden coexistir en la violación de una misma norma. Las acusaciones por los distintos conceptos fueron formuladas en cargos diferentes y no en uno solo, caso en el cual cabría la observación, pero cada uno de los ataques es independiente y ha de estimarse separadamente, sin que el resultado de uno tenga conexión con el del otro, o sea que puede prosperar un cargo y el otro no, por lo cual no necesitan estar armonizados.

Pero en el caso presente no es posible entrar en el examen de los cargos, porque ellos no reúnen las exigencias del recurso.

Se acusaron como violadas solamente tres normas, a saber: el artículo 8º de la Ley 6ª de 1945, el artículo 52 del Decreto 2127 del mismo año y el artículo 1º del Decreto 797 de 1949.

El artículo 8º de la Ley 6ª de 1945 establece la duración máxima del contrato a término fijo, la duración por la naturaleza misma del servicio contratado, la duración presuntiva semestral, la cláusula de reserva, la revisión del contrato por graves e imprevisibles alteraciones de la normalidad económica y la sustitución de patronos. Dicha norma no consagra la indemnización por falta de pago que se busca con la demanda de casación, luego su cita como violada es impertinente en el caso debatido.

Los artículos 52 del Decreto 2127 de 1945 y 1º del Decreto 797 de 1949, sustituído el primero por el segundo, son reglamentarios del artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, norma no citada en las acusaciones. El quebrantamiento de disposiciones de un decreto reglamentario no puede dar base a un cargo en casación, si no se señala la norma legal reglamentada, la cual debe resultar violada por el fallador, para que la decisión sea quebrada por la Corte.

Como los artículos citados no consagran el primero el derecho invocado, y los dos siguientes son reglamentarios y no se determinó la norma que reglamentan, las acusaciones no son estimables.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de diez (10) de marzo de mil novecientos setenta y uno (1971), dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral, en el juicio seguido por Jesús Salvador Ríos contra el Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico. Canalización y Reembolso Río Medellín.

Costas del recurso a cargo de la parte demandante.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES

Esta calificación no puede efectuarse por la sola materialidad del desempeño sino por el carácter con que se le presta, que si es el de funcionario, con un status legal y reglamentario, no adquirido por la vía contractual, es empleado público, sujeto del derecho administrativo y no trabajador oficial, del ámbito del derecho laboral.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., cinco de noviembre de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Juan Benavides Patrón).

(Acta número 55).

Carlos Alberto Moya B. demandó, por medio de apoderado, a la Nación —Ministerio de Salud Pública— y a la Caja Nacional de Previsión para que se las condenara solidariamente a pagarle cesantía, prima de navidad, vacaciones, lucro cesante e indemnización moratoria, derechos causados por el contrato verbal de trabajo que lo vinculó con aquella, desde el 16 de octubre de 1965 hasta el 15 de mayo de 1966, en que fue despedido injustamente, alegándosele causales inexistentes. Prestó sus servicios como arquitecto interventor en la División de Salud Pública del Meta, con sueldo mensual de $ 3.200.00 y no le han cubierto las dichas prestaciones e indemnizaciones, a pesar de la reclamación administrativa que agotó.

El Procurador Judicial de Bogotá contestó el libelo inicial, como representante de la Nación, negando los hechos, por no constarle, y el derecho por falta de causa o razón para las pretensiones. Excepcionó declinatoria de jurisdicción, por no ser el vínculo contractual sino estatutario o de derecho administrativo y prescripción, en caso de competencia laboral.

Tramitada la controversia el Juzgado Cuarto del Trabajo del Circuito de Bogotá, que fue el del conocimiento, la desató en fallo del 29 de enero de 1971 absolviendo a las demandadas de todas las súplicas del actor, por la razón primordial de que la vinculación que hubo entre éste y la Nación, en el empleo que desempeñaba en el Ministerio de Salud, fue de derecho público y no de carácter contractual. Impuso costas al demandante.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó esta providencia, en la suya del 20 de abril del mismo año, al decidir la apelación que promovió el apoderado de Moya.

Contra la sentencia anterior interpuso el recurso extraordinario el dicho apoderado y habiéndosele recibido en legal forma se procede a decidirlo.

En un cargo, de la causal primera, encaminado a quebrantar la decisión del ad-quem, para que, en su lugar y mediante revocatoria de la del a-quo, se condene por los extremos de cesantía, lucro e indemnización moratoria, se acusa por aplicación indebida de los artículos 1º, 8º, 11 y 58 inciso final, 17 letra a), 18 y 19 de la Ley 6ª de 1945; 1º del Decreto 1600 de 1945; 4º, 20, 40, 43 y 51 del Decreto 2127 de 1945;

2º y 3º de la Ley 64 de 1946; 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 6º del Decreto 1160 de 1947, y 1º del Decreto 797 de 1949, a consecuencia de error manifiesto de hecho que provino de la mala apreciación de las pruebas de los folios 5, 6, 7, 28, 29, 30, 57 y 62 del expediente y de no haberse apreciado la contestación de la demanda de los folios 36 y 37 y las piezas de los folios 5, 6 y 7 del mismo, "respecto a la mala fe en cuanto a la indemnización moratoria".

Para sustentarlo, el recurrente transcribe los pasajes de la sentencia en que el Tribunal examinó las probanzas que obraron en el proceso y concluyó que la vinculación de autos no estuvo comprendida por las excepciones del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, sino constituyó actividad de salud pública, función esencial del Estado, y por lo tanto fue situación legal y reglamentaria, como lo apreció el fallador de primer grado, y alega —el dicho impugnante— que, aceptando en gracia de discusión que las actividades de salud pública son propias del Estado y no encajan en las excepciones del precepto en cita, en el caso de autos se demostró que Moya desempeñó durante su tiempo de servicios las funciones de arquitecto interventor en las obras de construcción de la Secretaría de Salud Pública —Servicios de Salud del Meta— lo que significa que sus actividades no eran las referentes a las típicas y esenciales a tales servicios de salud pública, sino simple o comúnmente a las relativas a la construcción o mantenimiento de las obras públicas, adelantadas por el Ministerio de Salud y para los servicios de salud del Meta. Manifiesta, además, que tales actividades sí caben dentro de las excepciones de aquel artículo 4º, cuyo criterio no es el de la función o actividad desempeñada por la entidad oficial sino la específica desarrollada por el trabajador, por lo que el Tribunal no dio por demostrado, estándolo, que entre el demandante y la Nación existió un contrato de trabajo, por haber prestado aquel sus servicios en las funciones de arquitecto interventor en el Servicio de Salud del Meta; que esas funciones se ejercieron en las obras de construcción de los puestos de salud de Cubarral, Puerto Lleras, Hospital de Granada, Hospital de Puerto López y Hospital General de Villavicencio; que esos servicios se prestaron desde el 16 de octubre de 1965 hasta el 15 de mayo de 1966; que Moya fue despedido por una causal inexistente, injustificada e ilegal, consistente en haberse suprimido el cargo; que al momento de su despido devengaba a $ 3.200.00 mensuales; que fue despedido cuando le faltaban cinco meses de la última prórroga del plazo presuntivo de su contrato de trabajo y que no se le pagaron sus derechos laborales de cesantía, lucro cesante e indemnización moratoria. En seguida el acusador examina las piezas de folios 28 y 62, que evidencian, en su opinión, que Moya prestó sus servicios como Arquitecto Interventor en las obras de construcción enantes relacionadas y que intervino parcialmente en la construcción de Puestos de Salud, respectivamente, explicando acerca de esto último que la expresión parcial obedece, según el documento, a que dichas obras no fueron terminadas durante el desempeño del cargo del demandante.

Finalmente se ocupa de la solidaridad entre la Nación y la Caja de Previsión, que impetra el actor, afirmándola en el artículo 19 de la Ley 6ª de 1945, y sosteniendo que, empleado o trabajador oficial, la última entidad debe las prestaciones y no habiendo presentado ninguna excusa para no satisfacerlas, dentro del término de gracia de noventa días, responde por la indemnización moratoria.

Para el Procurador Delegado en lo Civil las pruebas fueron correctamente apreciadas por el **ad-quem**; son empleados públicos las personas que prestan sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos y trabajadores oficiales quienes sirven para esas entidades en la construcción o sostenimiento de obras públicas, con excepción del personal directivo y de confianza en dichas obras siempre que un empleado oficial se halle vinculado a la entidad empleadora por una relación legal y reglamentaria se denomina empleado público; Moya aparece en los autos vinculado al Ministerio de Salud Pública por una rela-

ción legal y reglamentaria, pues fue nombrado por Resolución 514 de 1965 del Director Departamental de Salud Pública del Meta, tomó posesión el 25 de octubre del mismo año y su cargo fue el de Arquitecto Interventor en la Dirección mencionada, que tiene funciones de confianza en cuanto reemplaza al Jefe en la prospectación y elaboración de los planos para la construcción de las obras públicas que deban iniciarse. Por todo lo cual la vinculación de autos fue legal y reglamentaria y no debe casarse el fallo recurrido.

Se considera

La acusación reposa fundamentalmente en el concepto de que la calidad de empleado público o de trabajador oficial de los servidores de la Administración depende de la actividad que desempeñe el trabajador, y, en el aspecto probatorio, en la consideración de que el de autos, señor Carlos Moya, desarrolló las relativas a la construcción o mantenimiento de obras públicas, uno y otra conforme a excepción del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945.

Aquel criterio, en la expresión autónoma que afirma el recurrente, de actividad específica desarrollada por el trabajador no disfruta de aceptación en la Corte, que en su última jurisprudencia tiene explicado cómo, sin desconocerle significación a los distintos factores con que se intentó definir el tema a la luz del precepto mencionado, la calificación no puede efectuarse por la sola materia idad del desempeño sino por el carácter con que se le presta, que si es el de funcionario, con un status legal y reglamentario, no adquirido por la vía contractual, como son las condiciones todas del de autos, es empleado público, sujeto del derecho administrativo y no trabajador oficial, del ámbito del derecho laboral.

Y en cuanto a la cuestión probatoria es ostensible que de las piezas que el cargo muestra como mal apreciadas, las de folios 5 y 6 lejos de abonar sus tesis establecen la vinculación de Moya al Departamento de Salud del Meta por la vía administrativa, por medio de los actos de nombramiento y posesión; la de folio 7 comunica la supresión del cargo oficial sin que contenga nada indicador de la equivocación que se afirma la de folio 29 registra el tiempo de servicios, la asignación mensual, el pago de primas de navidad y el no reconocimiento de vacaciones por no haberse causado, así como el de indemnización de ninguna clase por retiro de la entidad; la de folio 30 es otra copia del acta de posesión y la de folio 57 repite lo certificado por la de folio 29 agregando que Moya no fue despedido sino que se prescindió de sus servicios por haber sido suprimido el cargo. Nada en estas pruebas configura el error acusado. Como tampoco se encuentra éste en las que el acusador señala como dejadas de apreciar, pues éstas son la contestación de la demanda que negó el derecho y opuso la vinculación como administrativa, y las piezas ya indicadas de los folios 5, 6 y 7. Parece, sin embargo, que las últimas se señalan para el aspecto de mala fe patronal, atendible tan solo en cuanto se probase el error primero.

En cuanto a las pruebas de los folios 28 y 62, no incluídas en el examen anterior y en las que se finca el éxito del recurso, ha de observarse que la primera presenta los servicios de Moya como Arquitecto Interventor en algunas obras de construcción y la segunda relaciona que intervino parcialmente en la construcción de ellas, pero explícitamente afirma que no ejecutó ninguna actividad de construcción, por lo cual bien podía el fallador, en su valoración de instancia, entender que el demandante no tuvo la condición de trabajador de la construcción sino que tan solo cumplió, en aquellas obras, funciones de fiscalización o interventoría, que propiamente son las que corresponden al empleo para que fue nombrado, y las que denota la expresión, del mismo documento, de que "fiscalizó e intervino en forma parcial, en la ejecución de los proyectos y planos ejecutados por la Dirección del Servicio de Salud del Meta".

En el campo, pues, de estas probanzas no se manifiesta error de apreciación y menos del carácter evidente que se requiere para la prosperidad de un cargo por este concepto.

Ha de expresarse, por último, que la decisión recurrida definió el litigio conforme a las acciones que fueron propuestas, esto es, con fundamento en un contrato de trabajo y no en el orden de una relación de derecho admnistrativo. Y respecto de la alegación sobre la Caja Nacional, a la que el recurrente estima obligada cualquiera que sea la naturaleza del vínculo, ha de observarse que las responsabilidades se deducen en juicio de acuerdo con las acciones instauradas y probadas y que en el supuesto administrativo que también se aduce no procedía pronunciamiento por juez laboral ni por los trámites que culminaron en el presente recurso extraordinario.

Por todo lo cual no prospera.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia objeto del presente recurso.

Costas al recurrente.

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

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDEMNIZACION MORATORIA Y BUENA FE PATRONAL

Ahora bien, el artículo 65 C. S. T. contiene como sujeto de obligación al patrono, cuya mala fe en la insatisfacción de los derechos laborales sanciona en la forma y por las razones que tan largamente ha expresado la jurisprudencia y en que se informa el fallo recurrido.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., seis de noviembre de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Juan Benavides Patrón).

(Acta número 55).

Según libelo que se radicó en el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bucaramanga Jesús Mora Laguado trabajó para Edmundo Mora Laguado, dueño y administrador de la Droguería Mundo de la dicha ciudad, desde el 1º de julio de 1964 hasta el 31 de agosto de 1969, fecha en la que el patrono lo despidió sin justa causa y sin cancelarle las prestaciones e indemnizaciones a que tenía derecho. El sueldo era de $ 6.000 mensuales y el trabajo se cumplió no solo en las jornadas ordinarias sino en horas extras, en festivos y en turnos de noche, no pagados. Edmundo Mora falleció el 3 de noviembre de 1969 y su esposa y herederos abrieron el juicio de sucesión y deben responder por las obligaciones del finado. Con base en los hechos anteriores Jesús Mora demandó a la sucesión intestada de Edmundo Mora Laguado, representada por el cónyuge supérstite Olga Padilla viuda de Mora, sus hijos legítimos menores Edmundo, Cristian José y Jorge Enrique y los mayores María Leonor Mora Padilla y Olga Mercedes Mora de Rojas, para que se declarase que entre él y el finado existió el contrato de trabajo referido, con la duración y el motivo de terminación igualmente expresados y se condenase a los derechos correspondientes por cesantía, vacaciones, primas de servicios, horas extras, dominicales y festivos, labor nocturna, lucro cesante, indemnización moratoria y las costas del proceso.

La parte demandada se opuso a las pretensiones del actor manifestando que si bien existió el contrato de trabajo éste terminó por arreglo entre los dos hermanos vinculados en él, con fijación además de la cantidad y de la forma de pago de las prestaciones causadas, pago que ya se había iniciado, según lo convenido, cuando falleció el patrono. Se desconoció la cuantía del sueldo y el trabajo en horas extras, afirmándose la satisfacción de ellas si fueron servidas y, en subsidio, prescripción. Además, se formularon las excepciones correspondientes a esa posición defensiva y compensación con deudas que el actor tenía con el causante.

Tramitada la controversia el Juzgado del conocimiento la desató en fallo del 12 de marzo de 1971, así:

"Primero. Condénase a la Sucesión de Edmundo Mora Laguado, representada actualmente por la cónyuge supérstite, señora Olga Padilla vda. de Mora y por sus hijos menores a quienes ella representa, Edmundo, Cristian José y Jorge Enrique Mora Padilla; por María Leonor Mora Padilla y por Olga Mercedes Móra de Rojas, a pagar, diez (10) días después de estar en firme esta providencia, al señor Jesús Mora Laguado, la cantidad de cuarenta mil pesos ($ 40.000) moneda corriente, que es el saldo a favor

del mismo, resultante del arreglo que por prestaciones sociales e indemnizaciones tuvo lugar entre Edmundo Mora Laguado y Jesús Mora Laguado, terminado el contrato de trabajo habido entre los mismos del 1º de julio de 1964 al 31 de agosto de 1969.

"Segundo. Se declara que la suma total del arreglo, que lo fue por sesenta mil pesos ($ 60.000.00) y del cual ya recibió Jesús Mora Laguado la cantidad de veinte mil pesos ($ 20.000.00), cobija el pago, entre otros, de los siguientes conceptos: a) prestaciones sociales de cesantía y prima de servicios $ 33.065.00; b) vacaciones; c) indemnización por despido.

"Tercero. Absuélvese a la Sucesión de Edmundo Mora Laguado, representada por las personas mencionadas antes, de los cargos que por indemnización por falta de pago a la terminación del contrato de trabajo, y por horas extras, dominicales y turnos nocturnos ordenados por la Higiene Departamental, contiene la demanda en los numerales 2º y 6º de la parte segunda del petitum.

"Cuarto. No se decreta la compensación parcial solicitada al contestar la demanda, por los motivos expresados en los considerandos.

"Quinto. Costas, entre los que se incluyen las agencias en derecho, en un noventa por ciento (90%) a favor del demandante y en contra de la parte demandada".

Apelaron los apoderados de los litigantes y el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga**, en sentencia del 13 de mayo de 1971 resolvió:

"1º Confirmar los numerales Primero y Segundo del fallo apelado, proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bucaramanga, dentro del juicio ordinario laboral promovido por Jesús Mora Laguado por medio de apoderado contra la sucesión de Edmundo Mora Laguado, representada actualmente por la cónyuge supérstite, señora Olga Padilla vda. de Mora y por sus hijos menores a quienes ella representa, Edmundo, Cristian José y Jorge Enrique Mora Padilla; por María Leonor Mora Padilla y por Olga Mercedes Mora de Rojas.

"2º Confirmar el numeral tercero de la sentencia apelada, en cuanto absolvió a la sucesión de Edmundo Mora Laguado, representada por las personas mencionadas antes, al pago por concepto de horas extras, dominicales y turnos nocturnos ordenados por la Higiene Departamental. Revocar el mismo numeral tercero del fallo apelado, en cuanto absolvió a la parte actora a la indemnización por mora y en su lugar se dispone: Condenar a la sucesión de Edmundo Mora Laguado, representada por las personas mencionadas antes, a pagar al señor Jesús Mora Laguado la suma de ciento noventa y cuatro pesos con cincuenta centavos ($ 194.50) moneda corriente, diarios, por concepto de indemnización moratoria, desde el seis (6) de agosto de mil novecientos setenta (1970) hasta cuando se verifique el pago del valor del saldo, resultante del arreglo que por prestaciones sociales e indemnizaciones tuvo lugar entre Edmundo Mora Laguado y Jesús Mora Laguado.

"3º Confirmar los numerales cuarto y quinto de la sentencia apelada.

"4º Las costas de esta instancia serán a cargo de la parte demandada".

Contra la sentencia anterior recurrió el apoderado de la Sucesión y habiéndose recibido en legal forma el remedio extraordinario se le va a decidir mediante el examen de la correspondiente demanda y del escrito del opositor.

El recurrente persigue que se case en forma parcial el fallo del **ad-quem** para que la Corte, como tribunal de instancia "decrete lo siguiente:

"a) Que no hay lugar a la indemnización por despido de que trata el numeral 2º, literal c), de la parte resolutiva de la sentencia impugnada. b) Que se declare que no hay lugar a la indemnización moratoria de que habla el numeral 2º de la sentencia proferida por el H. Tribunal Superior de Buca-

ramanga. c) Que se declare que no hay lugar a costas, por cuanto en el fallo de primera instancia se condenó y cuya decisión fue confirmada por el de segunda instancia".

Para estos efectos invoca la causal primera de casación laboral y formula los siguientes cargos:

Primero

Acusa violación indirecta, como consecuencia de error evidente de hecho, del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 "que suspendió el Art. 44 (sic) del C. S. del Trabajo, en relación con el Art. 6º del mismo Decreto y del Art. 62 de la misma obra". El error consistió en no dar por demostrado, estándolo plenamente, que entre el demandante Jesús Mora Laguado y su hermano Edmundo Mora Laguado "se llegó a un arreglo amigable en cuanto a la terminación del contrato de trabajo por mutuo consentimiento entre las partes en razón de que el causante había enajenado el negocio en forma definitiva". Y provino, el dicho error, de haber dejado de apreciar el Tribunal los documentos visibles a los folios 65, 66, 67, 68, 71 y 72 del cuaderno primero del expediente y de haber apreciado en forma equivocada el documento de folio 20 ibídem. El acusador agrega que tanto las posiciones absueltas por el demandante como las declaraciones de Antonio Gamboa y Hersilia Villamizar, entre otras, demuestran que en razón de la venta de la droguería, los dos hermanos llegaron a un arreglo sobre el monto de las prestaciones sociales y que el contrato de trabajo terminó por mutuo consentimiento o arreglo amigable entre las partes.

Para el opositor el ataque solo contiene un enunciado pero en ninguna forma demuestra el error y menos que éste fuese manifiesto, alegando, además, que se insiste en querer darle al recibo de folio 20 del proceso el valor de un "acuerdo mutuo" para la terminación del contrato, siendo así que carece de bilateralidad y "fue otorgado tan solo como recibo" doce días después de ocurrido el retiro del trabajo. Finalmente, que las pruebas que el cargo presenta como dejadas de apreciar fueron las que con mayor detenimiento consideró el Tribunal.

Se estudia

A pesar de su deficiente formulación, tanto en sí mismo como en el aparte respectivo del capítulo dedicado al alcance de la impugnación, se entiende que ésta afirma error en el fallo del ad-quem por cuanto no dio por probado, estándolo, que entre el demandante de autos Jesús Mora Laguado y su hermano y patrono Edmundo Mora Laguado hubo un arreglo amigable para terminar el contrato que los vinculó laboralmente, acuerdo por el cual ese fue el modo de expiración del concierto de trabajo, esto es, por mutuo consentimiento, y en tal virtud no podía causarse la indemnización del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 que el acusador relaciona, con algún error de cita, con los otros preceptos sobre la materia.

Mas ocurre que la sentencia no contiene condena por ese concepto indemnizatorio y si alude a él es en razón del arreglo que se reconoció por los juzgadores entre los hermanos Mora Laguado, acuerdo que lo comprendió, disponiéndose, debido al pago parcial de $ 20.000, condena por la diferencia de $ 40.000.00. Los ordenamientos 1º y 2º del fallo del a-quo confirmados por el ad-quem expresan claramente la existencia y validez del referido arreglo, por valor total de $ 60.000.00 que cobijó el extremo de indemnización por despido, y por haberse recibido por el demandante la suma de $ 20.000 de los dichos $ 60.000, la condena se concretó al saldo de $ 40.000, a cargo de la sucesión.

En manera alguna existió, pues, el error que se acusa, ya que precisamente los juzgadores apreciaron la existencia del acuerdo que aduce el acusador y, en razón de él, determinaron el monto convenido de las prestaciones causadas condenando tan solo al saldo en atención a lo que se apreció pagado. Si en aquel convenio de los hermanos Mora Laguado figuró una cantidad por indemnización del despido esto no significa que al condenarse por el saldo debido, en

la forma relatada, ello constituyese resolución condenatoria sobre el dicho extremo sino estimación del arreglo —contra lo que dice el acusador— y deducción de lo pagado parcialmente conforme al mismo documento que lo contiene.

El cargo aparece, pues, infundado sin que sea necesario el examen particular de las probanzas que señala el acusador, pues ellas lo que establecen es el acuerdo alegado y su expresión de que de los $ 60.000 en que se arreglaron las diferencias laborales, $ 20.000 fueron recibidos por el actor adeudándose los $ 40.000 a que condenó la decisión judicial. Debiéndose anotar, sí, que ni de las posiciones ni de los testimonios asimismo aducidos resulta nada distinto, no siendo, finalmente, atendible la acusación apoyada en los últimos, por las restricciones que establece la Ley 16 de 1969 para la casación laboral.

No prospera el cargo.

Segundo

Acusa aplicación indebida del Artículo 65 CST, a consecuencia de error evidente de hecho que consistió en apreciar que la demandada tuvo mala fe en el pago de las prestaciones, condenándola, por ello, a $ 194,50 diarios desde el 6 de agosto de 1970.

Sostiene el acusador que ese juicio equivocado aconteció al analizar el elemento probatorio, pues el Tribunal no tuvo en cuenta, respecto del documento de folio 20, que el demandante recibió $ 20.000 "para cancelarme parte del valor de mis prestaciones sociales" y que el saldo le sería cubierto en dos contados mensuales si se efectuaba la venta de un lote de terreno; y respecto de las posiciones absueltas por el mismo demandante, que éste confesó que entre él y su hermano llegaron a un acuerdo para el pago de sus prestaciones y que si ellas no se cancelaron en su totalidad en el plazo estipulado fue porque el causante se encontraba enfermo y no pudo adelantar las gestiones tendientes a la venta del lote mencionado en aquel recibo, firmado por el actor.

En desarrollo del cargo se alega que el **ad-quem** no estimó que el demandante había concedido a su ex-patrono un plazo para la cancelación definitiva de sus prestaciones; que el causante en ningún caso negó el derecho de su trabajador, sino que lo reconoció y pagó parte considerable de las prestaciones conviniéndose que el saldo lo cubriría posteriormente al vencimiento del plazo que su hermano le concedió en forma voluntaria, todo lo cual demuestra su buena fe y con mayor razón la de sus herederos, quienes, por otra parte, no estaban enterados de las deudas de aquel ni mucho menos de lo inherente al contrato de trabajo y a la forma como pactaron los aludidos hermanos su liquidación. Se invoca, por último, la jurisprudencia reiterada acerca de que la sanción moratoria no debe aplicarse cuando se presentan circunstancias eximentes y se reitera como tal la situación de autos, en que se convino el pago del saldo cuando se vendiera un lote de terreno. El recurrente adiciona todo lo anterior con razones relativas a la compensación de deudas que se alegó desde la contestación del libelo inicial, que estima, da base también para el reconocimiento de la buena fe que no apreció el fallador, con su consecuencia eximente. Afirma, por último, que ha debido absolverse también de la indemnización por despido y de las costas.

Para el opositor la sentencia contiene las consideraciones sobre la ostensible mala fe del patrono al no pagar y al no consignar lo debido, sin condición y con plazo vencido, y ellas son tan claras que la hacen invulnerable, salvo en el reconocimiento de la indemnización desde la notificación de la demanda a los herederos y no desde la terminación del contrato.

Se considera

Las razones expresadas en último lugar por el acusador, sobre la compensación de deudas, no son atendibles para la definición del asunto de este cargo, porque acerca de tal fenómeno los juzgadores de instancia declararon su improcedencia por habérsele alegado simplemente en el libelo inicial sin que el debate probatorio lo estableciera

y, además, porque no se formuló demanda de reconvención sobre el particular, y nada podía determinar su acogida, y el cargo no se ocupa de ninguno de los aspectos de esta solución judicial ni el recurso lo comprende, ni siquiera en la expresión de su alcance. Y si se arguye que no se trata de esto último, es decir, de que haya un pronunciamiento sobre la dicha compensación, sino tan solo de que se la considere entre los motivos configurantes de la buena fe patronal por haber sido alegada en aquel libelo, habrá de expresarse que ello no es bastante, en las condiciones de autos, por falta de pruebas.

Como tampoco es atendible la referencia a la indemnización por despido, pues el ataque no señala norma alguna sobre esta materia, ni nada alega acerca de ella ni, como se expresó al decidir el cargo precedente, hubo condena por tal concepto. En cuanto a las costas, por su condición secundaria, dependerán del éxito del recurso.

Mas en lo propio del cargo, por su texto de Ley y el concepto como se le presenta violado, es incuestionable que la condena por mora se fundó en la mala fe de la sucesión demandada y de su causante Edmundo Mora, por razones que, en lo fáctico, provinieron de la apreciación de las pruebas que destaca el acusador, esto es, el documento de folio 20 y las posiciones absueltas por el promotor de la litis. Y aparece ostensible que ninguna de las dos, en sí mismas ni relacionadas con cualquiera otra del proceso, muestran a la sucesión o a alguno de los herederos o representantes suyos como patrono de Jesús Mora Laguado, pues el contrato terminó el 31 de agosto de 1969 y su hermano Edmundo falleció meses después.

Ahora bien, el Artículo 65 CST, contiene como sujeto de obligación al patrono, cuya mala fe en la insatisfacción de los derechos laborales sanciona en la forma y por las razones que tan largamente ha expresado la jurisprudencia y en que se informa el fallo recurrido.

Y si bien la obligación ya causada por este concepto, a cargo de un patrono, se transmite a sus herederos, que en este caso han de responder por ella en la forma legal pertinente, como responden también si continúan con la contratación laboral y ahora en condición de patronos, todo eso es distinto a que terminado el contrato de trabajo, y fallecido después el patrono moroso, sin razón atendible —en su caso— se hereden también su mala fe y continúe causándose, día a día, la indemnización moratoria del Artículo 65 CST. Supuesto que también difiere del invocado como antecedente jurisprudencial de exégesis, por el ad-quem, respecto de la continuidad del derecho en los herederos del trabajador, para demandarlo del patrono, del causante de ellos o de la sucesión de ese patrono, en caso de muerte suya también, hasta lo causado por su mala fe. Pero en el asunto de autos la demandada nunca fue patrono del demandante, pues el contrato —como se ha dicho y nadie lo controvierte ni los falladores apreciaron hecho distinto— terminó antes de que falleciera el causante y constituye error de hecho manifiesto estimar mala fe en la sucesión, como lo hizo el ad-quem con apreciación de probanzas que se estudiaron por distintos aspectos pero todos ellos fuera del sujeto patronal cuya conducta de insatisfacción debía juzgarse.

Prospera entonces el ataque formulado, por su cuestión básica, y para las consideraciones de instancia se atenderá, a más de lo expuesto, a las siguientes:

El documento de folio 20 revela el arreglo a que llegaron los hermanos Mora Laguado acerca de la terminación del contrato y liquidación de los derechos laborales del demandante, acto juzgado en las instancias como transacción, y expresa también, la dicha pieza, que el ex-trabajador —pues a su firma en 12 de septiembre de 1969 ya lo era— recibió $ 20.000 como parte del valor convenido, para que el saldo de $ 40.000 le fuera "cubierto en dos contados mensuales, o en uno solo si se vende el lote de la calle 36". Para la Sala el entendimiento correcto de este compromiso, acerca del cual se confundieron los falladores, en mala apreciación de la prueba, es el de que Jesús Mora otorgó un plazo, concretamente de dos me-

ses, esto es que se cumpliría el 12 de noviembre de 1969, para que su hermano Edmundo le pagara los $ 40.000 restantes, en dos contados mensuales, agregándose "o en uno solo si se vende el lote de la calle 36", lo que quiere decir que, en este evento ya no serían dos los contados, ni mensuales, sino que debía producirse la cancelación definitiva.

Edmundo Mora falleció antes del plazo convenido y sin que se hubiese efectuado la venta que hubiese extinguido la modalidad de los dos contados mensuales. Por lo tanto, en esa fecha, 3 de noviembre de 1969, no estaba en mora y ni siquiera respecto de él cabía afirmar mala fe o ausencia de razones atendibles para no haber cancelado los $ 40.000 que solo se deberían, según la transacción, el 12 del mismo mes, pues ni se había cumplido el plazo para el pago en dos contados ni se había efectuado la venta que obligaba a cubrirlos en uno solo. No procedía, en consecuencia, la aplicación del Artículo 65 CST respecto de Edmundo Mora, el 3 de noviembre de 1969, porque no estaba en mora ni menos en mora sancionable, conforme a ese precepto. Y muchísimo menos respecto de su sucesión, que ni fue patrono de Jesús Mora ni recibió la obligación de continuar indemnizando día a día la mala fe de su causante.

Se impone, en consecuencia, la absolución por el extremo considerado y debe confirmarse en este punto lo resuelto por el a-quo, aunque por razones distintas. No habrá lugar a costas en la segunda instancia por no haber prosperado las apelaciones de las partes.

En mérito de todo lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE el fallo recurrido, de la fecha y origen que ya se expresaron, en cuanto por su ordinal 2º revocó el numeral 3º del apelado, absolutorio por indemnización moratoria y condenó por este extremo, y en cuanto por su ordinal 4º condenó a la sucesión a las costas de la alzada, y en lugar de ellos, en decisión subsiguiente, CONFIRMA la dicha absolución por mora del Juez Segundo Laboral del Circuito de Bucaramanga, sin costas en la segunda instancia. NO LA CASA en lo demás.

Sin costas en el presente recurso.

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

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PROCEDENCIA DEL RECURSO

Dice el impugnador que es improcedente el recurso, porque las peticiones de la demanda con que se inició el juicio, no tienen siquiera un discutible respaldo probatorio en el juicio. Calificar las peticiones por su respaldo probatorio para saber el interés del recurrente, no resulta exacto, por cuanto si tuvieran suficiente respaldo probatorio habrían sido satisfechas en la providencia, fuera de que tal calificación no puede resultar sino del examen del fondo del asunto. Por lo tanto, ha de estimarse que procede el recurso por cuanto las pretensiones del trabajador no satisfechas en la sentencia acusada, tienen un valor superior a cincuenta mil pesos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E. noviembre seis de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Córdoba Medina).

(Acta Nº 55).

Con la presente sentencia se resuelve el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Carlos E. Jurado, contra el fallo de veintiuno (21) de mayo de mil novecientos setenta y uno (1971), proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en el juicio seguido por el recurrente contra Walter Daniel Kahn.

Antecedentes

Por medio de apoderado, Carlos E. Jurado, mayor de edad, vecino de Pasto, identificado con la cédula de ciudadanía Nº 1.796.320 expedida en la misma ciudad, demandó a Walter Daniel Kahn, mayor de edad, vecino de Pasto, identificado con cédula de extranjería Nº 3358 R. E. expedida en Cali, para que fuera condenado a pagar diversas cantidades por concepto de reajuste de salarios al mínimo legal correspondiente a las distintas épocas comprendidas entre el año de 1943, cuando ingresó al servicio del demandado, hasta la terminación del contrato; a cesantía, vacaciones por todo el tiempo servido, prima de servicios, indemnización por despido unilateral, indemnización por falta de pago, overoles y zapatos, subsidio de transporte y costas del juicio.

En apoyo de la demanda fueron relatados los hechos así:

"El señor Carlos E. Jurado, trabajó en Industrias Waldaka desde el año 1943 mes de mayo, en calidad de obrero y ganando un salario de veinte centavos diarios los que posteriormente fueron aumentados a cincuenta centavos, a partir del año 1947 se le empezó a pagar la cantidad de diez pesos semanales, ya en el año 1950 se le aumentó a doce pesos semanales y en el año 1958 se aumentó dos pesos más es decir veinte pesos, y solamente al salir se le pagaba catorce cincuenta pesos diarios, habiendo trabajado hasta el día 8 de noviembre de 1968 fecha en la cual fue despedido sin haberse cancelado la indemnización por el despido ni las demás prestaciones que se le adeudan por concepto de veinticinco años de servicios prestados a la citada Industria. La citada Empresa durante todo el tiempo no ha pagado vacaciones, respecto a prima de servicios se pagó únicamente en 1968, quince

días de salario quedando debiendo los otros quince días, no se ha dado overoles y zapatos y en 1958 se pagó por este concepto $ 40.00 de calzado y $ 30.00 de overoles en el mes de julio de 1968 y ya en el mes de diciembre se canceló la suma de ochenta por calzado y setenta pesos por overol. De manera que fuera de lo ridículo del salario no se pagó otro valor, como dominical, vacaciones, prima de servicio, cesantía, etc.

"Durante todo este tiempo el trabajador Carlos E. Jurado permaneció la jornada diaria de trabajo y sobre la existencia del contrato de trabajo la misma nota de despido lo demuestra al darlo por terminado".

El apoderado de Walter Daniel Kahn manifestó en la contestación de la demanda: "Me opongo a las pretensiones del actor por cuanto los hechos en que se apoya se apartan por entero de la realidad como lo pregonará la culminación del proceso". En la misma contestación fueron propuestas las excepciones de petición de modo indebido, pago, prescripción y todo hecho en virtud del cual se desconozca la existencia de la obligación o se la declare extinguida si alguna vez existió.

En providencia de cinco de marzo de mil novecientos setenta y uno, el Juez Segundo Civil del Circuito de Pasto condenó a Walter D. Kahn a pagar a Carlos E. Jurado la cantidad de $ 182,50 por concepto de preaviso y la de $ 10.550,00 en razón de reajustes de salarios, denegó las demás peticiones y declaró parcialmente probada la excepción de prescripción. Ambas partes apelaron del fallo de primer grado.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en sentencia de fecha ya indicada, rebajó a $ 157,50 la condena por preaviso, revocó la condenación por reajuste de salarios, confirmó las absoluciones y no hizo condenación en costas. Oportunamente el apoderado del trabajador, interpuso recurso de casación contra dicha providencia, el cual le fue concedido por el Tribunal y admitido por la Corte.

El recurso

Fue formulado en tres cargos y con el siguiente alcance de la impugnación:

"Con este medio extraordinario de impugnación pretendo que la H. Corte actúe como Tribunal de Instancia en pro de mantener la vigencia de la Ley sustantiva laboral, quebrantada por el fallador de segunda instancia por infracción directa de normas, textos claros que al decidir no se les tuvo en cuenta y en consecuencia que se case totalmente la sentencia de segundo grado proferida por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en cuanto en ella no se tuvo en cuenta la aplicación de normas sustantivas laborales aplicables por ser de orden público, de efecto general inmediato y exigibles como derechos ciertos a favor del demandante por cuanto, tanto el juez de primera instancia, y el H. Tribunal, dieron por probados los extremos del contrato y el salario y ninguno declaró probada la excepción de pago propuesta por el demandado. En consecuencia pido que constituida la H. Corte Sala Casación Laboral en Tribunal de Instancia, revoque en todas sus partes la sentencia de segundo grado y en su lugar aplique las normas sustantivas laborales y condene a la parte demandada a pagar los salarios, prestaciones e indemnizaciones solicitadas por el trabajador demandante con base en los hechos plenamente probados en el proceso y la ninguna prueba de las excepciones propuestas por el demandado".

La oposición

Observó el apoderado del patrono que es improcedente el recurso de casación porque, según él, las peticiones de la demanda con que se inició el juicio, no tienen siquiera un discutible respaldo probatorio en el juicio, lo que hace que ellas no se estimen como interés del recurrente y no se alcance la cuantía necesaria para que proceda el recurso de casación.

También indica el opositor que el alcance de la impugnación está antitécnicamente formulado y que por ello no debe estudiarse el escrito sustentatorio del recurso extraordinario.

Se considera

Calificar las peticiones por su respaldo probatorio para saber el interés del recurrente, no resulta exacto, por cuanto si tuvieran suficiente respaldo probatorio habrían sido satisfechas en la providencia, fuera de que tal calificación no puede resultar sino del examen del fondo del asunto.

Por lo tanto, ha de estimarse que procede el recurso por cuanto las pretensiones del trabajador no satisfechas en la sentencia acusada, tienen un valor superior a cincuenta mil pesos.

En cuanto se refiere a la declaración del alcance de la impugnación, se encuentra impropiedad en la expresión de lo solicitado por el recurrente, cuando se pide que la Corte como tribunal de instancia revoque en su totalidad la sentencia de segundo grado ya que debe suplicar la casación total o parcial del fallo, para luego indicar la manera como el recurrente desea que se reemplace como tribunal de instancia, la parte quebrantada por la prosperidad del recurso.

Sin embargo, dentro del confuso planteamiento de la impugnación, el recurrente expresa que "se case totalmente la sentencia de segundo grado proferida por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto", y más adelante pide que se "condene a la parte demandada a pagar los salarios, prestaciones e indemnizaciones solicitadas por el trabajador demandante".

Por tales motivos y a pesar de la observación sobre la impropiedad en la formulación exacta del petitum de la demanda de casación habrá de estudiarse el escrito sustentatorio del medio extraordinario.

Primer cargo

Está presentado así:

"Acuso la sentencia recurrida por ser violatoria de los artículos 249, 253, 186, 306, 176, 65 del Código Sustantivo del Trabajo y Decreto 2351 de 1965 artículo 8 por interpretación errónea por error de derecho por cuanto el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto dio por establecido el pago de cesantía con un medio probatorio no autorizado por la Ley.

"La parte demandada adjuntó como prueba del pago por consignación una copia a carbón del comprobante de depósito hecho ante el Banco Popular señalado con el Nº 100819 de noviembre 7 de 1968 por la suma de $ 4.800.00.

"El H. Tribunal admitió esta prueba incompleta, documento de tercero, no reconocido como prueba de la excepción de pago".

El recurrente cita las normas sobre el procedimiento para pago por consignación, y concluye que no ha existido pago directo, ni pago por consignación, ni se aportaron pruebas de esos hechos, por lo cual se violaron las normas señaladas en el cargo, y se desconocieron las reglas previstas para la extinción de las obligaciones.

El opositor alega que el cargo es totalmente ineficaz porque la violación directa de la Ley no puede alegarse sino independientemente de supuestos fácticos, y porque el error de derecho en casación laboral, solo se presenta cuando se da 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 tambien cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo.

Se considera

El artículo 50 del Decreto 528 de 1964 dispone sobre el error de derecho lo siguiente:

"... Solo habrá lugar a error de derecho en la casación del trabajo, cuando se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la Ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, pues en este caso no se debe admitir su prueba por otro medio, y también cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo".

No existe norma que exija solemnidad alguna para la consignación de las prestaciones laborales, ni se ha de seguir el procedimiento civil sobre pago por consignación, sino que se han de poner a disposición del juez las sumas que se confiesen debidas. No es el caso de oferta de pago con notificación y demás circunstancias del procedimiento civil.

Como el recurrente alega error de derecho porque se estimó como prueba una incompleta, pero no porque se exigiera solemnidad alguna para el hecho que se trataba de demostrar, no se refiere al error de derecho admisible en la casación laboral, por lo cual el cargo está mal formulado al presentar como error de derecho uno que no tiene ese carácter en dicha casación.

Por otra parte, la interpretación errónea de la Ley proviene del equivocado concepto que se tenga de su contenido, independientemente de toda cuestión de hecho. Como se ha visto, el error de derecho en casación laboral solamente se admite cuando se aprecia una prueba no solemne para establecer un hecho que exige determinada solemnidad, o cuando se deja de apreciar prueba de tal naturaleza cuando es el caso de hacerlo. Luego no es posible formular en casación laboral un cargo por interpretación errónea a través de error de derecho.

Por tales motivos se desestima la primera acusación.

Segundo cargo

Dice el recurrente:

"La sentencia impugnada violó en forma directa el artículo 1º de la Ley 1ª de 1963, infracción cometida por error de derecho al haberse dejado de aplicar siendo el caso de hacerlo.

"Por la Ley Primera de 1963 se dispuso un aumento a los sueldos y salarios de todos los trabajadores de Colombia tanto oficiales como particulares en la proporción determinada por el artículo Primero de la citada Ley. El demandado no demostró en el proceso que hubiera realizado ese aumento en favor del demandante; acostumbrado a pagar $ 0,20 centavos diarios de jornal, no se creyó obligado tampoco a ese reajuste. El juez de primera instancia ordenó pagar ese reajuste por considerar que los de años anteriores estaban prescritos. El Honorable Tribunal Superior revocó el numeral de esta condena desconociendo en forma absoluta la existencia de la citada norma.

"La Honorable Corte en sentencia de 1º de junio de 1956 dijo: "La infracción directa de la Ley está plenamente demostrada cuando, frente a hechos no discutidos se aplica la norma legal a un caso no contemplado en ella o deja de aplicarse siendo el caso de hacerlo" y en sentencia de 22 de octubre de 1956 dijo: 'La violación directa de una norma puede ocurrir por la inaplicabilidad de ella o sea porque la desconoce o porque conociéndola la desecha".

"Estas claras doctrinas de la Honorable Corte me sirven para demostrar que la sentencia impugnada desconoció la vigencia de todas las normas citadas como violadas que son sustantivas y necesitan de la Honorable Corte las defienda en su integridad dándoles la aplicación que les negaron los falladores a pesar de dar por probados los extremos de un contrato de trabajo, su salario, su continuada dependencia, elementos de los cuales surgen los derechos ciertos laborales no renunciables por el trabajador ni desconocibles por las autoridades encargadas de darle aplicación".

El opositor alega que no hay ordenación lógica en la formulación del cargo, por lo cual debe desecharse de plano, afirma la demostración plena en el proceso de que el señor Carlos Jurado recibió los salarios mínimos en debida forma, y observa que el error de derecho en la casación laboral no corresponde a los planteamientos hechos por el recurrente.

Se considera

El impugnador afirma violación directa de algunas normas por error de derecho. Si la violación es a través de errores de hecho o de derecho, no es violación directa sino in-

directa. Tampoco señaló el acusador en qué consistió el error de derecho ni singularizó las pruebas mal apreciadas o dejadas de apreciar, como lo ordena el artículo 90 del Código Procesal del Trabajo.

Además, el Tribunal Superior de Pasto apoyó la absolución por reajuste de salarios, en que los anteriores a 1966 estaban prescritos, y los posteriores habían sido pagados conforme a las normas vigentes entonces sobre salario mínimo. Estos fundamentos del fallo no fueron atacados por el impugnador, lo cual hace que no pueda prosperar el cargo.

Tercer cargo

Fue redactado de la siguiente manera:

"La sentencia impugnada es violatoria de los artículos 7 en su parágrafo y 8 del Decreto 2351 de 1965 por aplicación indebida.

"Las disposiciones sustantivas que considero violadas disponen normas específicas para la terminación del contrato de trabajo. El artículo 7 en su parágrafo (D 2351 de 1965) determina que la parte que termina unilateralmente un contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento del despido el motivo o causal que la mueve a esa determinación. La Honorable Corte ha sostenido que exprese claramente tal hecho y en el caso presente el rompimiento del vínculo es ambiguo. El Honorable Tribunal generosamente dice en su sentencia que es un hecho demostrado que el despido se efectuó y que la justa causa invocada por el señor Kahn, o sea por la empresa, es el numeral 10 del D 2351 de 1965, que a su vez se remite a los artículos 58 y 60 del C. S. del T. Ni la carta de despido menciona tal causal ni las probanzas dan margen para la aplicación de tal causal e ignoró el H. Tribunal que el demandado en la prueba de absolución de posiciones aceptó que el trabajador había pedido permiso para no asistir en la última semana.

"Al admitir una justa causa no expresada por el demandado y admitir que se hizo sin el aviso previsto para la causal que inventaron los falladores se está frente a un despido ilegal que obligaba al fallador a dar aplicación al artículo 8 del D 2351 de 1965 también ignorado en la sentencia".

Termina el impugnador con un recuento de lo que según él, hizo el sentenciador de segunda instancia y sobre lo que debe hacer la Corte, señala normas consagratorias de los derechos reclamados en el juicio, y afirma: "Como extra, ultrapetita quedarían a favor del trabajador demandante la pensión de jubilación, el diez por ciento de aumento al salario por subsidio familiar, el descanso dominical en salarios variables del artículo 176 de C. S. del T.".

El opositor dice

"En el análisis o formulación del cargo el recurrente carga el énfasis en la apreciación de las pruebas.

"Basta decir que la indebida aplicación de la Ley solo puede alegarse independientemente de los supuestos fácticos. Además no coinciden las apreciaciones del recurrente con las del fallo.

"La no asistencia al trabajo en la forma que lo hizo el trabajador, inclusive ocho días en la última semana, (tal fue el motivo invocado para dar por terminado el contrato) como lo confiesan en la absolución de posiciones, da pie para terminar el contrato de trabajo sin previo aviso. (Ordinal 6º del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, en armonía con el ordinal 4º del Artículo 60 del C. Sustantivo del Trabajo").

Se considera

No dice en la sentencia acusada que el Tribunal haya encontrado en la nota de despido la cita del numeral 10 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, sino que toma como causa del despido la inasistencia reiterada y sistemática, exactamente como está expresada en el documento del folio 3 del primer cuaderno, pero es el propio fallador quien advierte que el hecho está contemplado como justa causa en el numeral citado. No hubo pues apreciación indebida de la prueba.

El sentenciador analiza varias pruebas en las cuales encuentra demostrada la existencia del motivo alegado para el despido, sin que el acusador ataque dichas probanzas para destruir los soportes de la decisión.

El recurrente no admite que en la carta de despido se haya mencionado la causal 10ª del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, ni que las pruebas hayan dado margen para la aplicación de tal causal, pero no formula concretamente los errores de hecho ni singulariza las pruebas indebidamente apreciadas o dejadas de apreciar, ya que se limita a la acusación por aplicación indebida que resulta por vía directa. Para esta clase de ataques es necesario que el impugnador acepte los hechos admitidos en la sentencia y que sobre ellos demuestre la aplicación indebida de las normas.

La sentencia acusada dice que la causa del despido fue probada, que ella se encuentra contemplada en el numeral 10 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 y que ese numeral remite a los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo. Como el único numeral del artículo 7º citado, que remite a los artículos del Código Sustantivo del Trabajo es el 6º y para la aplicación de éste no se hace necesario el preaviso, no habría lugar a la condenación pedida en el cargo.

La falta al trabajo sin razones válidas está prohibida por el numeral 4º del artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo, y cuando la falta de asistencia es reiterada y sistemática, envuelve violación grave de la prohibición, que constituye causal de despido con justa causa y sin preaviso según el numeral 6º del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965.

Habiendo sostenido el impugnador que la causal 10ª citada, no fue demostrada en el juicio sino "inventada por los falladores", carece de fundamento la conclusión de que el despido fue ilegal por no haberse dado el preaviso, y consecuencialmente debe rechazarse el cargo que pretende sobre tales supuestos, que se condene a la indemnización por despido.

El ataque no prospera.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de veintiuno (21) de mayo de mil novecientos setenta y uno (1971), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en el juicio seguido por Carlos E. Jurado contra Walter Daniel Kahn.

Costas del recurso a cargo del impugnador.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TRABAJO NOCTURNO — SOBRE-REMUNERACION

"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 forma diurna, y c) el salario correspondiente al trabajo diurno".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. —Bogotá, doce (12) de noviembre de mil novecientos setenta y uno (1971).

(Magistrado Ponente: Doctor Miguel Angel García B.).

(Acta Nº 46).

El señor Juan Montoya Montero, por medio de apoderado, presentó demanda ordinaria laboral de mayor cuantía contra el Banco Cafetero, entidad domiciliada en Bogotá, con la finalidad de que la parte demandada fuese condenada a pagar al actor: "salarios insolutos, reajustes del auxilio de cesantía, vacaciones y primas de servicio, e indemnización moratoria".

Como fundamentos de hecho de su acción dijo el demandante:

"1º. Según se acredita con la certificación adjunta, Juan Montoya Montero prestó sus servicios al Banco Cafetero en Bogotá, sin solución alguna de continuidad, en el lapso comprendido entre el 18 de junio de 1963 y el 30 de diciembre de 1967.

"2º. Durante los últimos años trabajados, según consta en el mismo certificado al cual se refiere el hecho anterior, Juan Montoya Montero devengó un suedo promedio de $ 1.856.00 mensuales.

"3º. Durante todo el tiempo trabajado hasta el mes de mayo, inclusive, de 1967, Juan Montoya Montero prestó sus servicios al Banco demandado en jornada nocturna, en el desempeño de varios cargos.

"4º. Hasta la fecha, por razones que se ignoran, el Banco Cafetero se ha negado a pagar al actor, lo mismo que a otros trabajadores, el recargo legal por trabajo ordinario nocturno, ya fuera con el 35% prescrito por la Ley o bien con el 40% estipulado en la Convención Colectiva de Trabajo que rige en la Empresa.

"5º. El Banco Cafetero adeuda al demandante no solo el valor del correspondiente recargo por trabajo nocturno, a título de salarios insolutos, sino el respectivo reajuste de prestaciones sociales, esto es, auxilio de cesantía, vacaciones y primas de servicio".

La parte demandada reconoció como ciertos, en la contestación de la demanda, los hechos primero y tercero, negó el segundo, cuarto y quinto, pero el segundo con las aclaraciones que allí manifiesta.

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, que fue el del conocimiento, desató la primera instancia en fallo de diez y seis de diciembre de mil novecientos setenta, por el que absolvió al demandado de los cargos formulados en la demanda, con costas a cargo del demandante.

Apeló la parte actora y el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá** por medio de sentencia de fecha once de mayo del año en curso confirmó en todas sus partes el fallo recurrido con costas a cargo del recurrente.

Contra esa sentencia interpuso recurso de casación el apoderado de la parte demandante, y concedido éste, admitido aquí por la Sala, presentada en tiempo la demanda, sin réplica del opositor, se procede a decidir:

La demanda

Dice el casacionista al fijar el alcance de la impugnación:

"Se pretende con este recurso que la Sala de Casación Laboral de la Corte case totalmente la sentencia de segundo grado y que, en su lugar, convertida en tribunal de instancia, revocando la del a-quo, profiera las condenas impetradas en la demanda, en la cuantía que corresponda por recargo proveniente de trabajo realizado en jornada nocturna; por reajuste del auxilio de cesantía, de vacaciones, y de prima de servicios y por indemnización moratoria, a razón de $ 61.86 diarios, desde el 1º de enero de 1968 hasta la fecha en que la entidad demandada satisfaga los salarios insolutos y las prestaciones que debe al actor".

Con fundamento en la causal primera de casación, presenta un solo cargo de la siguiente manera:

"Cargo único

Violación indirecta, por falta de aplicación, siendo aplicables al caso, de los artículos 168 numeral 1, 169 y 13 del C. S. del T. y 161 del C. P. del T., éste como infracción medio, en relación con los artículos 17 y 14 —numeral 3— del Decreto 2351 de 1965, 186, 189, 249, 306 y 65 del primero de dichos Códigos, a consecuencia de manifiesto error de hecho en la apreciación de varias pruebas.

"El error de hecho consistió:

"a) En no dar por establecido, estándolo, que al demandante, contratado para realizar labores en jornada nocturna, se le dejó de pagar el recargo correspondiente;

"b) En no dar por establecido, estándolo, que en la misma empresa, simultáneamente y respecto de labores análogas realizadas en jornada diurna, rigieron salarios superiores al que devengó el actor como Revisor nocturno; y

"c) En dar por establecido, sin estarlo, que dentro del salario pagado al demandante, estaba incluído el recargo del 35% previsto en la ley, o del 40%, estipulado en Convención Colectiva.

"Las pruebas equivocadamente apreciadas son:

"1. El contrato de trabajo de fecha 18 de junio de 1963, folios 12 y 13 del cuaderno principal, que reviste el carácter de documento auténtico;

"2. La inspección ocular practicada por el juzgado del conocimiento, visible a folios 35 a 39 y 42 a 46, también del cuaderno principal; y

"3. Los artículos 2º y 31 de la Convención Colectiva de fecha 14 de febrero de 1966, que en copia obra al folio 3 del mismo cuaderno".

Transcribe luego el censor unos apartes de la sentencia acusada y para sustentar su cargo dice:

"Finalmente el sentenciador invoca un hipotético principio, según el cual, en cuanto a la apreciación de las pruebas en materia laboral, 'cuanto (sic) existe una duda en relación con lo que se trata de demostrar debe resolverse la duda en favor del procesado, del inculpado, y en este caso el procesado, el inculpado, el enjuiciado es la Empresa'.

"Como se ve, el Tribunal se limita a hacer una reseña de pruebas que obran en el expediente, pero no efectúa su análisis, conforme lo dispone el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo, esto es, no expone las razones que hayan obrado en su ánimo para desestimar las que menciona. Y si bien es cierto que el fallador goza de amplitud para valorar las pruebas, ello no excluye la obligación que tiene de aplicar un criterio lógico al respecto, 'mediante la crítica adecuada y recta de los elementos que le sirven de base para formar su convencimiento', como lo ha expresado la jurisprudencia, que es lo que constituye la persuasión racional, principio muy distinto al de la 'duda en favor del procesado'.

"Ahora bien:

"En el escrito de contestación de la demanda, y al referirse al hecho 3º del libelo inicial, el demandado contestó lo siguiente:

" 'Durante todo el tiempo trabajado hasta el mes de mayo, inclusive, de 1967, Juan Montoya Montero prestó sus servicios al Banco demandado en jornada nocturna, en el desempeño de varios cargos'.

"En el acta de inspección ocular y en relación con el no pago del recargo nocturno, hecho afirmado por el demandante, el juez del conocimiento dejó la siguiente atestación:

" 'En cuanto al último punto señalado por la parte demandante se deja la expresa constancia de que en la carpeta del trabajador no aparece constancia alguna sobre pagos verificados al señor Montoya por concepto de recargo nocturno' (folio 37).

"Existe, pues, meridiana claridad sobre esta cuestión. Y no desvirtúa esa claridad la circunstancia de que con posterioridad a la fecha de celebración del contrato de trabajo (18 de junio de 1963) se haya agregado en ese documento, a manera de 'observación': 'Desde el 1º de octubre del presente año de 1964, las funciones del empleado serán en definitiva las de Revisor en el Centro Nocturno de Cuentas Corrientes (Auditoría General). Por lo anterior, y teniendo en cuenta que las labores serán nocturnas, se ha asignado un sueldo fijo de $ 880.00, efectivo a partir del 1º de octubre de 1964'.

"En el acta de inspección ocular, cuya consulta es necesaria para fijar el alcance de la observación que se agregó al contrato, (folios 36) aparecen las anotaciones que se transcriben en seguida:

" '1º Que el señor Juan Montoya Montero, en su carácter de empleado al servicio al Banco (sic) el 18 de junio de 1963 devengó un sueldo de $ 550.00, sueldo éste que estuvo vigente hasta el 30 de agosto del mismo año;

" '2º El mencionado señor Montoya Montero, el día 1º de septiembre de 1963, empezó a devengar un sueldo mensual de $ 715., el cual rigió hasta el 30 de septiembre de 1964; a partir del 1º de octubre de 1964 hasta el 31 de diciembre del mismo año, el señor Montoya Montero devengó un sueldo de $ 880.00'.

"Se infiere así que la única finalidad de la adición al contrato inicial fue la de acordar un nuevo aumento de salario, que alcanzó a la suma de $ 165.00 mensuales.

"Las frases restantes, a saber: 'Las funciones del empleado serán en definitiva las de Revisor en el Centro Nocturno de Cuentas Corrientes (Auditoría General)' y 'por lo anterior, y teniendo en cuenta que las labores serán nocturnas', simplemente reiteran lo que ya estaba indicado en el contrato (ver folio 12).

"Es obvio, que tratándose de un 'Revisor Nocturno', 'las labores serán nocturnas'. Se trata de una simple tautología. De tal manera que la alusión a la índole nocturna de la jornada de trabajo, apenas sí puede entenderse como una especie de justificación para el aumento de salario. Pero en manera alguna cabe atribuírsele la significación que pretende el Tribunal, o sea la de que precisamente equivale a haber dicho: 'Teniendo en cuenta que las labores serán nocturnas, se ha asignado un sueldo fijo de $ 880,

en el que está involucrado el recargo del 35% que señala la ley'. O bien 'el cuarenta por ciento previsto en la Convención Colectiva'.

"No es razonable interpretar la omisión de algo que debió ser explícito, contra el trabajador demandante, en gracia al 'principio' de que la duda se resuelve a favor del 'procesado'.

"Con el criterio del fallador podría sostenerse igualmente que si en un contrato se estipula determinado salario y, para abundar en precisiones, se añade la locución 'por tratarse de trabajo diurno', queda incluído automáticamente en tal salario el recargo por labores realizadas en días festivos o en horas extras.

"Demostrado como queda que el fallador, por no haber utilizado en el estudio del material probatorio la persuasión racional, y por ende, haberlo apreciado erróneamente, llegó a una conclusión equivocada en cuanto se abstuvo de dar por establecido, estándolo, el hecho real de que el demandante fue contratado para prestar un servicio nocturno y que no recibió siquiera el recargo del 35% legal, corresponde a la Corte, convertida en tribunal de instancia, enmendar tan ostensible error de hecho.

"Y no se arguya que en el proceso se echa de menos un punto fijo de referencia 'para aplicar aritméticamente un porcentaje o un guarismo, para sobrerremunerar la jornada nocturna', según asevera el fallador, pues de la inspección ocular emergen datos inequívocos, reveladores de que coetáneamente con el actor, otros empleados, en el desempeño de labores análogas, cumplidas en jornada diurna, devengaron sueldos superiores. Así por ejemplo, se estableció que mientras el señor Antonio Prieto devengaba, como Revisor Diurno, $ 1.750.00 en junio de 1964, Montoya solo recibía, como Revisor Nocturno, $ 715.00 en el mismo mes; que desde el 1º de julio de 1964, Prieto devengó $ 1.802.00 mensuales, mientras Montoya continuó con $ 715.00, y que desde el 1º de julio de 1966 a Prieto se le pagó la suma de $ 2.048.00 mensuales y a Montoya solo $ 1.159.00.

"Análoga comprobación hizo el juzgado, a petición del apoderado del actor, en la misma diligencia de inspección ocular, en relación con los Revisores Diurnos Juan de J. Vargas, Tito Ferroni V. y Mario H. Escobar, a quienes el Banco Cafetero les tuvo asignados sueldos muy superiores al de Montoya, Revisor Nocturno.

"Luego sí hay en el proceso punto de referencia suficientemente adecuado para deducir el porcentaje de recargo legal o convencional a que tiene derecho el actor.

"Por lo demás, lo esencial, lo sustancial en el ordenamiento de la ley, es la garantía de una justa retribución para el trabajo nocturno, que debe exceder al diurno en no menos del 35%. Lo adjetivo o secundario es el punto de referencia, esto es, la determinación del promedio del salario usual para la misma o equivalente labor diurna. De allí que el artículo 169 del C. S. del T. contemple, por vía de ejemplo, la posibilidad de que no exista en el mismo establecimiento una ocupación equiparable a la que se realice en la noche, caso en el cual es dado a las partes pactar un promedio convencional, o tomar en cuenta, actividades diurnas en otros establecimientos. Dentro de ese orden de ideas, y siendo de presumir que el salario acordado para el trabajo nocturno, sin recargo, es más o menos igual al salario diurno vigente en la misma empresa para actividades semejantes, lo lógico y equitativo entonces es que el recargo se calcule sobre el monto del salario efectivamente devengado por el trabajador nocturno".

Se estudia

El Tribunal en la sentencia acusada se expresa de la siguiente manera:

"Todo se reduce a que el demandante dice tener derecho a que se le pague el recargo correspondiente, por haber sido la jornada nocturna, por no habérsele pagado nunca; y, que la empresa diga que no le debe nada, ya que dentro del salario pactado —inicialmente $ 550.00 como Revisor Nocturno de la Auditoría General y posteriormente con la suma de $ 880.00 mensuales— se estaba

pagando cualquier recargo por lo nocturno de la jornada. Y, que además dicha jornada era solo de cinco (5) horas diarias nada más, motivo por el cual tal reducción de la jornada compensaba el valor de cualquier recargo que hubiera.

"Dentro del contrato de trabajo se lee al final: 'Desde el 1º de octubre del presente año de 1964, las funciones del empleado serán en definitiva las de Revisor en el Centro Nocturno de Cuentas Corrientes (Auditoría General)'.

" 'Por lo anterior y teniendo en cuenta que las labores serán nocturnas se ha asignado un sueldo fijo de $ 880.00 efectivo a partir del 1º de octubre de 1964' y firman el Gerente y el trabajador.

Hace el ad-quem algunas consideraciones sobre la Convención Colectiva y agrega luego:

"El artículo 168 del C. S. del T., nos enseña que el trabajo nocturno debe ser remunerado con un recargo del 35% por el solo hecho de ser tal. Pero de qué manera? En relación con el trabajo diurno. Y, el artículo 169 ibídem, nos dice cuál es la forma para aplicar ese mayor valor al trabajo nocturno. Y, es que no podía ser de otra forma. Es necesario tener un punto de referencia para aplicar un mayor valor al trabajo nocturno.

"Este es en realidad el problema a enfocar. ¿Cómo ha debido sobrerremunerarse ese trabajo nocturno? Con un 35% o con un 40% más, claro está. Pero aplicable sobre cuál salario?

"Y resulta que en cuanto hace relación a este tema, visto lo aportado al proceso, lo dicho por el apoderado del demandante en sus alegatos de folios 58 a 65 y 95 a 100 y lo decidido por el fallador de instancia, veremos lo que sigue:

"El deponente de folios 29 a 32, nos dice que la jornada nocturna máxima era de 5 horas diarias. Agrega que el trabajo de los Revisores nocturnos, no es igual al de los Revisores diurnos. Y dice en qué consiste esa diferencia. También declara que a él, al declarante, le pagó el Banco el recargo del 35%. Que existen muchos revisores diurnos que devengan más sueldo que los empleados o revisores nocturnos.

"Por el contrario, el declarante de folios 50 a 55, dice que la labor desarrollada por los revisores diurnos de auditoría y los revisores nocturnos era igual. Agrega el mismo declarante que en la actualidad devenga un salario mayor que cuando desempeñaba la labor de revisor nocturno. Continúa diciendo que durante el tiempo que trabajó en jornada nocturna no recibió sobrerremuneración alguna.

"De la misma manera el declarante de folios 47 a 50, explica (folio 48), cómo la labor de revisor nocturno era diferente a la del revisor diurno.

"Es verdad que en la Inspección Ocular, folios 35 a 39, se dejó constancia de que 'en la carpeta del trabajador no aparece constancia alguna sobre pagos verificados al señor Montoya por concepto de recargo nocturno'.

"En fin, se habla de que sí hay revisores diurnos que devengan salarios mayores que los nocturnos, como en el caso del trabajador Ciro Antonio Prieto. (ver declaración folio 31).

"Se traen incluso los salarios devengados por tales trabajadores o alguno de ellos, con sus aumentos que les hicieron en épocas posteriores a su ingreso al trabajo. (Ver inspección ocular, folio 38).

"Pero en verdad, no está aclarado nítidamente, que un trabajador o revisor nocturno, en iguales condiciones, época de trabajo y en el desempeño de idénticas o similares labores, hubiera devengado un salario igual o superior del revisor nocturno o viceversa ni concretamente al del extrabajador y demandante.

"Según todo lo anteriormente dicho, y sabiendo como es sabido que un principio general de derecho, es que las dudas en

cuanto a la aplicación de la Ley positiva, deben resolverse a favor del más débil, a favor del procesado —derecho penal—, y así lo instituye inclusive el artículo 21 del C. S. del T. cuando dice que en caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador...".

"Pero en cuanto a la apreciación de las pruebas, debe ajustarse no a la tarifa probatoria, pero sí debe aplicarse el principio de que cuando existe una duda en relación con lo que se trata de demostrar, debe resolverse la duda en favor del procesado, del inculpado, y en este caso el procesado, el inculpado, el enjuiciado es la empresa.

"No existe claridad en cuanto a lo valorado o tarifado de la jornada nocturna, la labor desarrollada en tal forma, como su equivalente en jornada diurna.

"No siendo esto así, no es posible tener una referencia, un punto fijo para aplicar aritméticamente un porcentaje o un guarismo, para sobre-remunerar la jornada nocturna. Y más aún, se dice pero no se prueba, que no se pagó esa sobrerremuneración, mientras la otra parte —la demandada—, afirma que dentro del jornal pagado se entendía incluída esa sobrerremuneración. Y no solo se afirma, sino que en la cláusula del contrato, pacto no contradicho ni impugnado, se dice que su pago se hace en esa cuantía de $ 880.00 'teniendo en cuenta que las labores serán nocturnas'". (Hasta aquí el Tribunal).

El casacionista considera que el ad-quem erró en la apreciación de las pruebas constituídas por: el contrato de trabajo, la inspección ocular y los artículos 2º y 31 de la Convención Colectiva.

Ciertamente el fallador de segundo grado analizó en forma breve tales probaciones, empero de ese haz probatorio concluye que en vista de ellas no es posible tener una referencia para aplicar un porcentaje o un guarismo para sobre-remunerar la jornada nocturna, es decir para tomar como base de tal apreciación el equivalente de trabajo diurno que no fue demostrado.

Evidentemente al tenor de lo dispuesto por el artículo 168 del C. S. del T.

"El trabajo nocturno, por el solo hecho de ser nocturno, se remunera con un recargo del treinta y cinco por ciento (35%) sobre el valor del trabajo diurno" y el artículo 169 del mismo Código dispone que:

"Todo recargo o sobre-remuneración por concepto de trabajo nocturno se determina por el promedio de la misma o equivalente labor ejecutada durante el día. Si no existiere ninguna actividad del mismo establecimiento que fuere equiparable a la que se realice en la noche, las partes pueden pactar equitativamente un promedio convencional, o tomar como referencia actividades diurnas semejantes en otros establecimientos análogos de la misma región".

No habiendo aquí las partes pactado salario promedio convencional, en los términos del precitado artículo, solo queda el camino de deducir la sobre-remuneración para el trabajo nocturno sobre la base del salario diurno en cargo similar al del actor, que como está anotado, no encontró acreditado el Tribunal.

La Sala Laboral de la Corte en sentencia de 22 de marzo de 1962 (G. J. Nº 2253-2254) acerca de ese tema de la sobre-remuneración por trabajo ordinario ejecutado en horas de la noche, se pronunció de la siguiente manera:

"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 forma diurna, y c) el salario correspondiente al trabajo diurno".

En el caso de autos, de la inspección ocular se deduce que varios revisores diurnos devengaban salarios superiores al percibido por el demandante, tales como:

Ciro Antonio Prieto quien en 1956 ingresó al Banco con $ 450.00 en junio de 1964 ganaba $ 1.775.00 y en julio de 1966 $ 2.048.00;

Juan de J. Vanegas empezó en enero de 1963 con $ 1.858.00 y en septiembre del mismo año devengaba $ 2.462.00; en enero de 1964 empezó a ganar $ 2.499.00 y en enero de 1966 $ 2.691; y

Tito Ferroni Venturoli, en 1º de enero de 1963 comenzó con $ 2.403.00 y en 1965 devengaba $ 4.225.00.

Todos ellos en los cargos denominados genéricamente como Revisores diurnos, mientras que por esas mismas épocas es decir en 1963 el demandante empezó con $ 550.00 como revisor nocturno, en 1964 ganaba $ 880.00 y en 1966 $ 1.159.00.

La inspección ocular no da luz acerca de la circunstancia por la cual entre los revisores diurnos existiera esa diferencia apreciable de salarios, no se investigó en qué consistía la función precisa de cada uno de esos revisores diurnos, y no puede concluírse de tal prueba que las labores de esos empleados fueran iguales aun cuando todos estuvieran denominados como "revisores".

Y si esos revisores diurnos no tenían una remuneración similar apropiada para trabajo igual, mal puede servir de base para un estimativo de sobre-remuneración por trabajo ordinario nocturno en la función de revisor, como en el caso concreto del demandante, porque no fue demostrada la similitud de funciones entre uno y otro cargo diurno y nocturno.

Por otra parte, el Tribunal apoya su determinación no solamente en esa inspección ocular sino también en aquellos testimonios mencionados antes, que indican que las labores de revisor nocturno eran diferentes de las de revisor diurno, según las explicaciones que ofrecen esos testigos, apoyo éste del fallo recurrido que no puede ser considerado en casación dadas las restricciones a que se refiere la Ley 16 de 1969.

No aparece pues el error señalado por la censura en la apreciación de esa prueba de inspección ocular.

En lo atinente al contrato de trabajo, de su lectura se concluye que el señor Juan María Montoya Montero, ingresó al Banco Cafetero como Revisor-Nocturno-Auditoría General con un salario para esa especificación de labores nocturnas de $ 550.00 mensuales. Y, al pie del documento impreso aparece una adición escrita a máquina, suscrita por el Gerente del Banco y por el trabajador, ahora demandante que dice:

"Desde el 1º de octubre del presente año de 1964, las funciones del empleado serán definitivas las de Revisor en el Centro Nocturno de Cuentas Corrientes (Auditoría General).

"Por lo anterior, y teniendo en cuenta que las labores serán nocturnas, se ha asignado un sueldo fijo de $ 880.00 a partir del 1º de octubre de 1964".

El ad-quem sintéticamente analiza esa prueba documental diciendo: "(...) mientras la otra parte —la demandada—, afirma que dentro del jornal pagado se entendía inclusive esa sobrerremuneración. Y no solo lo afirma, sino que en la cláusula del contrato, pacto no contradicho ni impugnado, se dice que su pago se hace en esa cuantía de $ 880.00 'teniendo en cuenta que las labores serán nocturnas' ".

Es decir que, con ello entiende el Tribunal que, precisamente en consideración a lo nocturno de las labores ordinarias de ese revisor se acordó un "sueldo fijo" de $ 880.00 según la voluntad expresa de las partes contemplada en esa adición contractual. Lo que desde luego, no impidió, ni podía impedir que la remuneración fuera posteriormente aumentada por el Banco, tal como aparece de los detalles suministrados en la inspección ocular , aumentos estos que no desvirtúan la determinación contractual antedicha.

No se encuentra aquí tampoco el error indicado por el casacionista.

En cuanto a la convención colectiva dice el fallador de segundo grado que "(...) en ese caso debería dársele aplicación", construcción hipotética ésta que no pudo tener efectividad, porque no habiendo encontrado la demostración de cargo similar diurno ni salario correspondiente, no podía aplicarse el porcentaje acordado en la convención y ni siquiera el legal.

Es decir que, sobre el primer presupuesto a que se refiere la jurisprudencia antecitada no se encuentra dificultad alguna, toda vez que las partes están de acuerdo en que el trabajo desempeñado por el demandante fue desde el comienzo de sus labores nocturno, según el texto del contrato aducido a los autos como prueba, y de las manifestaciones pertinentes de la demanda y de la contestación a ésta por la parte demandada. Empero, como está advertido, los otros dos presupuestos fundamentales para el éxito de la acción de que aquí se trata, o sean: identidad de función en jornada diurna y salario correspondiente al trabajo similar diurno, no fueron demostrados por la parte demandante tal como lo expresa el Tribunal en la sentencia acusada, y por consiguiente no apareciendo el error evidente anotado por el casacionista el cargo no prospera.

En virtud 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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha once de mayo del corriente año, en este juicio.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

José Enrique Arboleda V., Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DOCUMENTO AUTENTICO

En derecho las cosas corresponden a su naturaleza o substancia y no a la forma o ropaje con que se las vista y así quienes manifiestan en un escrito ser conocedores de un determinado hecho o suceso o cuál es el sentido de lo que expresaron o de los conceptos que con anterioridad emitieron, actúan como testigos, no obstante que lo hagan en forma de constancia escrita y que sean llamados a reconocer la autenticidad de la firma puesta en ella, como si se tratara de documento auténtico en el sentido restringido a que la dicha Ley 16 (de 1969), se refiere.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., quince de noviembre de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor José Enrique Arboleda V.).

(Acta Nº 46).

El doctor Alvaro Leyva Liévano, por su apoderado, demandó a la Sociedad de Caridad y de Beneficencia de Neiva, mediante un juicio ordinario laboral, en solicitud de que fuese condenada a pagarle salarios insolutos con base en un sueldo de $ 8.000.00 mensuales, auxilio de cesantía, primas de servicio, indemnización por lucro cesante e indemnización moratoria, para lo cual afirmó la existencia de un contrato de trabajo celebrado entre aquel y esta, por escrito, con duración de dos (2) años, contrato que se inició el 1º de febrero de 1968 y que la demandada dio por terminado el 13 de noviembre del mismo año "sin que para ello existiera justa causa".

La demandada descorrió el traslado del libelo respectivo con la aceptación de que el Doctor Leyva Liévano "desempeñó el cargo de Director del Hospital de San Miguel de Neiva, desde el 1º de febrero de 1968 hasta el 13 de noviembre de 1969"; pero negó que hubiera sido ilegal e injusta la terminación de su contrato y sostuvo, por el contrario, que "su despido se efectuó de conformidad con el artículo 62, numerales 2º y 9º del C. S. del T., en concordancia con el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965". Manifestó además que la Sociedad no debe suma alguna al demandante y que sus prestaciones sociales le fueron consignadas en el Juzgado Laboral del Circuito el 3 de marzo de 1969.

Tramitado el juicio en legal forma el Juzgado dicho lo desató con sentencia de 29 de enero del año que corre "declarándose inhibido para decidir el fondo del litigio".

Apelada esa sentencia por la parte actora el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva la revocó en la suya de 3 de abril del mismo año y, en su lugar, dispuso:

"Primero. Declárase que entre la sociedad demandada o sea la de Caridad y Beneficencia de Neiva, en su calidad de propietaria del Hospital San Miguel, y el Doctor Alvaro Leyva Liévano, existió un contrato de trabajo del 1º de febrero de 1968 al 13 de noviembre del mismo año, inclusive.

"Segundo. Condénase a la Sociedad demandada a pagar al Doctor Alvaro Leyva Liévano el valor de trece (13) días de salario, correspondiente al lapso comprendido

entre el 1º de noviembre de 1968 y el 13 del mismo mes y año, inclusive, a razón de $ 266.66, o sea la cantidad de tres mil cuatrocientos sesenta y seis pesos con cincuenta y ocho centavos ($ 3.466.58).

"Tercero. Condénase a la misma Sociedad demandada a pagar al Doctor Alvaro Leyva Liévano por concepto de auxilio de cesantía la cantidad de seis mil ciento ochenta y nueve pesos ($ 6.189.00).

"Cuarto. Condénase a la Sociedad demandada a pagar al Doctor Alvaro Leyva Liévano la cantidad de doscientos sesenta y seis pesos con sesenta y seis centavos ($ 266.66) diarios, desde el día catorce de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho, inclusive, hasta cuando se le paguen las prestaciones y los salarios anteriormente enumerados, por concepto de indemnización por mora en el pago de salarios y prestaciones.

"De las cantidades anteriores, se deducirá la suma de tres mil doscientos cuarenta y dos pesos con setenta centavos ($ 3.242.70) que se consignó a órdenes del demandante por concepto de cesantía

"Hágase la entrega del título de consignación Nº 148088 de marzo 3 de 1969 al Doctor Alvaro Leyva Liévano.

"No se hacen las demás declaraciones impetradas y se absuelve al demandado de los demás cargos formulados en la demanda.

"Costas en ambas instancias a cargo de la parte demandada".

Interpuso el demandante recurso de casación y plantó su apoderado la respectiva demanda, no replicada por la Sociedad de Caridad y Beneficencia de Neiva, en la cual fija el alcance de la impugnación diciendo:

"Se pretende con el recurso que se case la Sentencia Impugnada en cuanto absolvió de las peticiones sobre Prima de Servicios e indemnización por ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo y que en función de instancia, revocando en lo pertinente la decisión del a-quo, se condene a la demandada a pagar al Doctor Alvaro Leyva Liévano, el valor de las primas correspondientes a los dos semestres de 1968, y el valor de la indemnización que le corresponde por la ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo".

La demanda formula un solo cargo, cuyo tenor es el siguiente:

"Dentro de la Causal Primera de Casación, artículo 60 Decreto 528 de 1964 invoco contra la sentencia un único cargo consistente en la violación en forma indirecta y por aplicación indebida de los artículos 7º, parágrafo final, del Decreto 2351 de 1965, causal 2º del mismo artículo y artículo 8º numeral 3º del referido Decreto y Art. 306 del Código Sustantivo del Trabajo. A la violación de las normas anteriores llegó el sentenciador a consecuencia del manifiesto error de hecho consistente en la falta de apreciación del siguiente documento auténtico debidamente reconocido por sus signatarios dentro del juicio: Constancia emitida por el Comité Médico del Hospital San Miguel que obra a folio 9 del expediente, de fecha noviembre 15 de 1968, suscrita por los doctores Roberto Liévano quien la reconoció en diligencia del 2 de febrero de 1970 (folio 76), Ricardo Liévano la reconoció en diligencia de la misma fecha (folio 76 vto.), Miguel Ramírez Díaz quien la reconoció en diligencia de 3 de abril de 1970 (folio 104 vto.), y Alvaro Ramírez Rojas quien la reconoció en diligencia de la misma fecha 3 de abril (folio 101 vto. del Cuaderno Principal), documento en el cual se establece plenamente que el Comité Médico en ningún momento determinó que se le cancelara el Contrato de Trabajo al Doctor Leyva Liévano, como así ocurrió sin que existiera causa justa para ello. Al no ser apreciado dicho documento por el Sentenciador el soporte legal del fallo cae, por cuanto la Sentencia del Tribunal se apoya en la existencia de causales justas para dar por terminado el contrato de trabajo como son las contemp adas en el artículo 7º literal 2º del Decreto 2351/65, y en ninguna de ellas incurrió el Doctor Leyva para que su contrato de trabajo fuera cancelado como ocurrió.

"Si el sentenciador hubiera apreciado ese documento auténtico, indudablemente otro

hubiera sido el fallo proferido y no hubiera tenido que acudir, como lo hizo a pruebas de menor categoría.

"En síntesis: la falta de apreciación del documento auténtico indujo al sentenciador a dar por demostrado, no estándolo que hubo justa causa para despedir y a no dar por demostrado, estándolo, que la conducta del trabajador demandante fue intachable".

La Sala, para resolver, considera:

En primer término, el ataque se concreta en su integridad a tratar el punto relacionado con el despido del actor; pero no indica de qué manera, ni por cuál vía infringió el sentenciador la disposición relativa a prima de servicios a cuyo pago se refiere en el alcance de la impugnación. En consecuencia, este aspecto no puede ser considerado por la Sala.

Y por lo que hace al despido ocurre lo siguiente:

Lo que el casacionista señala como "documento auténtico" dejado de apreciar por el Tribunal no corresponde a lo que por tal entiende el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, pues el escrito del folio 9 es una constancia suscrita por los doctores Roberto Liévano, Alvaro Ramírez Rojas, Miguel Ramírez Díaz y Ricardo Liévano P., en la que expresan: "la equivocada interpretación que la Junta Directiva del Hospital dio a nuestro informe, rendido en fecha del mes próximo pasado; en el cual hicimos un franco reconocimiento de la labor y el interés cumplidos por el Doctor Alvaro Leyva L., para organizar y mantener una ejemplar disciplina de trabajo, que de ninguna manera podía determinar su destitución de la entidad".

Se trata aquí, pues, de declaración de terceros o de testimonios rendidos bajo la forma de una constancia escrita, mediante la cual deponen sobre el comportamiento del demandante como Director del Hospital San Miguel de Neiva y la consideración de este medio de prueba fue excluído del error de hecho en casación laboral por el precepto arriba citado.

En derecho las cosas corresponden a su naturaleza o substancia y no a la forma o ropaje con que se las vista y así quienes manifiestan en un escrito ser conocedores de un determinado hecho o suceso o cuál es el sentido de lo que expresaron o de los conceptos que con anterioridad emitieron, actúan como testigos, no obstante que lo hagan en forma de constancia escrita y que sean llamados a reconocer la autenticidad de la firma puesta en ella, como si se tratara del documento auténtico en el sentido restringido a que la dicha Ley 16 se refiere.

Con este sistema o por este medio desaparecerían los fundamentos de la prueba testimonial, pues si bastara a los deponentes suscribir una constancia de lo que saben o conocen sobre algún suceso, hecho o acto y reconocer luego su firma bajo juramento, se desquiciarían las formalidades esenciales de este medio de prueba, que son las que permiten medir el valor probatorio del testimonio humano.

..De acuerdo con el artículo 637 y sus concordantes del anterior Código Judicial (Ley 105 de 1931), vigente cuando se suscribió la constancia que se analiza, resultaba que documento privado era el otorgado por las partes y su autenticidad derivaba de su reconocimiento por ellas, según los diversos modos previstos al efecto. Y esta noción no ha cambiado, ni podía cambiar, en el nuevo Código de Procedimiento Civil, que si bien enumera en su artículo 251 lo que se entiende por documento en sentido lato, señala a renglón seguido sus especies: público y privado, y es a éstos y no a aquél, a los que se refiere el artículo 7º de la Ley 16 de 1969.

Documentos, en sentido lato, según el texto del artículo 251 citado, "son los escritos, impresos, planos, dibujos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y en general todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios y similares", lo que no obsta para que al estimar su mérito se atienda antes que al me-

dio documental en sí, a lo que contiene. Y así resulta que la cinta magnetofónica en que se grabaron una confesión o algunos testimonios o el acta manuscrita o tomada a máquina que recogió aquella o éstos, o la constancia escrita de personas a quienes consta un suceso, aunque en sí son documentos, corresponden en realidad a la prueba de confesión o a la testimonial y su examen ha de hacerse como tales y no como documentos públicos o privados.

Por lo tanto, no prospera el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Sin costas.

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

Los magistrados,

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García, José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

VACACIONES COLECTIVAS

Es obvio que si una empresa concede a sus trabajadores vacaciones colectivas no puede menos de pagarles el valor de los salarios correspondientes al lapso de descanso: es insólito suponer lo contrario, o sea, que todo el personal de la empresa sale en la misma fecha a disfrutar de vacaciones y que ésta no les cubre el salario correspondiente al lapso respectivo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., noviembre veinticuatro de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia).

(Acta Nº 48).

Jaime Hoyos Mejía, mediante apoderado, plantó demanda, repartida al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Manizales, contra Recamóvil Limitada, a fin de que fuese condenada al pago de las siguientes prestaciones:

"A) El valor de las comisiones en lo que respecta al valor de los 'incentivos' concedidos a los clientes, durante todo el tiempo servido.

"B) El reajuste de las primas de servicios.

"C) El reajuste de las vacaciones o el valor de ellas, en todo el tiempo servido.

"D) El valor del reajuste por auxilio de cesantía sobre la base del promedio de comisiones.

"E) Las costas del juicio, y
"F) Salarios caídos".

Fundó estos pedimentos en la afirmación de que el demandante "empezó a trabajar como agente vajero al servicio de la firma Recamóvil Ltda. desde el día 1º de enero de 1965" y terminó su contrato "el 30 de junio de 1969" y las liquidaciones prestacionales que le efectuó la empresa, lo fueron "sobre la base salarial de $ 1.000.00 pactada para la liquidación de prestaciones sociales, en la cláusula segunda de su contrato de trabajo, cláusula que reputa nula, pues fue convenido también un porcentaje del 4% sobre las ventas brutas, en cuya virtud "mi mandante sacaba un promedio mensual de $ 18.000.00".

La empresa, al contestar la demanda, negó la mayor parte de los hechos sostenidos en ésta y propuso las excepciones de pago, prescripción, cobro de lo no debido y dolo.

El Juzgado del conocimiento en sentencia de 7 de noviembre de 1970 desató el litigio de la siguiente manera:

"Primero. Se declara parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta en la contestación a la demanda, con base en lo que se ha dejado expuesto en la parte motiva de este proveído.

"Segundo. Se declara asimismo probada la excepción de pago parcial hasta por la suma de cuatro mil seiscientos noventa y un pesos con 68/100 ($ 4.691.68) M.L.

"Tercero. Se declaran no probadas las excepciones de cobro de lo no debido y dolo, con base en lo que se ha dejado expuesto.

"Cuarto. Se condena a la empresa "Recamóvil Limitada", representada por el señor Jerónimo Martínez Ossa, de las condiciones civiles conocidas en autos, a pagar al señor Jaime Hoyos Mejía, mayor y de aquí vecino, dentro de los tres (3) días siguientes a la ejecutoria de este proveído, la suma de sesenta y cinco mil doscientos treinta pesos con 49/100 ($ 65.230.49) M.L., por concepto de prima de servicios, vacaciones, cesantía.

"Quinto. Se absuelve a la misma empresa Recamóvil Limitada representada por el mismo señor Jerónimo Martínez Ossa, de los demás cargos y peticiones formulados por el señor Jaime Hoyos Mejía en el libelo de demanda que dio origen a este fallo.

"Sexto. Se condena en costas a la empresa demandada (Dec. 243 de 1951)".

En apelación ambas partes recurrieron al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, el cual resolvió la alzada el 8 de julio del año en curso en la forma que a continuación se copia:

"Primero. Confírmanse los numerales primero, tercero, quinto y sexto de la parte resolutiva de la sentencia apelada.

"Segundo. Confírmase el numeral segundo, modificándolo en el sentido de que la excepción de pago se declare probada solo hasta por la suma de un mil ciento un pesos con cuarenta y siete centavos ($ 1.101.47) M.L.

"Tercero. Confírmase el numeral cuarto de la parte resolutiva de la sentencia apelada, modificándolo en el sentido de que la suma que debe pagar la sociedad demandada, representada por el señor Jerónimo Martínez Ossa al señor Jaime Hoyos Mejía, ambos de condiciones civiles conocidas, dentro del término allí expresado y una vez deducida la cantidad de $ 1.101.47 hasta la cual prospera la excepción de pago, es la de setenta mil ciento setenta y ocho pesos con veinticinco centavos ($ 70.178.25) M.L., como saldo insoluto de reajuste de primas de servicio, reajuste de cesantía y vacaciones.

"Cuarto. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada pero solo en un veinticinco por ciento (25%) de las causadas".

Contra estas decisiones ocurrió en casación la empresa e instauró la respectiva demanda, no replicada por la parte actora, en la que fija así el alcance de la impugnación:

"Con los tres cargos que formularé más adelante, pretendo que se case parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, en cuanto por ella se confirma la de primera instancia y se condena a la Empresa demandada al pago de salarios por los períodos de vacaciones, disfrutadas en descanso por el trabajador en los años de 1965, 1966 y 1967. De prosperar uno o varios de los cargos, la Corte, al constituírse en Tribunal de instancia, revocará parcialmente la sentencia de primer grado, con el objeto de restringir y modificar la condena, por tal aspecto, en concordancia con lo expuesto en el respectivo cargo que encuentre procedente".

Procede, pues, la Sala a estudiar en su orden los cargos presentados:

Dice el primero:

"Con base en la primera causal o motivo de casación en materia laboral (Art. 60 del Decreto 528 de 1964), independiente de toda cuestión de hecho, acusa la sentencia recurrida por infracción directa y aplicación indebida de las siguientes normas de derecho sustancial: Art. 186 del Código Sustantivo del Trabajo; y Art. 192 del Código citado (que fue modificado por el Art. 8º del D. 617 de 1964). También se quebrantó, por aplicación indebida, el Art. 50 del C.P.L.".

Para sustentar el cargo, luego de transcribir apartes de la sentencia acusada, sostiene:

"En la demanda no se hizo ninguna petición por salarios y en cuanto a vacaciones se habla de "vacaciones o el valor de ellas". No hay duda, entonces, que el Juzgado de primera instancia, en este aspecto

de las vacaciones falló extra petita (Art. 50 del C.P.L.). Y lo mismo hizo el Tribunal al confirmar con alguna modificación en la cuantía, la condena por salarios en los períodos de vacaciones.

"Pero lo cierto es que el artículo 50 del Código Procesal Laboral enseña que "El Juez de primera instancia podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados...". Ninguna de estas dos circunstancias se da en el presente caso: lo relativo a salarios no fue discutido en el juicio y tampoco puede decirse, sin prueba ninguna, que los salarios de los períodos de vacaciones no fueron pagados".

La Sala observa:

Lo que acaba de transcribirse muestra a las claras que el ataque está formulado con equivocación, pues la vía directa implica acuerdo del casacionista con el fallo impugnado respecto de las cuestiones de hecho, no obstante lo cual a base de la impugnación se refiere a dos cuestiones fácticas admitidas por el Tribunal y no aceptadas por el demandante, es a saber: "lo relativo a salarios no fue discutido en el juicio y tampoco puede decirse, sin prueba alguna, que los salarios de los períodos de vacaciones no fueron pagados".

Por lo tanto, no prospera el cargo.

El segundo es de este tenor:

"Con fundamento en la primera causal o motivo de casación en materia laboral (Art. 60 del Decreto 528 de 1964, modificado por el Art. 23 de la Ley 16 de 1968) acusó la sentencia recurrida por infracción indirecta de Ley sustancial, al haber incurrido el Tribunal en error de hecho manifiesto, por errónea apreciación de la demanda y de la inspección ocular, documentos que obran a folios 5º, 6º y 22 vto. y 23 del cuaderno número 1. Las normas violadas, por aplicación indebida, fueron el artículo 186 y el 192 del Código Sustantivo del Trabajo, norma esta última modificada por el artículo 8º del Decreto 617 de 1964".

Asienta el casacionista para sustentar este cargo lo que se copia:

"La demanda, en sus peticiones, en el punto c), se refiere a "El reajuste de las vacaciones o el valor de ellas, en todo el tiempo servido". Por otro lado la misma demanda no dice en los hechos si el trabajador demandante disfrutó en descanso de las vacaciones.

"El sentido obvio y natural de aquella petición sobre vacaciones había que entenderlo como relativa a compensación en dinero de vacaciones no disfrutadas por descanso. Pero lo cierto es que la Empresa demandada probó que concedía vacaciones colectivas a todos sus trabajadores y con tal motivo suspendía actividades a fines de cada año y principios del siguiente. El Tribunal erró en el entendimiento de la demanda, en materia de vacaciones, al deducir que se pedían los salarios del trabajador en tales períodos y al suponer que dichos salarios no le fueron pagados a Hoyos Mejía.

"En el capítulo sobre pruebas de la demanda, se pidió inspección ocular a los libros y planillas de la Empresa demandada para establecer: "tiempo servido, valor de las ventas efectuadas por mi mandante durante el tiempo servido, valor de las comisiones pagadas a Hoyos Mejía por ventas, el valor de los 'incentivos' o descuentos concedidos a los clientes por pago oportuno de la mercancía y el valor de las prestaciones pagadas". Así lo decretó el Juzgado de primera instancia (Fol. 18 Cuadr. 1). Y la inspección ocular de folios 22 vto. y 23 se limitó a examen de libros y documentos, dejando constancia en dicha diligencia, de los dineros recibidos por el actor "en concepto de comisiones". Ningún dato o relación se dejó en dicha inspección ocular sobre pago de prestaciones sociales, ni de salarios en la época de vacaciones.

"De tal modo que el Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho al estimar esta inspección ocular y deducir de allí que el

trabajador no había recibido salarios en la época de vacaciones".

Dijo el Tribunal con relación al "reajuste de vacaciones o el valor de ellas", pedido en la demanda inicial del juicio:

"Está claramente acreditado dentro del expediente con la prueba testimonial y la misma inspección ocular, que el trabajador demandante, durante los años de 1965, 1966 y 1967 —comprensivos del primer contrato—, disfrutó en tiempo de las respectivas vacaciones pero, no recibió el salario ordinario que devengaba el día en que comenzaba a disfrutar de cada una de ellas, como lo ordena el artículo 192 del CST. No existe en el expediente prueba de que el patrono hubiera pagado el valor correspondiente a tales vacaciones, a excepción de unas proporcionales (7 días) que le fueron pagadas, según el documento de Fl. 9 y a las cuales no tenía derecho en razón de que en 1969 —segundo contrato—, no trabajó el mínimo de tiempo exigido por la Ley para tener derecho a ellas".

La esencia de la consideración anterior es la de que "está claramente acreditado... que el trabajador... disfrutó en tiempo de las respectivas vacaciones, pero no recibió el salario ordinario que devengaba el día en que comenzaba a disfrutar de cada una de ellas, como lo ordena el artículo 192 del CST", consideración complementada con esta otra: "No existe en el expediente prueba de que el patrono hubiera pagado el valor correspondiente a tales vacaciones..." y es indudable que tales consignaciones comportan manifiesto error de hecho, pues si "está claramente acreditado que el trabajador disfrutó en tiempo de las respectivas vacaciones", hay que concluír que recibió el salario ordinario que devengaba el día en que comenzaba a disfrutar de cada una de ellas, pues como la empresa concedía a todo su personal vacaciones colectivas (según está acreditado en autos) a finales de diciembre, es obvio que les cubría el salario correspondiente a ese lapso.

Del goce en tiempo de las vacaciones se deduce lógicamente el pago de las mismas y no a la inversa, como lo hace la sentencia acusada, diciendo: "...disfrutó en tiempo de las respectivas vacaciones, pero no recibió el salario ordinario que devengaba el día en que comenzaba a disfrutar de cada una de ellas...". Esta última afirmación, para que fuera cierta, requería prueba fehaciente que no aparece en el proceso, pues la inspección ocular de folios 22 vto. y 23 se concreta exclusivamente a recoger los "datos sobre el dinero recibido por él (el demandante) **"en concepto de comisiones"** (subraya la Sala), sin que en forma alguna se mencionara siquiera el aspecto de que se trata, ni ninguno otro relacionado con pagos efectuados al actor por razón distinta del de las comisiones. Y si bien es cierto que éstas permiten fijar el salario real del impugnante, por sí mismas no establecen cuál fue el que le cubrió la empresa al concederle las vacaciones por los años de 1965, 1966 y 1967.

Por el mismo motivo no es aceptable la aseveración del Tribunal de que "no existe en el expediente prueba de que el patrono hubiera pagado el valor correspondiente a tales vacaciones", ya que si las dio en tiempo y así consta, esta circunstancia es prueba de su pago. El que éste no se hubiera efectuado con el salario que correspondía a la fecha en que empezó a disfrutarlas, no puede aceptarse sino por prueba específica de la suma cubierta por tal concepto y que resulte inferior al que en realidad devengaba el trabajador al tomar el descanso, y esta probanza no aparece en los autos, ni puede deducirse, **a contratio sensu**, como lo hace el fallo impugnado.

Por lo tanto, el cargo prospera y habrá de casarse la sentencia en el aspecto relacionado con la condenación al pago "de las vacaciones disfrutadas, pero no pagadas", como asienta el fallo recurrido.

El tercer cargo se refiere al mismo tema del anterior; pero desde el punto de vista de la prescripción del derecho. No es del caso, pues, considerarlo en vista de la casación de la sentencia por dicho aspecto.

Consideraciones de instancia

Durante el respectivo término probatorio se recibieron las declaraciones de los testigos Luis Enrique Castaño Castrillón (Fl. 19) y Luis Enrique Bedoya Londoño (Fl. 20), empleados ambos de la empresa demandada, contra los que no aparece motivo de tacha que lleve a desestimar sus testimonios y los que declaran en forma conteste sobre el punto a estudio, así:

Dice el primero: "Nosotros teníamos vacaciones colectivas. No había concesión de vacaciones individuales por año cumplido. Anualmente todos salíamos a vacaciones el mismo día y luego ingresábamos al trabajo también todos en la misma fecha. Las vacaciones eran por un término de veinte días. Durante ese tiempo estaba cerrado el almacén".

Asienta el otro: "Nosotros teníamos vacaciones colectivas entre el dieciocho o veinte de diciembre y regresábamos entre el diez y el doce de enero. El almacén se cerraba por ese término".

Esta prueba, no contradicha en forma alguna, establece de manera fehaciente que el actor disfrutó en tiempo del descanso anual, fijado por el artículo 186 del C. S. del T., como lo acepta el Juez del conocimiento, diciendo: "En cuanto a esta prestación se nos presenta el caso de que las vacaciones a que tenía derecho el empleado Jaime Hoyos Mejía fueron disfrutadas oportunamente en los días finales de diciembre y principios de enero".

Mas, a renglón seguido, asienta: "Pero como se desprende de la inspección ocular cuya acta obra a folios 22 vto. y ss., no le pagaban el salario a que tenía derecho durante estos días. En dicha diligencia aparece claro lo recibido por comisiones, más no que haya recibido suma alguna por concepto de vacaciones", de donde concluye: "Es imperioso entonces reconocer en la presente sentencia el salario por las vacaciones disfrutadas y no pagadas al demandante Hoyos Mejía".

Esta apreciación es completamente equivocada, pues es obvio que si una empresa concede a sus trabajadores vacaciones colectivas no puede menos de pagarles el valor de los salarios correspondientes al lapso de descanso: es insólito suponer lo contrario, o sea, que todo el personal de la empresa sale en la misma fecha a disfrutar de vacaciones y que ésta no les cubre el salario correspondiente al lapso respectivo.

Tampoco es lógico deducir que como en la inspección ocular solo se tomaron los datos sobre el dinero recibido por el demandante en concepto de comisiones, no se le satisfizo el valor de las vacaciones. El que nada se hubiera dicho sobre este punto en la mencionada diligencia, no puede tomarse como prueba de que el actor disfrutó las vacaciones en tiempo, y, no obstante, dejaron de pagársele los salarios correspondientes. La inspección ocular muestra los porcentajes sobre ventas reconocidos al demandante durante los años de 1965, 1966, 1967 y 1968 y 1969 y a esto exclusivamente se redujo el trabajo de los peritos. No es posible, pues, concluir de aquí prueba alguna de que la empresa se abstuvo de cubrir a Hoyos Mejía el sueldo de las vacaciones disfrutadas.

Otra cosa es que, como lo plantea la demanda respecto de este punto y de las demás prestaciones pagadas al actor, dicho sueldo hubiese sido cubierto con una base salarial inferior a la que le correspondía de acuerdo con el artículo 192 del C. S. del T. De allí que solicite en el aparte c) de las peticiones: "El reajuste de las vacaciones o el valor de ellas". Pero el despacho favorable de este pedimento implica una prueba específica de lo que al demandante se le satisfizo por salarios en cada período de vacaciones, a fin de compararlo con los promedios que arroja la inspección ocular y de tal comparación deducir lógicamente, si aquellos fueron inferiores a este promedio, el valor reajustable entre lo pagado al tomar las vacaciones el empleado y lo que debió cubrírsele con base en el salario real que disfrutaba. Pero como esta demostración no se produjo en el proceso, al ordenar cubrir el monto de la totalidad de las vacaciones se impone un doble pago: el que

el patrono efectuó cuando las concedió en tiempo y el que ahora se decreta en la sentencia, que solo acepta la deducción de $ 4.691.68 por concepto de auxilio de cesantía entregado por la demandada a Hoyos Mejía.

Por lo tanto, habrá de revocarse la sentencia de primer grado en lo referente a la condenación al pago de "las vacaciones disfrutadas y no pagadas", cuyo monto es de $ 14.836.18, que se deducirá de la condena global que hace el Tribunal de Manizales.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida en el punto **tercero** de su parte resolutiva por lo que hace a la condenación por vacaciones, y, en sede instancia, REVOCA el numeral **cuarto** de la sentencia pronunciada en este negocio por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Manizales en lo referente al mismo concepto de vacaciones, numeral que quedará así:

Condénase a la empresa "**Recomóvil Limitada**", representada por Jerónimo Martínez Ossa, o por quien haga sus veces, a pagar al demandante **Jaime Hoyos Mejía**, de las condiciones civiles que constan en autos, dentro de los seis (6) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, la suma de cincuenta y cinco mil trescientos cuarenta y dos pesos con siete centavos ($ 55.342.07) m. cte., por concepto de reajuste de auxilio de cesantía y primas de servicio.

NO SE CASA EN LO DEMAS la sentencia impugnada.

Costas en un 25% en la segunda instancia.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

José Enrique Arboleda Valencia.

Los Magistrados,

Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

HOMOLOGACION

La Corte por providencia de 14 de diciembre de 1971, HOMOLOGA el laudo de fecha 30 de julio de 1971, proferido por el Tribunal de Arbitramento que puso fin al conflicto colectivo entre la Unión de Marinos Mercantes de Colombia "UNIMAR" y la Flota Mercante Grancolombiana, con excepción de sus ordenamientos 25 sobre servicio médico a los familiares del trabajador, 26 sobre subsidio familiar y 48 sobre permisos sindicales remunerados, que se declaren NULOS.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., diciembre catorce (14) de mil novecientos setenta y uno (1971).

(Magistrado Ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar).

(Acta número 60).

Con esta providencia se resuelve el recurso extraordinario de Homologación que tanto la Flota Mercante Grancolombiana S. A. como el Sindicato "Unión de Marinos Mercantes de Colombia", interpusieron contra el Laudo Arbitral de fecha 30 de julio de 1971, proferido por el Tribunal Especial de Arbitramento que se convocó por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para resolver el conflicto colectivo existente entre las partes mencionadas.

Antecedentes

El 3 de julio de 1970, la "Unión de Marinos Mercantes de Colombia, "Unimar", hizo entrega en Buenaventura al representante legal de la Flota Mercante Grancolombiana, por ante el Inspector de Trabajo y Seguridad Social de dicha ciudad, de un pliego de peticiones con el cual aspiraba a modificar y a adicionar las condiciones de trabajo de sus afiliados, que habían sido señaladas en el Laudo Arbitral de fecha 21 de abril de 1964 y en la Convención Colectiva suscrita entre las partes el 15 de junio de 1966 (cuadernos 7 y 6).

Según se desprende de la constancia del Inspector de Trabajo (Fl. 30 Cdno. número 1), Unimar había remitido el mismo pliego al Gerente de la Flota Mercante Grancolombiana S. A., el cual fue adoptado en Asamblea General el 16 de mayo de 1970. En esta misma reunión Unimar designó la comisión que habría de negociar sus peticiones y los asesores de aquella.

Con posterioridad a los actos indicados la Flota Mercante designó a su vez la comisión negociadora e hizo el nombramiento de Asesor legal de la misma.

Los representantes de las partes iniciaron conversaciones el 30 de julio de 1970 y éstas se prolongaron hasta el 14 de enero de 1971 fecha esta última en la cual dieron por terminada la etapa de arreglo directo (cuaderno número 2).

Las peticiones sobre las que no hubo acuerdo pasaron a la etapa de conciliación que comenzó el 22 de enero y se extendió hasta el 15 de febrero de 1971, sin resultado alguno (Acta Unica, Fls. 9 y 10 Cdno. número 3).

El 15 de febrero siguiente, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social convocó por medio de la Resolucion número 287 un Tribunal de Arbitramento Obligatorio para que estudiara y decidiera el conflicto colectivo entre las partes, ordenándoles designar el árbitro respectivo dentro de las 48 horas a partir de la notificación de tal Resolución.

En la misma fecha se notificó a los representantes de las partes lo dispuesto por el Ministerio y el Presidente de la Unión de Marinos manifestó que esta organización no haría uso del derecho legal a designar árbitro.

Por medio de Resolución número 0292 de 15 de febrero de 1971, el Ministerio designó como árbitro de Unimar al doctor Alberto Aguilera Camacho. Posteriormente el 19 de febrero, según Resolución 0317 se integró el Tribunal así: Arbitro de la Empresa, doctor Otto Morales Benítez y del Sindicato, doctor Alberto Aguilera Camacho. Como no aceptara el primero, la Flota lo reemplazó por el doctor Hernando Morales Molina quien fue aceptado por la Resolución número 0342 de 22 de febrero siguiente, en la que se dispuso, que los dos árbitros designarían el tercero. (Fls. 15 a 23, Cdno. número 3).

Como los árbitros designados por las partes no se pusieron de acuerdo para nombrarlo, el Ministerio lo hizo en la persona del doctor Hernando Rojas Otálora, según Resolución número 0404 de 26 de febrero (Fls. 24 y 25, Cdno. número 3).

Debidamente posesionados los árbitros (Fls. 19, 23 y 26, Cdno. número 3), se instaló el Tribunal el 2 de marzo de 1971 designando como Presidente del mismo al doctor Hernando Rojas Otálora y como Secretario al doctor Rafael Forero Rodríguez.

El Tribunal pidió varias prórrogas para fallar las que fueron concedidas por los representantes de las partes y por el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social según Resoluciones números 0551, 1079, 1518 y 1947 de 15 de marzo, 28 de abril, 27 de mayo y 22 de julio de 1971, respectivamente (Fls. 32, 49 y 50, 51 y 52, 62 y 63, Cdno. número 3).

De las deliberaciones del Tribunal se levantaron 30 actas (Cdno. número 12) y en tiempo se dictó el laudo arbitral que lleva fecha 30 de julio de 1971 (Cdno. Nº 13).

La sentencia proferida se notificó a los representantes de las partes el 2 de agosto de 1971 (folios 73 y 74, Cdno. número 13).

Tanto la "Unión de Marinos Mercantes de Colombia" como la Flota Mercante Grancolombiana solicitaron el 4 y el 5 de agosto, respectivamente, aclaración sobre algunos puntos de la sentencia, pero el Tribunal en providencias que llevan estas mismas fechas dijo que no tenía nada que aclarar al respecto (Fls. 5, 6 y 7, 8 y 9, Cdno. número 14).

Oportunamente los representantes legales de las partes interpusieron recurso de Homologación contra el laudo y el Tribunal lo concedió por autos de 6 de agosto de 1971 (Fls. 1 y 2, Cdno. número 14).

Repartido el negocio en la Sala el 4 de noviembre se han surtido sus trámites y pasa a resolverse.

La Corte estudiará primero el recurso de la Empresa puesto que con él se persigue principalmente que se declare la nulidad total del laudo.

Recurso de la Flota Mercante Grancolombiana S. A.

El apoderado constituído por la sociedad ante la Corte, luego de hacer una síntesis de la relación de hechos y antecedentes y afirmar la competencia de la Sala para conocer del recurso, considera que el Tribunal de Arbitramento fue mal constituído y por tanto viciada como fue su integración, el laudo que profirió es inexequible.

Dice el recurrente que en la Resolución número 0317 de 19 de febrero de 1971, se expresa en el segundo considerando que "notificada la Resolución de convocatoria del mencionado Tribunal, el Sindicato comunicó la imposibilidad de designar su árbitro, y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social conforme a la ley profirió la Resolución

número 292 del 15 de febrero de 1971, haciendo la designación del doctor Alberto Aguilera Camacho, árbitro por parte de la Unión de Marinos Mercantes de Colombia "Unimar..."; y que, tres días después en el empeño de abundar en razones o explicaciones justificativas del nombramiento del árbitro que correspondía a los trabajadores dijo en la resolución 0342 de 22 de febrero que "Unimar" en escrito del 15 del mismo mes le comunicó la imposibilidad de reunir asamblea general para la designación del árbitro por parte del sindicato y "autorizó a este Ministerio para hacer la designación del árbitro en razón de no poder efectuar la reunión correspondiente dentro del plazo fijado en la Resolución de Convocatoria".

De lo anterior concluye el censor que el Ministerio se fundó para hacer el nombramiento oficial de árbitro de los trabajadores en la autorización que recibió de la directiva de Unimar.

En seguida explica el alcance de los artículos 374, 376 y 453 del C. S. T. y luego de hacer algunas consideraciones tales como la de que la Unión de Marinos Mercantes podía haber promovido la reunión de una Asamblea de Delegados para que esta nombrara el árbitro respectivo, dice que no existió renuencia del sindicato para nombrarla, sino imposibilidad para hacerlo, y que por tanto, el Ministerio suplantó a la Asamblea General en una atribución exclusivamente reservada a ella, o al órgano sucedáneo, lo cual pugna con los artículos citados, de donde infiere que el Tribunal fue integrado irregularmente y que de consiguiente su actuación está afectada de nulidad.

Como un capítulo aparte de su acusación y para el caso de que la Sala no acceda a declarar la nulidad de la sentencia, el recurrente ataca los puntos 25, 26, 27 y 48 del Laudo, por cuanto considera que los árbitros, al decidirlos, excedieron el límite que a sus poderes impone la parte final del artículo 458 del C. S. T., y manifiesta que el punto 15 sobre vacaciones, no fue decidido y debe en consecuencia darse aplicación al artículo 143 C. P. L.

La síntesis de estos ataques es la siguiente:

Primer cargo

Servicio médico a los familiares.

Transcribe lo pedido en el pliego al respecto y lo decidido por el Tribunal, afirmando que el alcance del punto de aquel es el de que la empresa suministre al sindicato determinada cantidad de dinero, mensualmente, por cada trabajador con destino al establecimiento de una sección de servicios médicos dentro de la Cooperativa que los peticionarios dicen tener constituída, pero ocurre que la sentencia lo que dispone es que la Flota aporte a la Cooperativa $ 80.00 por cada uno de los trabajadores afiliados a Unimar.

Dice que aportar en lenguaje comercial implica la concurrencia de dos o más personas para la formación de un capital y que dentro de ese orden de ideas, la empresa entendió que la petición sindical se encaminaba a crear, con aportes suyos y de los trabajadores, un fondo que sería administrado por la Flota, con la participación y el control de aquellos. Agrega que como el laudo no contempla sino un aportante, su ordenamiento deriva hacia una donación de casi un millón de pesos al año, en cuyo manejo la Empresa no tiene ninguna intervención, y a favor de un tercero, que es la Cooperativa, sin que se tenga conocimiento de que su constitución y organización garanticen razonablemente la prestación de los servicios "para la cual se le impone a Grancolombiana el referido aporte".

Concluye el recurrente manifestando que la imposición de obligaciones a cargo de terceras personas escapa a las atribuciones de los árbitros.

Segundo Cargo

Subsidio familiar

Luego de copiar el recurrente el punto 26 del pliego y lo resuelto en relación con él por el Tribunal, dice que el fallo arbitral

parte del supuesto erróneo de que "actualmente existe un subsidio familiar pactado con tope de $ 9.500.00", cuando en realidad en la convención colectiva de trabajo de 1966, lo único que se pactó, a petición de Unimar en la cláusula 13, fue un "acuerdo condicionado" sobre esta prestacion, así:

"Para el efecto de distribuir equitativamente el subsidio familiar, las partes acuerdan por petición de la Unión de Marinos, elevar el tope del salario establecido en el artículo 7º de la Ley 57 (sic) de 1963, del personal embarcado, a $ 9.500.00 mensuales, **pero la validez de este Acuerdo queda sujeta a que por ley o decreto sea posible hacer esta elevación.** Este acuerdo se haría efectivo con retroactividad al mes de noviembre de 1965, si la empresa no hubiera sido obligada a disponer del saldo actualmente reservado para ello" (se subraya).

Este acuerdo, dice el impugnante, se subordinó, pues, a la condición clara, precisa, de que por mandato legal o por decreto se permitiera, autorizara o preceptuara la elevación del tope del salario a $ 9.500.00 para el pago del subsidio. Pero lo cierto, continúa es que ninguna ley o decreto se ha dictado en ese sentido y por tanto la cláusula 13 de la Convención ha carecido y sigue careciendo de la condición necesaria para su validez y efectividad, debiéndose añadir que el artículo 2º de la Ley 69 de 1966, prohibe de modo expreso la distribución directa por parte del empleador del subsidio familiar.

Tercer cargo

Seguro de vida

En este punto, 27 del pliego, manifiesta el apoderado de la Flota que tal como quedó redactado e nel Laudo, no guarda armonía con el propósito de la Empresa que fue simplemente aumentar los topes legales a $ 45.000 y $ 90.000, sin variar en lo demás el artículo 22 del Decreto 2351 de 1965, que regula la materia.

Expresa que tal como fue resuelta la petición, la empresa estaría obligada a pagar las anteriores sumas, cualquiera fuera el salario del trabajador fallecido.

En consecuencia, dice, la decisión arbitral viola el texto citado, ya que según ese precepto "el valor del seguro de vida debe liquidarse como el auxilio de cesantía, o sea, a razón de un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año".

Cuarto cargo

Permisos sindicales

El recurrente transcribe la manera como resolvió el Tribunal el punto 48 del pliego y expresa:

"Como es bien sabido, lo concerniente a permisos sindicales está regulado por el numeral 6º del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo. Allí se establece que el patrono tiene la obligación especial de conceder al trabajador las licencias necesarias para desempeñar comisiones sindicales inherentes a la organizacion, siempre que se avise con la debida oportunidad al patrono y que el número de los que se ausenten no sea tal que se perjudique el funcionamiento de la empresa; sujeta al reglamento de trabajo las condiciones para tales licencias y faculta al empleador para descontar el tiempo empleado en ellas o bien para compensarlas "con tiempo igual efectivo en horas distintas de la jornada ordinaria", salvo lo estipulado convencionalmente. Por otra parte, conforme al artículo 23 de la obra citada el patrono tiene derecho durante todo el tiempo de duración del contrato a exigir del trabajador el cumplimiento del mismo.

"Se trata, pues, de derechos o facultades consagrados por la Ley, que no pueden ser afectados ni alterados por la decisión de los árbitros, al tenor del artículo 458 del C.S.T.

"Ahora bien, el fallo arbitral ordena a la Empresa conceder permisos remunerados por todo el tiempo a que se extienden las funciones o actividades sindicales de los trabajadores, cuyo número ni siquiera limita, y asimila a actividad sindical el goce de becas y los cursos de capacitación, que bien podrían cubrir lapsos de meses o de años. Y como si ello fuera poco en orden a per-

judicar el funcionamiento de la empresa, dispone que el tiempo respectivo se entenderá como solución de continuidad, lo que implica una derogación de la ley, la cual autoriza al patrono para descontarlo o para imponerle al trabajador la obligación de compensarlo con servicio prestado en horas distintas de su jornada ordinaria".

En seguida se vale de jurisprudencia de la Sala, proferida en varias sentencias de homologación y pide se declare nulo este punto por violar los artículos 23, 57, numeral 6º y 458 del C. S. T.

Quinto cargo

Vacaciones

Para el apoderado de la empresa existe un evidente error del Tribunal en el sentido de que las partes, en la etapa de arreglo directo, dieron solución a este punto y que tal cosa se deduce de la versión del acta número 36 del 30 de octubre de 1970, que solo corresponde a una proposición de la Empresa que no fue ni aceptada ni aprobada por Unimar y de la carta de 18 de enero de 1971, dirigida a la Flota por la comisión negociadora del sindicato.

Agrega que en el acta única de conciliación se menciona este punto entre los que pasaron a esa etapa, lo que indica que no hubo acuerdo en la primera y por tanto, es el caso de aplicar el artículo 143 C. P. L.

El apoderado de la "Unión de Marinos de Colombia", "Unimar", replicó los argumentos con que el de la Flota Mercante Grancolombiana, sostuvo el cargo principal y los subsidiarios en la siguiente forma:

A. Sobre la irregularidad de la integración del Tribunal expresó que el acto del Ministerio era administrativo y la Flota dejó que se ejecutoriara, no siendo este el momento procesal para revocarlo, ni la Corte competente para ello y, además, que no era cierto que el sindicato por comunicación de su Presidente hubiera delegado el derecho de designar el árbitro de tal organización.

Lo que aconteció continúa, fue que Unimar en comunicación suscrita por su directiva, los negociadores y el conciliador "expresaron perentoriamente al Ministro, con fecha 15 de febrero de 1971, su decisión de no hacer designación de árbitro en ningún caso, por considerarlo inconducente y además, secundariamente, por no poder reunir la asamblea", y ante esta clara renuencia, el Ministerio hizo uso del derecho que le otorga la Ley.

B. Sobre el punto 25 en que se piden servicios asistenciales para los familiares del trabajador, manifestó que la decisión del Tribunal no se presta para la interpretación que de él hace la Flota y la sentencia fija la suma de $ 80.00 por cada trabajador afiliado a la Unión de Marinos para los mencionados servicios que prestará la Cooperativa de los trabajadores, que es un organismo sindical, tiene personería jurídica y funciona de conformidad con las leyes sobre el particular, siendo lo esencial de la cláusula, la prestación por la Cooperativa de esos servicios, sin que pueda partirse de que van a existir malos manejos de las sumas destinadas al fin indicado para anular lo resuelto en el laudo al respecto.

C. Respecto al punto 26 sobre subsidio familiar dice el replicante que la Flota parte del supuesto erróneo de que la ley ha impedido que las partes, por acuerdo, consientan en aumentar el subsidio más allá del tope legal. Que en la Empresa existe un convenio, desde el año de 1966, según la cual se paga una suma superior y que no existe ninguna ley o decreto que impida hacer esta elevación, sin que de otra parte se prohiba pagar a los trabajadores directamente la diferencia entre el tope legal y el convencional.

El Tribunal concluye, simplemente ha mantenido lo acordado por las partes en la convención de 1966.

D. En lo tocante al punto 27 sobre seguro de vida, dice el opositor que el Tribunal aceptó la voluntad expresada por la Flota, consignada en el acta de 8 de septiembre de 1970. La Empresa "aumenta los topes lega-

les, según el caso, a $ 45.000 y $ 90.000", y por tanto esta decisión guarda armonía con la solución propuesta por la Gran Colombiana y "de la misma manera que no se hizo (sic) distinciones en la oferta, tampoco se hicieron por el Tribunal".

E. Sobre permisos sindicales se expresa así el apoderado de Unimar:

"Considera el recurrente que el Tribunal violó el artículo 57 en su ordinal 6, al conceder los permisos sindicales remunerados. La petición del Pliego, encarna esta solicitud.

"El derecho del patrón a reglamentar estos permisos, no ha sido conculcado. El Tribunal no ha dicho que no pueda reglamentarlos, como lo dispone la Ley, en la misma a disposición que se comenta.

"El artículo, tampoco fija límites a los permisos. Y en cuanto al número, dice que, este no debe ser tal que dificulte el normal desenvolvimiento de la Empresa.

"Esas condiciones subsisten, porque el Tribunal no ha reglamentado la concesión de los permisos o licencias ni ha determinado su número, tal como lo hace el artículo.

"Aparte de eso, cabe señalar, que el Tribunal con criterio patriótico consideró que debía aplicarse la disposición del Código que establece que en una misma Empresa no pueden existir condiciones de trabajo diferentes, por razones de raza, nacionalidad, religión, política, etc.

"Como en la Empresa, a los trabajadores de nacionalidad ecuatoriana se les conceden permisos remunerados y se les dan catorce sueldos, y otra serie de ventajas que la misma Empresa niega a los trabajadores de nacionalidad colombiana, debía, cuando menos igualar las condiciones de estos últimos. Y al igualar esas condiciones, no solamente no está violando la ley, sino que está aplicando la disposición que prohibe esas discriminaciones.

"Para mejor conocimiento de la Corte, acompaño fotocopias de la convención celebrada entre la Empresa y sus trabajadores de nacionalidad ecuatoriana, donde convencionalmente están pactadas las condiciones acogidas en el Laudo. En cuanto al límite, en el tiempo, está determinado por la duración de los cursos, en el caso de las becas, y de las misiones sindicales, en su caso. Reglamentación que debe hacerse en el Reglamento, de conformidad con la Ley.

"La ley no ha dicho que los extranjeros, dentro de una misma Empresa colombiana, deben tener condiciones privilegiadas en relación a los trabajadores nacionales. Todo lo contrario; establece que no puede haber diferencias, dentro de una misma Empresa, por razón de nacionalidad, y es lo que ha hecho el Tribunal al acoger el convenio celebrado por Grancolombiana con un grupo de sus trabajadores.

"La ley garantiza el derecho a los permisos que el trabajador debe gozar, para comisiones sindicales o para cursos de especialización.

"En este aspecto no puede afirmarse que el Tribunal ha excedido sus atribuciones, que es la parte legal. En cuanto a que sean remunerados, es la parte esencialmente económica. Es la determinación de un salario en relación a un derecho del trabajador. Luego no puede hablarse de exceso de facultades, cuando lo que ha hecho es sustituir a las partes en cumplimiento de su función.

"En cuanto a que deba computarse, el caso es igual, a más de que, como ya he dicho, la misma Empresa concede ese beneficio, por convención colectiva, a un grupo de sus trabajadores, según fotocopias que acompañado, anexas a este escrito.

"Otra cosa digna de tenerse en cuenta, por las modalidades de la industria, es que, en las Empresas terrestres, los trabajadores, pueden salir fracciones de día a sus comisiones, al médico, etc. Los marinos que están en alta mar o en puertos extranjeros, no tienen la misma movilidad y por tanto la

concesión de permisos, tiene forzosamente que tener una reglamentación diferente. Los directivos de la Unión de Marinos, cuya actividad profesional deben ejercer a bordo de buques ausentes del país, obviamente tienen que desembarcar para cumplir las funciones de sus cargos durante el período estatutario. En idénticas circunstancias están los asesores de los negociadores, los conciliadores y los favorecidos con cursos de capacitación. De lo contrario, es imposible el cumplimiento de tales funciones y la organización no podría subsistir por la falta absoluta de dirección. Esta circunstancia, apreciada con realidad por el Tribunal, lo llevó a tomar la determinación que impugna la Flota, con evidente injusticia".

F. Por último, respecto al punto 15 sobre vacaciones pide el replicante se dé aplicación al artículo 458 del C. S. T.

Consideraciones de la Corte

I. Integracion del Tribunal de Arbitramento

La Sala al estudiar lo relativo a este punto no encuentra los vicios de formación del Tribunal que afirma el apoderado de la Empresa, por lo siguiente:

El 15 de febrero de 1971, se dictó por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social la Resolución 287, mediante la cual convocó "un Tribunal de Arbitramento Obligatorio de los previstos en el artículo 34 del Decreto 2351 de 1965 para que estudie y decida" el citado diferendo laboral. En el mismo acto, parágrafo del artículo 2º se dio a las partes un plazo de 48 horas, contadas a partir de su notificación para designar sus árbitros, advirtiéndoles que si no lo hacían el Ministerio procedería a nombrarlos.

Notificada esta Resolución al representante legal de Unimar manifestó que esa organización no haría uso del derecho a nombrar el suyo, y el Ministerio el mismo 15 de febrero, hizo la designación de árbitro por parte de la Unión de Marinos, nombramiento que recayó en la persona del doctor Alberto Aguilera Camacho.

El recurrente considera que el Ministerio obró por autorización del Presidente de la Unión de Marinos, suplantando en esta forma a la Asamblea General, más es lo cierto que en la Resolución 292, aunque se dan razones de índole diversa, para hacer la designación del árbitro, en su segundo considerando, se apoya finalmente en lo que preceptúa el numeral 4 del artículo 453 del C. S. T., que en su parte pertinente dice: "La renuencia de cualquiera de las partes para designar árbitro dará derecho al Ministerio del Trabajo para hacerlo".

El hecho demostrado ampliamente es el de que la Unión de Marinos Mercantes no hizo el nombramiento de árbitro y por tanto, el Ministerio, de acuerdo con la ley podía hacerlo.

Otra cosa pasaría si designado el árbitro por Unimar, el Ministerio, hubiere desconocido la postulación en cuyo caso la integración del Tribunal habría sido ilegal, siendo entonces la Corte competente para así declararlo y anular el laudo proferido ya que el Tribunal carecería de jurisdicción para decidir el conflicto, o si no hubiere dado a la Unión la oportunidad de ley para designarlo.

Se observa que el Ministerio no dejó transcurrir para hacer el nombramiento el término de 48 horas después de la notificación de la Resolución de convocatoria pero tal hecho tampoco afecta la validez del nombramiento por cuanto solo se integró el Tribunal de arbitramento el 19 de febrero siguiente, por medio de la Resolución 0317 de tal fecha, sin que, se repite, Unimar hubiese designado el árbitro que le correspondía ante manifestación expresa de que no lo nombraría.

No se declara en consecuencia la inexequibilidad total del Laudo por vicios en la integración del Tribunal convocado para resolver en el diferendo entre las partes.

II. Servicio médico a los familiares del trabajador afiliado a Unimar. — Punto 25 del Laudo.

Para el apoderado de la Empresa esta decisión de la sentencia arbitral es nula por cuanto el Tribunal no podía imponer en su fallo obligaciones a cargo de una tercera persona, en este caso a la Cooperativa de trabajadores de la Unión de Marinos de Colombia.

El punto del pliego es del siguiente tenor:

"Seguro médico a los familiares. 25) La empresa suministrará la cantidad de doscientos pesos ($ 200.00) mensuales por cada uno de los trabajadores, para la constitución y funcionamiento de la Sección de servicios asistenciales de la Cooperativa de la Union ya constituída, con el objeto de prestar servicios médicos de medicinas, clínicos, quirúrgicos y laboratorio a los familiares del trabajador".

Esta petición tal como está concebida es vaga y confusa por cuanto se omitió indicar con precisión si el suministro de la cantidad fija en dinero mensual, por cada trabajador, debía hacer la Flota al Sindicato o directamente a la Cooperativa.

Partiendo de la base de que en el conflicto solo son partes por un lado la Flota Mercante Grancolombiana y por otro el Sindicato denominado Unión de Marinos Mercantes de Colombia "Unimar", es lógico concluir que el suministro de esa suma se pedía para la organización sindical y no para un tercero, extraño a la controversia.

La Sala considera que esa es la interpretación del punto del pliego que se estudia y por tanto la decisión de los árbitros en el sentido de imponer a la Empresa obligación de aportar la suma de $ 80.00 por cada trabajador, directamente a la Cooperativa, rebasa la petición del pliego y en consecuencia es nula.

Si se aceptara la interpretación que dio el Tribunal al punto en estudio, en el sentido de que lo pedido fue que la Flota suministrara directamente a una tercera persona, la Cooperativa de Unimar. sumas periódicas de dinero para el establecimiento del servicio médico, quirúrgico y hospitalario para los familiares del sindicalizado, se llegaría a la misma conclusión, es decir, a la nulidad del ordenamiento estudiado, pues los árbitros carecen de facultad para imponer obligaciones a terceras personas y la Cooperativa en el caso de estar debidamente constituída y autorizado su funcionamiento, cuestión esta no acreditada, es una persona jurídica distinta al sindicato y a los mismos socios de ella, extraña como se ha dicho a este conflicto colectivo.

Se anulará por tanto este punto de la decisión arbitral.

III. Subsidio familiar. — Punto 26 del Laudo

La sentencia arbitral accedió en un todo a los pedidos en el punto 26 del pliego sobre subsidio familiar y dispuso que "la empresa pagará a los trabajadores afiliados a Unimar, la diferencia que actualmente existe entre el subsidio familiar pactado con tope de nueve mil quinientos pesos ($ 9.500) en la Convención colectiva de trabajo vigente y el que en la actualidad está pagando a los marinos la Caja de Compensación Familiar".

Se refiere el laudo a la convención colectiva firmada en junio de 1966, que dispone en su artículo 13:

"Acuerdo condicionado sobre subsidio familiar

Para el efecto de distribuir equitativamente el subsidio familiar las partes acuerdan, elevar el tope del salario establecido por el artículo 7º de la Ley 57 de 1963, del personal embarcado a $ 9.500.00 mensuales, **pero la validez de este acuerdo** (se subraya) queda sujeto a que por ley o decreto sea posible hacer esta elevación..."

Sin embargo, la Unión de Marinos había manifestado en carta que dirigió al Tribunal de Arbitramento el 7 de junio de 1971, (Fl. 15 Cdno. número 8 suscrita por los señores Eduardo Vanegas, Mario Garay Rodríguez, Presidente y Asesor del Sindicato respectivamente: "En relación con el subsidio fami-

liar, consideramos, que muy bien puede quedar en el laudo la misma cláusula acordada en la convención de junio de 1966".

Esta comunicación constituye para la Sala manifestación de voluntad del sindicato de precisar este punto del pliego, manteniendo su materia de acuerdo con la convención de junio de 1966. En estas condiciones, el ordenamiento arbitral rebasó los límites de decisión del conflicto, por lo que debe declararse la nulidad correspondiente.

Es entendido que la materia continuara gobernándose por la convención de 1966, como lo dispone también el ordenamiento 54 del Laudo que se examina.

IV. Seguro de Vida. — Punto 27 del Laudo

El Tribunal con la razón de que la Flota había accedido a pagar una determinada suma a los beneficiarios del trabajador que fallezca a su servicio, dispuso que el seguro por muerte natural sería de $ 45.000.00 y de $ 90.000.00 cuando el fallecimiento ocurriera a consecuencia de accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Lo pedido en el pliego y acordado en la etapa de arreglo directo fue que los topes legales del seguro se elevarían a $ 45.000.00 en caso de muerte natural y de $ 90.000.00 por muerte en accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Teniendo en cuenta lo dicho la cláusula atacada del laudo debe entenderse así:

Si la muerte del trabajador ocurre por muerte natural sus beneficiarios tendrán derecho a un (1) mes de salario por cada uno de servicios liquidados en la misma forma que el auxilio de cesantía, sin que el valor del seguro sea inferior a doce (12) meses del salario, ni exceda de $ 45.000.00.

Si el fallecimiento del trabajador ocurre, en cambio, por accidente de trabajo o enfermedad profesional el seguro será el doble de lo previsto anteriormente pero sin exceder de $ 90.000.00.

En esta forma, la decisión arbitral no vulnera derechos de la Flota, reconocidos por la Constitución o la ley.

No sobra agregar que en esta forma entendió la Unión de Marinos el acuerdo respectivo cuando sobre este punto hizo saber al Tribunal: "Nota: La Empresa ofreció aumentar en un 50% los topes legales actualmente existentes (se subraya), o sea, $ 45.000.00 cuando se trate de muerte natural y $ 90.000.00 cuando se trate de accidente de trabajo o enfermedad profesional" (Fl. 45 Cdno. número 8), entendimiento que es el correcto pues el literal del laudo entendido de otra manera sería inexequible por exceder la petición respectiva del pliego.

El punto se homologará con el alcance expresado.

V. Permisos sindicales y becas. —

Punto 48

El Tribunal decidió así el punto 48 del pliego:

"La Flota" **concederá permisos remunerados** (se subraya) durante todo el tiempo que permanezca el trabajador o trabajadores desarrollando funciones o actividades sindicales, siempre y cuando hayan sido designados para el desempeño de esas funciones o actividades por la "**Unión de Marinos Mercantes de Colombia**", a través de su Asamblea General, de su Junta Directiva o de su Presidente y Secretario y acrediten por medio de constancia de entidad oficial, o de instituto descentralizado o de organismo sindical de orden superior al lapso de duración del permiso y el nombre o nombres, con su identificación del sindicalizado o sindicalizados necesariamente ocupados en esas funciones o actividades. Igualmente la Empresa **concederá permisos remunerados** (se subraya) durante todo el tiempo que emplee o empleen el sindicalizado o sindicalizados que indique la Junta Directiva de "**Unimar**" y que hayan sido favorecidos con becas o sigan cursos de capacitación sindical o profesional, mediante siempre la comprobación sumaria del dicho tiempo y curso

seguido expedida por la respectiva entidad u organización bajo cuya dirección se siguen esos cursos y la constancia de la correspondiente entidad oficial sobre la seriedad de los mismos. Parágrafo. El tiempo de duración de los permisos remunerados a que se refiere este punto no se entenderá como solución de continuidad en los respectivos contratos y relaciones de trabajo y por lo mismo se incluirá en el ciclo de antigüedad de cada sindicalizado o sindicalizados, aludidos".

Este punto del laudo que otorga derechos para los afiliados a la Unión de Marinos y reglamentación de aquellos, contrasta con la sobria petición del pliego y sobrepasa lo solicitado.

Pidió el sindicato: "La Empresa concederá permisos sindicales remunerados a los trabajadores que fueren designados como funcionarios de la Unión durante todo el tiempo que permanezcan en el ejercicio de tales funciones. En la misma (sic) y por todo el tiempo que fuere necesario, la Empresa reconocerá también permisos sindicales remunerados a los trabajadores que resultaren favorecidos con becas para cursos de capacitación sindical o profesional, sin que en ninguno de los casos enumerados en la presente cláusula al trabajador se le afecte su antigüedad".

El pliego limitaba así su petición al respecto:

a) Permisos remunerados para los trabajadores que fueren designados funcionarios de la Unión;

b) Permisos así mismo para quienes resultaren favorecidos con becas para cursos de capacitación sindical o profesional, y

c) Que el tiempo de ninguno de los casos enumerados afectara la antigüedad del trabajador.

En cambio, la decisión arbitral en su primera parte ordenó dar permisos a cualquier trabajador o trabajadores que desarrollen funciones o actividades sindicales, siempre que sean designados o por la Asamblea General de la Unión, o por su Junta Directiva o por el Presidente de ésta y su Secretario.

En esta parte la decisión del Tribunal es ilegal y por consiguiente nula por exceder la petición respectiva.

De otro lado aparece el laudo concediendo permisos **remunerados**, cuando es sabido que de conformidad con el artículo 51 C. S. T., una de las causas de suspensión del contrato de trabajo es precisamente el otorgamiento de permisos, durante los cuales según el texto 53 ibídem cesa para el trabajador la obligación de prestar el servicio y para el patrono el de pagar los salarios de esos lapsos.

Además, el artículo 57, numeral 6º obliga al patrono a conceder al trabajador las licencias necesarias para desempeñar comisiones sindicales inherentes a la organización, pero tales licencias, salvo convención en contrario pueden descontarse al trabajador o compensarse con tiempo igual de trabajo en horas distintas de su jornada a opción del patrono.

Lo que se desea con la petición del pliego contradice abiertamente las disposiciones citadas, y desconoce derechos y facultades en la Flota Mercante.

El Tribunal en su sentencia creó pues una norma jurídica, que además reglamentó y por este medio violó los derechos y facultades reconocidos por la ley a la empresa, sin que pueda decirse que ello se hizo por cuanto no existe legislación apropiada para los hombres de mar, ya que los tribunales de Arbitramento no tienen como función legislar, sino aplicar la ley cuando obren como jueces, como al decidir este punto del pliego.

El ordenamiento se anulará en consecuencia.

Recurso de la Unión de Marinos Mercantes de Colombia

El recurso de Unimar no persigue fin distinto a obtener la declaracion de que el pun-

to 15 sobre vacaciones no fue decidido en la sentencia arbitral y en consecuencia pide que se envíe el expediente al Tribunal de Arbitramento para que falle tal petición o que la Corte, si lo encuentra indicado, lo decida.

Para demostrar que lo solicitado en el pliego al respecto, no fue incidido, dice el recurrente:

Realmente en varias oportunidades se discutió, por las partes en arreglo directo, y en el Acta número 36 la empresa por conducto de uno de sus negociadores presentó una oferta que es la que aparece transcrita en la parte final del segundo considerando del Laudo. En esa oferta la Empresa consignó su aceptación al pedimento de los trabajadores. Esta oferta de la Empresa fue condicionada, para su aceptación, por la Unión, a la solución favorable de la petición contenida en el punto 16, relativa al transporte, en tiempo de vacaciones, del trabajador, al lugar de su domicilio, que era según se ha dicho condición impuesta por los trabajadores a la Empresa, y posiblemente por ello, concluye, que cumplida aquella quedaba resuelto el punto 15, que estaba aceptado por la Empresa que lo propuso. Con todo, para evitar equívocas aplicaciones, el Laudo Arbitral ha debido resolver el punto 15, acogiendo claro está, como debe ser, la oferta de la empresa e incluyéndolo en la parte resolutiva, además. A estas razones deben agregarse las expuestas en el recurso de la Empresa, sobre este punto que ya fueron sintetizadas.

Consideraciones de la Corte

Examinadas las actas sobre arreglo directo, encuentra la Sala que lo relativo a vacaciones se discutió ampliamente en las distinguidas con los números 23, 24, 26, 28, 30, 34 y 36, en las que además se analizó la petición sobre pasajes, contenida en el punto 16 del pliego.

En el acta número 28 los representantes de la Unión de Marinos refiriéndose concretamente a vacaciones presentaron la siguiente fórmula de arreglo:

Establecer vacaciones remuneradas de 60 días, es decir, "que se involucren vacaciones y descanso dominical remunerado, y se fije un tope de 60 días".

La Empresa pidió plazo para estudiar la propuesta y presentar una fórmula sobre el punto tratado y sobre el relativo a pasajes.

En el acta número 34 uno de los negociadores de la Flota anticipó "que Grancolombiana aceptará 60 días calendario de vacaciones y hará una pequeña fórmula integral entre las vacaciones y transporte", a lo cual expreso uno de los representantes de Unimar, el señor Eduardo Vanegas "que habiendo aceptado la empresa los 60 días de calendario de vacaciones remuneradas solo quedaba por tomar una determinación en cuanto a los pasajes al lugar del domicilio no al de contratación..."

Finalmente en el acta 36 la Flota presentó la fórmula sobre vacaciones (punto 15) y la de transporte (punto 16), así:

"15. Descanso anual

"a) La empresa acepta conceder un descanso remunerado anual de sesenta (60) días calendario, lo cual hace efectivas todas las disposiciones legales sobre vacaciones y descansos obligatorios remunerados en domingos y días feriados.

"b) La remuneración de este descanso anual se continuará liquidando en la misma forma como se viene haciendo actualmente.

"c) En consideración a las características específicas, en que deben efectuarse los movimientos del personal embarcado, la Empresa podrá llamar al servicio al trabajador después del 55º día de vacaciones, en el entendido de que el tripulante empezará a devengar salario y prestaciones desde el momento del reembarque.

"d) A más tardar el 55º día de vacaciones, el tripulante deberá informar al Departamento de Personal Central de la Em-

presa, telegráficamente o por carta, la dirección a donde se le pueden dar órdenes para reembarque al término de vacaciones.

"El incumplimiento de este literal eximirá a la Empresa de la obligación consignada en el literal e).

"e) Si terminadas sus vacaciones el tripulante no es embarcado por la Empresa dentro de un término máximo de cinco (5) días, devengará a partir del sexto (6º) día inclusive, el sueldo y los viáticos correspondientes a su cargo.

f) Quedan sometidas a este régimen las vacaciones causadas a partir de la fecha de la firma de la presente convención. Las causadas con anterioridad a dicha fecha se otorgarán conforme al régimen anterior.

"Parágrafo. La empresa hará todo lo que está a su alcance, para que las vacaciones sean concedidas dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en que se haya adquirido el derecho a disfrutarlas".

"16. **Transporte**

"La empresa suministrará a los trabajadores que desembarcaren en uso de vacaciones, el pasaje aéreo del lugar de desembarque al de contratación.

"Cuando por circunstancia especial debidamente comprobada, la oficina respectiva no suministre el pasaje, el tripulante afectado puede reclamar su reembolso dentro de un plazo de sesenta (60) días, pasado el cual, perderá el derecho.

"Como norma general el reembarque al término de vacaciones se hará en el puerto de contratación. Pero si la Empresa decidiere que se haga en otro puerto, pagará al tripulante el costo del pasaje entre el sitio en el cual se puso a la orden y el puerto de embarque, o el valor del pasaje entre el puerto de contratación y el de embarque, si este último fuere menor que aquel.

"Si el embarque se produce en el puerto de contratación no habrá derecho a pasajes'.

En esta acta puede apreciarse que la Unión de Marinos aceptó lo referente a vacaciones y solo en lo tocante a transporte no se llegó a ningún acuerdo.

Además la propia Unión de Marinos, en oficio que dirigió al Tribunal de Arbitramento, manifestó que la petición relacionada con vacaciones había sido acordada en la etapa de arreglo directo.

El 7 de junio de 1971, el Presidente de la Unión y el señor Mario Garay Rodríguez, negociador del pliego, manifestaron a los árbitros:

"Aprovechamos esta oportunidad, para reiterar a los señores Magistrados que en lo referente a las vacaciones y descanso anual la **Union está totalmente de acuerdo con los sesenta (60) días y la respectiva reglamentación propuesta por la empresa** (se subraya) por cuanto esa cantidad enjuga aproximadamente tanto el período legal de vacaciones, como los descansos compensatorios remunerados por días dominicales y festivos laborados a bordo", y agregaron:

"En donde surgió la discrepancia que no pudo eliminarse **fue en los pasajes** (se subraya), que la Empresa suministrara al personal que desembarca en uso de vacaciones y descanso únicamente al puerto de contratación y nosotros sostenemos que deben ser suministrados a la residencia del Trabajador".

Esta carta que obra al folio 15 del cuaderno número 8, se ordenó tener como prueba por el Tribunal.

Finalmente en la relación sobre el estado del pliego, pasada por la Unión al Tribunal, se dice que el punto 15 sobre vacaciones, fue negociado (Fl. 43 del mismo cuaderno).

Del estudio anterior se concluye inequívocamente que el punto 15 sobre vacaciones fue acordado directamente por las partes, como lo sostuvo el Tribunal de Arbitramento en la sentencia que se revisa y por tanto carecen de razón los recurrentes al expre-

sar que no fue negociado. No se accederá por tanto a la solicitud que hicieron.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla

Primero. Declárase que el Tribunal de Arbitramento que se convocó por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social por medio de la Resolución número 287 de 15 de febrero de 1971, para decidir el diferendo entre la Flota Mercante Grancolombiana y la Unión de Marinos Mercantes de Colombia "Unimar", fue integrado en legal forma.

Segundo. Declárase que el punto 15 del pliego de peticiones presentado por la Unión de Marinos Mercantes de Colombia "Unimar" a la Flota Mercante Grancolombiana, fue acordado por las partes en la etapa de arreglo directo, como se dejó dicho en la parte motiva de esta providencia, y por tanto no hay lugar a devolver el expediente a los árbitros para que lo decidan.

Tercero. Homológase el laudo de fecha 30 de julio de 1971, proferido por el Tribunal de Arbitramento que puso fin al conflicto colectivo entre la Unión de Marinos Mercantes de Colombia "Unimar" y la Flota Mercante Grancolombiana, con excepción de sus ordenamientos 25 sobre servicio médico a los familiares del trabajador, 26 sobre subsidio familiar y 48 sobre permisos sindicales remunerados, que se declaran NULOS.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social para lo de su cargo.

Jorge Gaviria Salazar, Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

BUENA FE PATRONAL

Las condenas principales o por los extremos primeros de la litis podían producirse, como lo fueron en razón de las pruebas atinentes a ellos y de las interpretaciones de ley de los juzgadores; pero ello no imponía la sanción moratoria, porque las piezas de que se ha hecho mérito demuestran que el patrono tuvo razones para su conducta y ellas, en las circunstancias de autos, se manifiestan atendibles.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., catorce de diciembre de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Juan Benavides Patrón).

(Acta número 60).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por **Shellmar de Colombia S. A.** contra a sentencia que dictó, el 30 de abril de 1971, **el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá**, en el ordinario de trabajo que le promovió **Raúl Caycedo Pinzón**, ambos de las condiciones que registra el expediente radicado en esta Sala bajo el número 4011.

Según el libelo inicial Caycedo trabajó para la demandada, como vendedor radicado en Bogotá, con una remuneración promedio de $ 5.420.43, desde el 27 de marzo de 1967 hasta el 6 de julio del mismo año, fecha en la que fue despedido injustamente, sin que lo indemnizasen ni le pagasen en forma legal la cesantía, la prima de servicios proporcional a aquel tiempo y los salarios del período que corrió entre el 20 de mayo y el 3 de julio del año expresado, hechos por los que reclama los derechos laborales correspondientes y la indemnización moratoria de ley más las costas del proceso.

La sociedad se opuso a las pretensiones anteriores manifestando que si bien la vinculación se inició aquel 27 de marzo, en virtud de contrato que se celebró por escrito con cláusula expresa sobre período de prueba de dos meses, tal contrato se suspendió conforme al numeral 7 del artículo 51 C. S. T. debido a huelga que decretó y llevó a cabo el Sindicato de la Empresa, al que pertenecía la mayoría de los trabajadores de la misma, y que se extendió, con las garantías legales, desde el 20 de mayo hasta el 3 de julio de 1967, por lo que el actor no prestó sus servicios durante ese período y al terminarse el conflicto continuó corriendo el de prueba pactado, y la empresa concluyó el contrato dentro del tiempo de servicios de la cláusula respectiva, pagándole la cesantía, pero no así los salarios de la suspensión por huelga, indemnización por despido ni prima de servicios porque éstos no se causaron legalmente. Excepcionó, en consecuencia, pago, fuerza mayor, inexistencia de obligación y la innominada o genérica.

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, que fue el del conocimiento, apreció que Caycedo continuó trabajando en Bogotá, durante la huelga, que se cumplió en Medellín, y que había superado, por lo tanto, el período de prueba cuando la empresa terminó el contrato invocándole la cláusula referida, y con base en un salario de $ 5.420.43, que dio por establecido, el tiempo trabajado y el despido injusto que

resaltó de aquella primera estimación, en fallo de 15 de septiembre de 1970 resolvió:

"Primero. Condénase a la Empresa "Shellmar de Colombia S. A.", con domicilio principal en Medellín, representada legalmente por su Gerente, señor William Magri, o quien haga sus veces, a pagar al señor Raúl Caycedo Pinzón, con cédula de ciudadanía número 114244 de Bogotá, las siguientes sumas de dinero: a) $ 632.38 por concepto de cesantía; b) un mil trescientos cincuenta y cinco pesos ($ 1.355.00) por concepto de prima de servicios; c) dos mil quinientos veinte pesos ($ 2.520.00) por concepto de salarios insolutos; d) ocho mil ciento treinta pesos con sesenta centavos ($ 8.130.60) por concepto de indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa; e) ciento ochenta pesos con sesenta y ocho centavos ($ 180.68) diarios, a partir del 7 de julio de (1967) mil novecientos sesenta y siete y hasta el día en que la empresa pague al actor los salarios y prestaciones debidos, conforme al artículo 65 del C. S. T.

"Segundo. Condénase en costas a la empresa demandada. Tásense.

"Tercero. Declárase parcialmente probada la excepción de pago propuesta por el señor apoderado de la empresa demandada y no probadas las demás excepciones perentorias formuladas".

El pronunciamiento último se refiere a la cesantía que pagó la empresa, en cantidad de $ 873.29, con base en aquel salario de $ 5.420.43 pero por el tiempo de vinculación descontados los 42 días de huelga.

Apelada esta decisión por el apoderado de Shellmar fue confirmada en todas sus partes por el Tribunal de Bogotá, en la suya de la fecha ya indicada, aunque con la observación, en la motiva, que los salarios de los 42 días de la huelga de Medellín, pero trabajados en Bogotá por Caycedo, valieron $ 7.588.59 mas no podía aumentarse la condena del a-quo por este extremo para no incurrir en reformatio in pejus.

El recurso extraordinario

Recibido en legal forma persigue que se case totalmente la sentencia recurrida en cuanto confirmó la del juez de primera instacia que había condenado a mi representada al pago de algunas sumas de dinero por concepto de auxilio de cesantía, prima de servicios, salarios insolutos, indemnización por ruptura unilateral e ilegal del contrato sin justa causa, indemnización moratoria por el no pago oportuno de los salarios y prestaciones sociales, las costas del juicio "para que la Corte en sede de instancia absuelva a la sociedad demandada en el juicio de todas las peticiones del libelo inicial. En subsidio, la casación parcial en cuanto el Tribunal confirmó la condena del primer grado sobre indemnización moratoria, a razón de $ 180.68 diarios a partir del 7 de julio de 1967 y hasta que se paguen los salarios y prestaciones debidos, para que en la decisión subsiguiente se absuelva por dicho extremo de la litis.

Para estos efectos se formulan dos cargos, principal el primero y subsidiario el segundo, que se estudiarán en su orden, lo mismo que las réplicas del opositor.

Primer cargo

Acusa aplicación indebida de los artículos 57-4, 65, 249 y 306 C. S. T. y 8º del Decreto 2351 de 1965, incorporado a la legis ación por la Ley 48 de 1968, en relación con los preceptos 51-7 C. S. T. y 33 del citado Decreto 2351, violaciones que se produjeron a consecuencia de error manifiesto de hecho en la apreciación del documento de folio 45 y que consistió en dar por demostrado, sin estarlo, que el contrato de trabajo del demandante Caycedo Pinzón estuvo vigente con la sociedad demandada entre el 20 de mayo y el 3 de julio de 1967 y en no haber dado por establecido, cuando sí lo fue, que el mencionado contrato se encontraba suspendido, para todos los efectos legales, en el dicho período de la huelga que hubo en la empresa. Y para sustentarlo el recurrente expresa:

"El Tribunal apreció en forma errónea la certificación expedida por el señor Jefe de Relaciones Colectivas de la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social de Antioquia, pues el texto literal de la documental analizada señala en forma clara y concisa la existencia de una huelga legal en la empresa Shellmar de Colombia S. A., por el período comprendido entre el 20 de mayo y el 3 de julio de 1967, cese de actividades que paralizó las actividades de la empresa en todas sus dependencias.

"El tenor literal de la certificación es muy preciso al determinar el período de la huelga y su efecto en las actividades de la sociedad demandada, pero no en la forma como lo entendió el ad quem limitado al campo de acción de la ciudad de Medellín, sino que por el contrario, certifica el funcionario administrativo que la huelga paralizó y suspendió todas las actividades de la empresa en todas las ciudades o poblaciones en donde esta tenía trabajadores y ésta es la apreciación correcta de la certificación que vengo estudiando.

"Acorde con lo anterior se halla la segunda parte de la tantas veces mencionada certificación del folio 45, en efecto dice el funcionario en este aparte 'Que en ese entonces la organización sindical tenía afiliados a más de la mitad del personal total de la empresa', debe entenderse que la prueba está indicando el requisito exigido por la ley para que un cese de actividades se extienda a todos los trabajadores de una empresa o patrono y éste es el sentido que se ha debido dar por el Tribunal a la prueba en estudio, pues es la forma lógica de apreciar y no entender como lo hizo que la huelga se realizó solamente en la ciudad de Medellín ya que este aspecto no está certificado por el funcionario que expidió la documental a que he hecho mención".

Para el opositor, como el argumento central de ataque es el de la existencia de una suspensión en el contrato de autos durante el período de huelga, ha debido plantearse la falta de aplicación del numeral 7º del artículo 51 C. S. T., que es la norma sobre el tal efecto de ley, y el acusador no la menciona como primeramente violada sino en forma concordante y por aplicación indebida; la proposición jurídica que el recurrente somete a estudio de la Corte es incompleta porque no contiene la cita del artículo 53 C. S. T., que es el que establece los efectos de la suspensión alegada; la apreciación de los falladores sobre el documento de folio 45 fue correcta, pues éste se refiere a la huelga en Medellín y no en otros lugares del país, como realmente ocurrió y como debía certificarse por funcionario de esa ciudad; el fallo reposa también en otras pruebas, no impugnadas, y, finalmente, el artículo 33 del Decreto 2351 de 1965 no tiene el entendimiento que expresa el acusador, pues su finalidad es la de evitar choques entre trabajadores en los lugares donde se desarrolla la huelga y no en ciudades distintas donde ella no se esté cumpliendo y se opone, además, el tal entendimiento, a otras normas laborales que consagran derechos a favor del trabajador, como la 27 del C. S. T. que obliga a remunerarlo.

Se considera

El cargo señala como violados —expresando el concepto de la violación— los textos legales que consagran los derechos reconocidos por el fallador —artículos 57-4, 65, 249 y 306 C. S. T. y 8º del Decreto 2351 de 1965 sobre salarios insolutos, indemnización moratoria, cesantía, prima de servicios e indemnización por despido, que fueron sus condenas— y tal señalamiento cumple la exigencia de ley sobre indicación del precepto o preceptos sustantivos de orden nacional que se estimen infringidos. No contiene el ataque, en verdad, la regla 51-7 C. S. T. como primeramente violada sino tan solo en forma concordante, ni cita el artículo 53 C. S. T., como lo reclama el opositor; pero indicados, como lo fueron, los preceptos sustanciales ha de estimarse satisfecha la exigencia legal del recurso, pues ciertamente aquellos son los que se requieren para la confrontación última en que consiste el remedio extraordinario, y al 51-7 solo se le halla, en el **sub-lite**, en el camino hacia la violación de los consagratorios de los derechos que se reconocieron por el pro-

nunciamiento judicial y que el acusador estima violados, es decir, que estuvo bien el indicarlo como concordante, y el 53 C. S. T. es un efecto legal, que no había que mostrar expresamente, porque estuvo involucrado, en la litis y en su resolución, en los de fondo, cuyas infracciones se intenta demostrar como consecuencia del error de hecho, debidamente presentado. Tampoco se acoge la censura del opositor respecto del concepto de la violación del artículo 51-7 C. S. T., pues su falta de aplicación es modalidad, según explicaciones de la jurisprudencia, de la aplicación indebida en que se la presenta, como es propio también el concepto en que se impugna la aplicación de los textos sustanciales.

Procedente, pues, el estudio del cargo, en lo que se relaciona con el error que él propone debe expresarse que la apreciación del ad-quem sobre la prestación de servicios por Caycedo durante la huelga que se cumplió en la empresa reposa no solo en el documento que el acusador afirma mal apreciado sino en otras probanzas que no han sido objeto del ataque y que, seguramente por consistir en testimonios, no lo fueron por no ser susceptibles de ello en razón de las restricciones de la Ley 16 de 1969. El fallo se mantiene entonces sobre esos otros soportes no destruídos, ni destruíbles. Y en lo que se relaciona con la prueba esgrimida, su apreciación no se ostenta equivocada, pues en ella se expresa que la huelga se llevó a cabo en la ciudad de Medellín, y si bien agrega que "paralizó las actividades de 'a empresa en todas sus dependencias", del documento no aparece claro que se hubiese certificado tal hecho respecto de todo el país o de todos los lugares en donde se cumpliese la explotación económica o concretamente de Bogotá, sede del trabajo del demandante, o que el funcionario de la División de Antioquia pudiese efectivamente certificar esto último. Como tampoco impone, la dicha pieza, el entendimiento del acusador, en razón de su manifestación última sobre suspensión de todos los contratos de trabajo de la Compañía, porque esto es un efecto jurídico, de otras incidencias, pero no un hecho propio de certificación. Por todo lo anterior no puede declararse la comisión de un error de hecho de carácter manifiesto, como se requiere en este recurso, respecto de la prueba en sí misma considerada. Ni menos quebrantarse un fallo que reposa en otras probanzas, como se ha dicho.

El ataque no prospera.

Segundo cargo

Acusa aplicación indebida del artículo 65 C. S. T. en relación con los artículos 51-7 del mismo estatuto y 33 del Decreto 2351 de 1965, a través de errores evidentes de hecho originados en la equivocada apreciación de unas pruebas y en la falta de apreciación de otra, y que consistieron en haber dado por establecido que la sociedad de autos obró de mala fe al no pagar los salarios y prestaciones por el período que duró la huelga, sin estarlo, y en no haber dado por demostrado, cuando sí lo está, que la sociedad obró de buena fe al no efectuar los dichos pagos.

Las pruebas mal apreciadas fueron: a) la certificación expedida por el Jefe de Relaciones Colectivas de la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social de Antioquia, visible al folio 45 del expediente; b) la comunicación dirigida con fecha 6 de julio de 1967 al señor Caycedo Pinzón por el Gerente Distrital de Bogotá, señor Luis Eduardo Rodríguez, del folio 48, y c) la liquidación de prestaciones sociales efectuada por la empresa, al folio 36. Y la prueba que no se apreció fue la documental del folio 54, que consiste en un acta de la Inspección de Asuntos Individuales de la División Regional del Trabajo de Cundinamarca, sobre la terminación del contrato durante el período de prueba y la suspensión del mismo durante la huelga que se cumplió entre el 20 de mayo y el 3 de julio de 1967.

Para sustentarlo el recurrente sostiene que aquello aconteció respecto de la primera probanza porque el Tribunal entendió que en ella se decía que la huelga solo se había realizado en Medellín cuando lo que se certifica precisamente es que el cese de actividades lo efectuó la mayoría de los trabajadores de la empresa y por lo tanto

se había operado para todas las personas vinculadas laboralmente y en todas sus dependencias, puesto que se habían suspendido los contratos de trabajo para todos los efectos legales; en otras palabras, que el sentido correcto de apreciación de esta prueba es el de que los contratos estaban suspendidos por una huelga declarada en forma legal, ya que este hecho lo contenía la misma certificación. Respecto de la segunda pieza señalada, porque la buena fe de la empresa aparece nítida ya que en tal documento se aprecia que ella siempre entendió que el contrato de autos, lo mismo que el de todos sus trabajadores, estuvo suspendido durante el período de huelga y en estas condiciones pagó lo que creyó deber conforme a la liquidación del último documento. Y en cuanto al acta de la Inspección de Trabajo no se apreció en ella la misma conducta patronal de entender que no se debían salarios y prestaciones correspondientes a la huelga, por suspensión legal del contrato de trabajo del demandante Caycedo.

Por todo lo cual el recurrente concluye:

"El Tribunal por la errónea apreciación que he señalado anteriormente incurrió en evidentes errores de hecho al dar por demostrada la mala fe de la sociedad demandada, cuando precisamente se encontraba plenamente probado el hecho contrario o sea la buena fe de la sociedad demandada en el pago de los salarios y prestaciones sociales del demandante al término de su contrato, y estos errores evidentes de hechos llevaron al ad-quem a aplicar en forma indebida el artículo 65 del C. S. T. pues existiendo probada la buena fe no era aplicable la condena por indemnización moratoria que la norma legal citada contempla".

El opositor repite inicialmente sus críticas al cargo, porque debió plantear la falta de aplicación del artículo 53 C. S. T. y no relacionar en segundo plano el texto 51-7 y agrega que el soporte fundamental de la sentencia (respecto de la cuestión moratoria) no es la buena o la mala fe del patrono, como lo pretende el recurrente, sino el hecho de que el trabajador en ningún momento dejó de prestar sus servicios y su contrato no fue suspendido con ocasión de la huelga, lo que condujo a que la empresa retuviera o dejara de pagar salarios sin justa causa al señor Caycedo. En otras palabras, que el casacionista equivocó el camino, pues el Tribunal no entró a estudiar la buena o mala fe de la Compañía sino que se basó en los mismos presupuestos que le sirvieron para despachar las súplicas principales, esto es, los hechos enantes relacionados, por lo que el cargo es incompleto pues no mencionó como aplicadas indebidamente las normas de los artículos 57 4, 249 y 306 C. S. T., en que se apoyó el fallador, por el no pago de esas acreencias, para imponer la sanción moratoria, que es conclusión de todo lo anterior. Y respecto de las pruebas, el replicante las estima bien apreciadas y demostrativas —si de buena o mala fe se trata— de esta última, pues la huelga solo lo fue en Medellín, se trabajó en Bogotá, se alegó un período de prueba que ya había expirado, lo pagado por prestaciones no guarda proporción con las condenas principales, la exoneración es para la creencia honesta del patrono, y la posición de la empresa, aferrada a la huelga que suspendió los contratos fue refutada por el Tribunal.

Se considera

La censura de carácter técnico formulada en primer término por el opositor, acerca de la falta de indicación del artículo 53 C. S. T. y del señalamiento tan solo concordante del numeral 7 del texto 51 ibídem, ya fue desestimada por la Sala, con la oportunidad del cargo anterior, agregándose ahora, respecto del presente, que la acusación singulariza el texto sustancial debido, en razón de que versa sobre la condena por indemnización moratoria, y los demás que se relacionan con ella no requieren presentación. Muchísimo menos en asunto que radica en la violación, por error de hecho, del artículo 65 C. S. T., cuya sola indicación es suficiente, como en efecto así lo ha sido para numerosas decisiones de la Corte sobre la misma materia.

En cuanto a que el impugnador le atribuya al fallo un contenido de que carece —apreciación del hecho de la mala fe patronal— es incuestionable que el ataque está en lo cierto, pues si bien el Tribunal no empleó esa expresión, la condena se fundó en que la sociedad de autos no tuvo "causa justa" para dejar de pagar al trabajador los salarios del tiempo comprendido entre el 20 de mayo y el 3 de julio de 1967, y los otros extremos deducidos en la litis, por lo cual "la demandada se hace acreedora a la sanción prevista en el artículo 65 del C. S. del T.", y ello inequívocamente significa —en el entendimiento correcto, según la jurisprudencia, del artículo citado, que no se impugna en este concepto— que el patrono no tuvo razones atendibles para no pagar los salarios del tiempo de huelga, para estimar al trabajador en período de prueba, para no indemnizar por despido y para descontar ese tiempo en la liquidación de la cesantía y para los efectos de la prima de servicios, todo en razón de la suspensión del contrato por el dicho motivo legal. En otras palabras, que por no tener esas razones atendibles se le estimó incurso en mala fe laboral. Y siendo tan claro ese significado, es propio el cargo por error de hecho, pues precisamente lo que se acusa es la violación, por aplicación indebida del artículo 65 C. S. T., porque el patrono no cometió el hecho sancionable en que se le juzgó, no incurrió en la mala conducta que el precepto requiere, no tuvo la mala fe que apreció el Tribunal, ya que las probanzas establecen sus razones atendibles para creer no causados los derechos que resultaron del proceso y para no cancelarlos, en consecuencia, a la terminación del contrato.

Sobre esta cuestión de hecho —que procede estudiar por lo dicho— las piezas destacadas exhiben que la huelga aconteció durante el tiempo fijado en el documento de folio 45, y, conforme al mismo, produjo la suspensión de "los contratos de trabajo con todos los trabajadores de la Compañía, según lo dispuesto por el artículo 51 numeral 7º del C. S. del T. y artículo 33 del Decreto 2351 de 1965"; que la empresa terminó el contrato de autos, según su manifestación en carta de folio 48, "dentro del período de prueba, ya que dicho contrato estuvo suspendido" entre aquellas fechas de la huelga, y que esto mismo lo expresó ante Inspector de Trabajo, en la diligencia del folio 54. Se evidencia entonces que el patrono no canceló los derechos deducidos en la litis —y esto lo corrobora el pago de la cesantía en lo que creyó deber y por el que prosperó la excepción parcial correspondiente, porque entendió, con entendimiento además que abonaban los textos legales citados por el funcionario del trabajo, que por la huelga se había producido la suspensión del contrato de autos, no se causaban salarios durante ese tiempo, al reanudarse el vínculo el trabajador continuó en período de prueba, el despido se producía dentro de este lapso y no había lugar a prima proporcional de servicios ni a indemnización por terminación ilegal. Para la Sala ese entendimiento patronal es atendible y no se desvirtúa porque en el proceso se hubiese concluído de modo distinto acerca de la suspensión contractual.

Las condenas principales o por los extremos primeros de la litis podían producirse, como lo fueron, en razón de las pruebas atinentes a ellos y de las interpretaciones de ley de los juzgadores; pero ello no imponía la sanción moratoria, porque las piezas de que se ha hecho mérito demuestran que el patrono tuvo razones para su conducta y ellas, en las circunstancias de autos, se manifiestan atendibles.

Erró, por lo tanto, el Tribunal al fulminar la condena sobre que versa el cargo y su fallo deberá quebrantarse para que, en la decisión de instancia subsiguiente, y por las probanzas reseñadas se califique de buena fe el entendimiento del patrono acerca del fenómeno central de la controversia, aunque se le mantenga para las decisiones primeras de la litis, y conforme también a ley al pagar tan solo lo que creía deber. Con lo cual se revocará la condena correspondiente de primer grado.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida, en cuanto al confirmar en todas sus partes el fallo apelado mantuvo la condena del a-quo sobre indemnización por mora, expresada en el literal e) de su ordenamiento primero" REVOCA esa condena del Juzgado y, en su lugar, absuelve a la sociedad demandada del extremo correspondiente de la litis. NO LA CASA EN LO DEMAS. Sin costas.

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

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SENTENCIAS NO PUBLICADAS

S A L A C I V I L

RECURSO DE HECHO. — *Cuantía para recurrir.* — Sentencia de 1º de julio de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Domingo Deantonio Buitrago contra Carlos Enrique Ortiz Restrepo. Magistrado Ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo.

FILIACION NATURAL. — *El hecho de ser la madre casada al tiempo de la concepción es excepción que debe demostrar el demandado. — Confesión de paternidad en declaración de renta.* — Sentencia de 15 de julio de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario de Jaime González y otros contra Bernardino Socotá y otros. Magistrado Ponente: Doctor Ernesto Cediel Angel.

RESCISION DEL MUTUO. — *Técnica de casación. — Violación del Art. 26 de la Constitución.* — Sentencia de 21 de julio de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Espinal, en el juicio ordinario promovido por Martiniano Arciniegas y otra contra Julio Enrique Varela Almanza y otros. Magistrado Ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

ABUSO DEL DERECHO POR INDEBIDO EMBARGO Y SECUESTRO. — *Legimitación en causa. Elementos que conforman la responsabilidad civil extracontractual. Presunción de culpa.* — Sentencia de 21 de julio de 1971. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario de Germán Duque Arango contra Rafael Pineda. Magistrado Ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo.

LETRA DE CAMBIO. — *Su alteración sustancial. Interpretación de la demanda.* — Sentencia de 29 de julio de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por Juan de Dios Sierra contra los herederos de Joaquín Pérez. Abogado Asistente: Doctor Ernesto Gamboa Alvarez.

DIVISORIO. — *Objeciones a la partición. Error de hecho ostensible.* — Sentencia de 31 de julio de 1971. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el juicio divisorio promovido por Lucas Torres Posso y otra contra Rojas Saa y Castillo de Rojas. Magistrado Ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

SIMULACION. — *Prueba entre las partes.* — Sentencia de 4 de agosto de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el juicio ordinario promovido por Gilberto Gamboa Martínez contra Ana Victoria Sánchez Patiño y otra. Abogado Asistente: Doctor Joaquín Moreno Pareja.

PERTENENCIA. — *La indeterminación del objeto de la demanda conduce a fallo inhibitorio, por falta del presupuesto de demanda en forma.* — Sentencia de 5 de agosto de 1971. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el juicio ordinario promovido por Julia María Sánchez contra Darío Pascuas y otros. Magistrado Ponente: Doctor Ernesto Cediel Angel.

RESCISION POR LESION ENORME. — *Técnica de casación.* — Sentencia de 5 de agosto de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Fe de Antioquia, en el juicio ordinario promovido por José Díaz Teheran contra Millard K. Morris. Magistrado Ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

REIVINDICACION. — *Técnica de casación. Apreciación del mérito probatorio de los testimonios.* — Sentencia de 9 de agosto de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de

Bogotá, en el juicio ordinario de Eufracio Parra Acevedo contra María de Jesús Suárez. Abogado Asistente: Doctor Joaquín Moreno Pareja.

DONACION. — *Su nulidad por falta de insinuación. Técnica de casación: error de hecho y error de derecho. Apreciación de testimonios.* — Sentencia de 9 de agosto de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Guateque, en el juicio ordinario promovido por Aquilino Torres Aponte y otra contra Marco Antonio Torres Fernández y otros. Abogado Asistente: Doctor Hernán Salamanca Porras.

FILIACION NATURAL. — *El cargo para prosperar debe contener una proposición jurídica completa.* — Sentencia de 11 de agosto de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el juicio ordinario promovido por Julio Antonio y Jaime Hugo Castillo contra Jesús López Rojas. Magistrado Ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

REIVINDICACION. — *Demanda en forma. Determinación del bien.* — Sentencia de 13 de agosto de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en el juicio ordinario promovido por Clímaco Vargas contra Ana Tulia Gil. Magistrado Ponente: Doctor Ernesto Cediel Angel.

FILIACION NATURAL. — *Causal 1ª. Calificación de la violación de la norma. Confesión del demandado sobre las causas determinantes de la filiación natural.* — Sentencia de 17 de agosto de 1971. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio ordinario promovido por Flor Alba Avila contra Dolores Chirivi y otros. Magistrado Ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

OBJECIONES A LA PARTICION. — *Las normas del Art. 1394, numeral 7º del C. C., no son de aplicación geométrica. Medio nuevo en casación.* — Sentencia de 18 de agosto de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio especial de separación de bienes promovido por Luz Elena Correa de Vélez contra José Pablo Vélez. Magistrado Ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

REIVINDICACION. — *Error común creador de derecho. Apreciación de prueba indiciaria.* — Sentencia de 19 de agosto de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por César Enrique Cardona Román contra Juan de Dios Osorio y otros. Abogado Asistente: Doctor Hernán Salamanca Porras.

REIVINDICACION. — *Requisitos para la validez de un contrato. Causales de nulidad absoluta. Nulidad y simulación son diferentes e inconfundibles.* — Sentencia de 20 de agosto de 1971. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Facatativá en el juicio ordinario promovido por la Parroquia de San Francisco de Sales y otros contra Rodulfo y Luis M. Cárdenas Comba. Abogado Asistente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

FILIACION NATURAL. — *Caducidad de la acción. A falta de legitimación en causa el fallo debe ser absolutorio y no inhibitorio. La falta de prueba de la calidad de heredero afecta el presupuesto de capacidad para ser parte y no es ausencia de legitimación en causa.* — Sentencia de 23 de agosto de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el juicio ordinario promovido por Heriberto Garrido Cifuentes contra Genivera Rivera v. de Cifuentes y otros. Magistrado Ponente: Doctor Ernesto Cediel Angel.

OPOSICION AL REGISTRO DE MARCA DE FABRICA. — *Técnica de casación: error de hecho y error de derecho. Apreciación de pruebas.* — Sentencia de 23 de agosto de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por la entidad "R. J. Reynolds Tobacco Company" en oposición al registro de la marca de fábrica "Tempo". Magistrado Ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

SUSPENSION Y RESTITUCION DE TERMINOS. — Providencia de 24 de agosto de 1971. Declara desierto el recurso contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio promovido por Thomas C. Green contra "Cementos Boyacá S. A.". Magistrado Ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

FILIACION NATURAL. — *Técnica de casación. Testigos sospechosos de parcialidad. El inciso 2º del Art. 75 de la Ley 153 de 1887 no es norma sustancial y está derogado por el 1º de la Ley 45 de 1936.* — Sentencia de 25 de agosto de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de

Ibagué, en el juicio ordinario promovido por Gilma Stella Patiño contra María de los Angeles Zambrano v. de More. Magistrado Ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

RESOLUCION DE LA VENTA POR FALTA DE PAGO DEL PRECIO. — *Técnica de casación.* — Sentencia de 25 de agosto de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Hernando Rodríguez Beltrán contra Arcesio Méndez Blanco. Magistrado Ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

PAPEL PARA LA ACTUACION. — *Su falta de suministro oportuno no está sancionado en el nuevo C. de P. C.* — Auto de 25 de agosto de 1971. Juicio ordinario de Luis J. Ortegón contra José Ortegón Amador. Magistrado Ponente: Doctor Germán Giraldo Z.

AUXILIARES DE LA JUSTICIA. — *Competencia para ordenar su exclusión de la lista oficial.* — Auto de 25 de agosto de 1971. DECLARA NULO el recurso de apelación que Octavio Rodríguez Sosa y Roboham Díaz Córdoba interpusieron contra la providencia que ordenó excluirlos de la lista oficial de auxiliares de la justicia del distrito judicial de Tunja. Magistrado Ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

SIMULACION. — *Interpretación de la demanda Sentencias de mérito e inhibitorias. Sobrenombre, apodo o alias de una persona.* — Sentencia de 26 de agosto de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el juicio ordinario promovido por Celia Palacio de Zuluaga contra Soffy Palacio Angel. Abogado Asistente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

CUENTAS. — *La Corte debe interpretar la demanda sin sujeción a palabras sacramentales. Los Arts. 1767, 1760, 91 y 92 del C. C. no son normas sustanciales.* — Sentencia de 27 de agosto de 1971. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Garzón, en el juicio ordinario promovido por Virgilio Chaux y otros como herederos de Celio Chaux contra Vitelio Chaux Rojas. Abogado Asistente: Doctor Ernesto Gamboa Alvarez.

TRANSPORTES. — *Causal 1ª: los Arts. 1502 y 1761 no son normas sustanciales. El Art. 11 del C. de P. P. no es aplicable a la acción derivada del contrato de transporte.* — Sentencia de 2 de septiembre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el juicio ordinario promovido por la sociedad "Royal Insurance Company Limited" como cesionario de "Hilos Cadena S. A." contra "Transportes Panorama Ltda.". Magistrado Ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

SOCIEDAD DE HECHO. — *Error de hecho. El Art. 688 del C. J. no es norma sustancial. Error de derecho.* — Sentencia de 2 de septiembre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el juicio ordinario promovido por Esther Galindo contra José Adán Rubio. Magistrado Ponente: Doctor Ernesto Cediel Angel.

ARRENDAMIENTO. — *No produce efectos a favor ni en contra de terceros.* — Sentencia de 2 de septiembre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el juicio ordinario de Hijos de Miguel A. Paredes Gil Ltda. contra Ingenio San Fernando Ltda. y otros. Abogado Asistente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

FILIACION NATURAL. — *La falta de legitimación en causa no es motivo de nulidad. Los herederos no forman un litisconsorcio necesario.* — Sentencia de 2 de septiembre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario promovido por los menores Liliana y Emilio Echeverri o Restrepo contra María de los Angeles Carvajal v. de Echeverri y otro. Abogado Asistente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

MARCA DE FABRICA. — *Error de hecho.* — Sentencia de 2 de septiembre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de oposición al registro de la marca "Glutapan". Magistrado Ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

NULIDAD DEL JUICIO DE VENTA. — *No se requiere notificar la existencia del título ejecutivo a los herederos del cónyuge demandado.* — Sentencia de 3 de septiembre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, en el juicio ordinario de Ernestina Cote Corral de Peña y otra contra Bernardo Ate Hortúa Restrepo y otros. Abogado Asistente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

PERTENENCIA. — *El carácter de usufructuario excluye el animus domini.* — Sentencia de 9 de septiembre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Facatativá, en el juicio promovido por Manuel A. Romero contra Gumercindo Romero R. Magistrado Ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

REIVINDICACION. — Sentencia de 10 de septiembre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Facatativá, en el juicio ordinario promovido por Ernestina Chicuasuque de Arévalo contra Manuel Salvador Herrera Moreno y otros. Abogado Asistente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

FILIACION NATURAL. — *Pruebas practicadas o allegadas en inspección ocular.* — Sentencia de 13 de septiembre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Montería en el juicio ordinario promovido por María Isabel y Carmen María Ceballos Morelo contra Teresa María Núñez M. y otro. Magistrado Ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

REIVINDICACION. — *El Art. 26 de la Constitución no forma por sí solo proposición jurídica completa. El error de hecho debe ser manifiesto. El Art. 971 no forma, por sí solo proposición jurídica completa.* — Sentencia de 13 de septiembre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por Dolores Franco v. de Díez contra Rosa Emilia Franco v. de Zapata. Magistrado Ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

FILIACION NATURAL. — *La sucesión no es persona jurídica. Los Arts. 593, 601, 697 y 702 no son sustanciales.* — Sentencia de 13 de septiembre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio de María Isabel Otálvaro y otros contra Miguel Antonio Escobar Zapata y otros. Abogado Asistente: Doctor Joaquín Moreno Pareja.

REIVINDICACION. — *Técnica de casación. Deben indicarse todas las disposiciones infringidas.* — Sentencia de 14 de septiembre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio promovido por Alberto Acevedo Sierra contra Isabel Gallo de Arias y otros. Magistrado Ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

FILIACION NATURAL. — *Es antitécnico formular cargos subsidiarios en casación. La posesión notoria se puede demostrar con prueba documental.* — Sentencia de 15 de septiembre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el juicio de María Chiquinquirá Cárdenas G. contra Encarnación Carvajal v. de Cárdenas y otro. Magistrado Ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

PETICION DE HERENCIA. — *Solo el interesado puede alegar nulidad. Excepción genérica: no incluye la de prescripción.* Sentencia de 17 de septiembre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Espinal, en el juicio de María Betty López de Orjuela contra Sara Castellanos de Saldaña y otras. Magistrado Ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

NULIDAD DE LA VENTA. — *Error de derecho.* — Sentencia de 21 de septiembre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Gabriel Toro Perea contra Luis Francisco Rivadeneira y otra. Abogado Asistente: Doctor Joaquín Moreno Pareja.

FILIACION NATURAL. — *Error de derecho y error de hecho. Autonomía del juez en la apreciación de la prueba indiciaria.* — Sentencia de 27 de septiembre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio de José William Latorre contra la sucesión de Rómulo Morales Parra. Abogado Asistente: Doctor Ernesto Gamboa Alvarez.

FILIACION NATURAL. — *Interpretación de la confesión. Los preceptos que estatuyen las asignaciones forzosas son de orden público. Al hijo natural, en concurrencia con el cónyuge, le corresponden las tres cuartas partes de la herencia.* — Sentencia de 27 de septiembre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario de María Gil Godoy o María Godoy contra Graciela Carrera v. de Gil. Magistrado Ponente: Doctor Germán Giraldo Z.

SOCIEDAD DE HECHO. — *La demanda de casación debe interpretarse de acuerdo al contenido real de su fundamentación.* — Sentencia de 5 de octubre de 1971. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el juicio ordinario de Edelmira Alfaro Arias contra Ofelia Quintero v. de Hidalgo Molano. Abogado Asistente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. — *Técnica de casación.*— Sentencia de 13 de octubre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en el juicio ordinario promovido por Luis Carlos Sotero contra la sociedad "Empresa de Transportes Rápido Duitama Ltda.". Magistrado Ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

NULIDAD DEL JUICIO DE VENTA. — *Prueba del estado civil y de la legítima representación.* — Sentencia de 13 de octubre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, en el juicio ordinario de Rafael y Joaquín Correa Serna contra Carmen Labarcés v. de Riascos y otros. Abogado Asistente: Doctor Ernesto Gamboa Alvarez.

RENDICION DE CUENTAS. — *Los Arts. 91 de la Ley 1537 de 1887, 34 de la Ley 57 de 1887, 2303 y 2322 del C. C. no son normas sustanciales.* — Sentencia de 13 de octubre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Lucía Pulido Campo y otros contra Manuel J González C. Magistrado Ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. — *Responsabilidad subjetiva y objetiva.* — Sentencia de 15 de octubre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Bernardo Buitrago B. contra Almacenes Vida Ltda. Magistrado Ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

SOCIEDAD DE HECHO. — *Técnica de casación. Violación directa.* — Sentencia de 19 de octubre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Yarumal, en el juicio ordinario promovido por Consuelo Lopera contra Alvaro Pizano Arango. — Magistrado Ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

REIVINDICACION. — *Iconsonancia. Prueba de testigos.* — Sentencia de 19 de octubre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de San Gil, en el juicio ordinario promovido por Horacio Molina Franco frente a Rafael y Jaime Posada Londoño. Magistrado Ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

REIVINDICACION. — *Prescripción adquisitiva y extintiva, como acción y como excepción.* — Sentencia de 20 de octubre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario de Bertha Micolta de Cabrera contra Vicenta Muñoz. — Magistrado Ponente: Doctor Ernesto Cediel Angel.

REIVINDICACION. — *Prueba de la posesión.* — Sentencia de 20 de octubre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ocaña, en el juicio ordinario de Celso Velásquez Cárdenas contra Gabriel Angel Carrascal. Abogado Asistente: Doctor Joaquín Moreno Pareja.

COLISION DE COMPETENCIA. — Auto de 20 de octubre de 1971. Declara terminado el incidente entre los Juzgados 27 Civil Municipal de Bogotá y 6º Civil Municipal de Cartagena, en el juicio ejecutivo seguido por Rodrigo Manotas Trujillo contra las sociedades "Leonidas Lara e hijos" y "Mercantil del Caribe (Caribesa)". Abogado Asistente: Doctor Hernan Salamanca Porras.

RESTITUCION DE TERMINOS. — Auto de 21 de octubre de 1971. Niega la restitución de términos solicitado en el juicio ordinario instaurado por el Instituto de Crédito Territorial contra Pablo Enrique Rojas C. Magistrado Ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

PERTENENCIA. — *Copias de los juicios de sucesión protocolizados.* — Octubre 25 de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Alquiver Robledo Amézquita contra Alejandrina Huertas Guerrero. Magistrado Ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

OBJECIONES A LA PARTICION. — Sentencia de 25 de octubre de 1971. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Zipaquirá, en el juicio

de sucesión de Alvaro Gaitán Nieto. Abogado Asistente: Doctor Joaquín Moreno Pareja.

MANDATO. — *Técnica de casación.* — Sentencia de 25 de octubre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Inés García Murillo contra Raúl Córdoba Parada. Magistrado Ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

REIVINDICACION. — *Personería del recurrente. Proposición jurídica completa.* — Sentencia de 25 de octubre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Yarumal, en el juicio ordinario promovido por Luis Carmona y otros contra Marcos Arango Eusse. Abogado Asistente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

DECLARA DESIERTO EL RECURSO POR NO REUNIR LA DEMANDA LOS REQUISITOS LEGALES. — Auto de 30 de octubre de 1971. Recurso interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pasto. Magistrado Ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

PERTENENCIA. — *Poseedor inscrito equivale a dueño. Si el testimonio es o no de oídas, es asunto fáctico.* — Sentencia de 9 de noviembre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Jorge Cárdenas Núñez contra Demetrio Torres. Magistrado Ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

IMPUGNACION DE PATERNIDAD. — *La indebida representación solo puede alegarla el mal representado. El menor debe estar representado por curador ad-litem.* — Sentencia de 4 de noviembre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Antonio María Guáqueta Correal contra María Cristina Guáqueta Urrego y otra. Magistrado Ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo.

RECURSO DE QUEJA. — *Interés para recurrir.* — Auto de 9 de noviembre de 1971. Juicio promovido por Rosa Evelia Sastoque de V. y otro contra Mario Antonio Arias Quiceno y otra.

NULIDAD DE UN PROCESO ORDINARIO. — *Incongruencia no puede darse en fallo absolutorio. Nulidad por falta de citación o emplazamiento.* — Noviembre 9 de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el juicio ordinario promovido por Fidel Rodríguez y otros contra Porfirio Arcos Cabrera. Magistrado Ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

FILIACION NATURAL. — *Confesión de paternidad en declaración de renta.* — Sentencia de 9 de noviembre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Facatativá, en el juicio ordinario promovido por Gerardo Aldana contra Milciades Alfonso Pulido Silvestre y otros. Abogado Asistente: Doctor Ernesto Gamboa Alvarez.

FILIACION NATURAL. — *El error de hecho debe aparecer de modo manifiesto en los autos.* — Sentencia de 9 de noviembre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el juicio ordinario promovido por Ligia Ramírez de González y otra contra Pablo Villegas y otra. Magistrado Ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

DIVISORIO. — *Providencias de fondo en estos juicios. Solo la que aprueba la partición es susceptible de casación: requisitos. Medio nuevo.* — Sentencia de 12 de noviembre de 1971. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Garzón, en el juicio divisorio promovido por José Antonio Espinosa Celis y otros contra Pedro Antonio Molina Cuéllar y otros. Abogado Asistente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

SIMULACION. — *Causal 4ª. No hay inconsonancia en fallo absolutorio. Interpretación de la demanda.* — Sentencia de 15 de noviembre de 1971. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Gachetá, en el juicio ordinario de Elías y Justo Correal contra María Bernal de Rodríguez y otros. Magistrado Ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

ACCION PETITORIA. — *Declaración de mejor derecho. Técnica de casación. Acciones petitoria y reivindicatoria, son distintas.* — Sentencia de 17 de noviembre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Espinal, en el juicio ordinario promovido por Ernesto Pabón Camacho contra Teresa Carrizosa de Polanía. Magistrado Ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

ARRENDAMIENTO. — *Devolución de lo pagado en exceso de cánones congelados. Competencia.* — Sentencia de 17 de noviembre de 1971. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por "Capri Ltda." contra Soledad Puerta de Garcés Mejía. Magistrado Ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

FILIACION NATURAL. — *Competencia, su prórroga. Técnica de casación. Prueba de la calidad de heredero.* — Sentencia de 17 de noviembre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Ana Paulina Beltrán contra José Reyes y otros. — Magistrado Ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo.

IMPUGNACION DE PATERNIDAD. — *Técnica de casación.* — Sentencia de 18 de noviembre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Luis Antonio Herrera contra Mercedes Gutiérrez. Magistrado Ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

RESOLUCION DE LA PROMESA DE PERMUTA. — *Acumulación de acciones. Servidumbres: debe seguirse en todos los casos por el trámite especial.* — Sentencia de 19 de noviembre de 1971. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario promovido por Enrique Arbeláez contra Alicia Gómez y otra. Magistrado Ponente: Doctor Ernesto Cediel Angel.

FILIACION NATURAL. — *Error de hecho. Prueba de la posesión notoria del estado civil de hijo natural.* — Sentencia de 19 de noviembre de 1971. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Garzón, en el juicio ordinario de Omar Penagos Figueroa contra María Soledad Penagos v. de Gómez y otra. Abogado Asistente: Doctor Hernán Salamanca Porras.

REIVINDICACION. — *Nulidad constitucional. Excepciones perentorias y dilatorias.* — Sentencia de 22 de noviembre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el juicio ordinario promovido por Francisco Londoño Gutiérrez contra José Joaquín Ramírez Martínez. Magistrado Ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

VENTA. — *Nulidad por objeto ilícito.* — Sentencia de 22 de noviembre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Palmira, en el juicio ordinario promovido por Medardo y Rosalía Varela y otra contra Irene Saavedra v. de Belalcázar y otro. Abogado Asistente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

NULIDAD EN JUICIO EJECUTIVO POR FALTA DE CITACION O EMPLAZAMIENTO DEL DEMANDADO. — Sentencia de 22 de noviembre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario de Ernesto González contra el Distrito Especial de Bogotá. Abogado Asistente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

REIVINDICACION. — *Error de hecho.* — Sentencia de 24 de noviembre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Tuluá, en el juicio ordinario promovido por Dora Gómez de Espinal y otro contra "Seponer Hnos. y Cía. Ltda.". Magistrado Ponente: Doctor José María Esguerra Samper.

PERTENENCIA. — *Prueba de posesión exclusiva.* — Sentencia de 25 de noviembre de 1971. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Gachetá, en el juicio ordinario promovido por Gustavo Beltrán López contra Lucinio Jiménez M. Abogado Asistente: Doctor Joaquín Moreno Pareja.

RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO EN CONTRATO BILATERAL. — Sentencia de 25 de noviembre de 1971. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario de Galvis & Meléndez Ltda. contra la Cía. Perni S. A. Abogado Asistente: Doctor Hernán Salamanca Porras.

FILIACION NATURAL. — *Prueba de legitimación. Medio nuevo en casación.* — Sentencia de 3 de diciembre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Facatativá en el juicio ordinario promovido por Alvaro y Doralice Camacho contra Carlos Emilio Rojas. Abogado Asistente: Doctor Ernesto Gamboa Alvarez.

PERTENENCIA. — *Interrupción de la prescripción.* — Sentencia de 3 de diciembre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Garzón, en el juicio de pertenencia promovido

por Trinidad Calderón v. de Díaz y otros con oposición de Domitila Durán. Abogado Asistente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

FILIACION NATURAL. — *Posesión notoria.* — Sentencia de 3 de diciembre de 1971. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario de Alberto Núñez contra Ana Joaquina Quesada v. de Herrán y otra. Abogado Asistente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

INDEMNIZACION POR OCUPACION DE TERRENOS PARA VIAS PUBLICAS. — Sentencia de 4 de diciembre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el juicio ordinario promovido por Ana Inés García de Estévez contra el Municipio de Bucaramanga. Magistrado Ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

FILIACION NATURAL. — *Error de hecho y error de derecho. Cargo subsidiario.* — Sentencia de 6 de diciembre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el juicio ordinario promovido por John Betancur contra Blanca Sierra y otros. Magistrado Ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

CUENTAS. — *Técnica de casación. La violación del Art. 26 de la Constitución, solo puede ser indirecta.* — Sentencia de 9 de diciembre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el juicio especial de rendición de cuentas instaurado por Manuel Lombana contra Jorge Alberto Mateus. Magistrado Ponente: Doctor Aurelio Camacho Rueda.

REIVINDICACION. — *Los Arts. 205 y 209 del C. J. no son normas sustanciales.* — Sentencia de 9 de diciembre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Luis Orjuela, Mercedes Chaves de Orjuela y la sociedad Vasco Villegas Ltda. contra Edmundo Clavijo. Abogado Asistente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

NULIDAD. — *Por indebida citación.* — Sentencia de 14 de diciembre de 1971. Decreto NULIDAD en el proceso ordinario seguido por Amelia Salgado Santos contra Elvira Salgado Santos. Magistrado Ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga.

NULIDAD DE INCIDENTE PARA ESTABLECER PERJUICIOS. — *Técnica de casación.* — Sentencia de 15 de diciembre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Espinal, en el juicio ordinario de Federico Rivas V. contra Juan de la Rosa Cuellar. Abogado Asistente: Doctor Ricardo Uribe Holguín.

RENDICION DE CUENTAS. — *Incongruencia. Técnica de casación.* — Sentencia de 15 de diciembre de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Zipaquirá en el juicio ordinario promovido por los herederos de Campo E. Sánchez contra Hernando Rodríguez. Abogado Asistente: Doctor Hernán Salamanca Porras.

SALA LABORAL

MANIFESTACION DEL MOTIVO PARA LA TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO. — La Corte por sentencia de julio 9 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jaime Urrego Cartagena contra la sociedad Compañía Sewing Machine Company S. A. Magistrado Ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

PENSION ESPECIAL DE JUBILACION. — El artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo, vigente en el momento de la terminación, dice que la pensión especial por despido injusto después de quince años de servicios, "principia a pagarse cuando el trabajador despedido llegue a los cincuenta (50) años de edad, pero su derecho a ella debe reclamarlo dentro del término de un (1) año contado a partir del despido". La Corte por sentencia de julio 10 de 1971, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Manuel B. Angarita Noguera contra la Texas Petroleum Company. Magistrado Ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

CONTRATO DE TRABAJO. — *(Fecha de iniciación de labores)*. — La Corte por sentencia de julio 13 de 1971, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Gilberto Gálvez Gavis contra Fidel Gutiérrez Botero y Alonso Jaramillo Botero. Magistrado Ponente: Doctor Miguel Angel García B.

AUXILIO POR ENFERMEDAD NO PROFESIONAL E INVALIDEZ. — "Es lógica la conclusión de que si el trabajador enfermo tiene derecho a la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria, de igual modo tiene derecho al auxilio monetario por el tiempo de incapacidad, sin exceder de seis meses, puesto que así expresamente lo dispone el artículo 277 del C. S. T., armonizado con el 227 al cual el primero se refiere". La Corte por sentencia de julio 13 de 1971, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio de José María Angulo contra Aerovías Nacionales de Colombia S. A. "Avianca". Ponente: Abogado Asistente, Doctor Mario Barrios M.

PENSION ESPECIAL DE JUBILACION. — La pensión ordinaria consagrada en el artículo 260 del C. S. T. y la especial de que trata el artículo 267 de la misma obra, son diferentes no solamente en su cuantía, sino también en los hechos generadores de los derechos. Mientras la pensión ordinaria no requiere sino tiempo servido y edad, la especial exige también el despido sin justa causa. La Corte por sentencia de julio 14 de 1971, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio de Vicente Daza Portela contra la Compañía Frutera de Sevilla. Magistrado Ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

CASACION. — *(Técnica)*. — La Corte por sentencia de julio 16 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Joseph Kneer contra Meyer Lenguage Center y solidariamente a los señores Amalia Mier Illera de Meyer y Harmon Meyer. Magistrado Ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia.

SALARIO MINIMO. — Dado que por el recurrente no se argumentó en contra de la exis-

tencia del contrato de trabajo, no hubo equivocación ninguna del Tribunal al tomar el salario mínimo legal a efectos de computar el monto de las distintas prestaciones sociales. La Corte por sentencia de julio 19 de 1971, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Dalmiro Viveros contra la empresa Grace & Cía. (Colombia S. A.). Magistrado Ponente: Doctor Miguel Angel García B.

ERROR DE HECHO. — La Corte por sentencia de julio 19 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Fernando Altamar Acuña contra Naviera Fluvial Colombiana S. A. Magistrado Ponente: Doctor Juan Benavides Patrón.

ERROR DE HECHO. — No debe confundirse el resultado, esto es, el error, con su causa, es decir, el juicio equivocado sobre la prueba o la falta de estimación de ella. La Corte por sentencia de julio 21 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Ananías Sánchez R. contra Nora Restrepo de Botero. Magistrado Ponente: Doctor Juan Benavides Patrón.

CASACION. — *(Técnica)*. — La Corte por sentencia de julio 23 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Arturo Restrepo Taborda contra Mariano Cadavid Montoya. Magistrado Ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia.

CASACION. — *(Técnica)*. — La Corte por sentencia de julio 26 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Luis Martín Prieto contra la Empresa Distrital de Servicios Públicos y la Caja de Previsión Social de Bogotá. — Magistrado Ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar.

CASACION. — *(Técnica)*. — La Corte por sentencia de julio 31 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Francisco Franco Cadavid contra Exportaciones Agropecuarias la Stella Ltda. y contra su socio y Gerente Mario J. Uribe A. Magistrado Ponente: Doctor Juan Benavides Patrón.

CASACION. — *(Técnica)*. — La Corte por sentencia de agosto 2 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el juicio de Roberto Leonidas Romero Esquivel contra la empresa Bodegas del Pardo Fábrica de Vinos. Magistrado Ponente: Doctor Miguel Angel García B.

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO. — Ahora bien: De acuerdo con el artículo 8º de la Ley 6ª de 1945, modificado por el artículo 2º de la Ley 64 de 1945, las partes, cuando se trata de contratos a término indefinido, pueden reservarse "el derecho a terminar unilateralmente el contrato de trabajo mediante aviso a la otra con antelación no inferior al período que regule los pagos del salario, de acuerdo con la costumbre y previa cancelación de todas las deudas, prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar. La Corte por sentencia de agosto 9 de 1971, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Arnulfo Martínez Novoa contra la Empresa de Teléfonos de Bogotá. Magistrado Ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

LA ADMINISTRACION PUBLICA Y SUS SERVIDORES. — Con la anterior transcripción, resulta claro que el Tribunal no hizo cosa distinta de negar en el sub-lite la existencia de un contrato de trabajo entre el Departamento de Cundinamarca y su servidor, hoy recurrente, a través de la exégesis del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, aplicable a la fecha de terminación del vínculo entre las partes. La Corte por sentencia de agosto 17 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis Alberto Rodríguez contra el Departamento de Cundinamarca y el Instituto de Seguridad Social de Cundinamarca. Magistrado Ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar.

PENSION ESPECIAL DE JUBILACION. — En los casos previstos por el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, que subrogó los artículos 262 y 267 del C. S. del T., es posible la condena de futuro cuando se trata de despido sin justa causa. La Corte por sentencia de agosto 19 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Juan de Jesús Sandoval Avendaño contra la Compañía Croydon del Pacífico S. A. Magistrado Ponente: Doctor Miguel Angel García B.

CASACION. — *(Técnica)*. — La Corte por sentencia de agosto 30 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Jaime Alfredo Plata contra los Ferrocarriles Nacionales, División Pacífico. Magistrado Ponente: Doctor Juan Benavides Patrón.

ACLARACION. — La Corte en providencia de 31 de agosto de 1971, dice: "En la forma anterior quedan aclarados los conceptos a que se refiere el apoderado del Sindicato de Trabajadores de las Empresas Públicas de Medellín, en cuanto pudieran ser susceptibles de aclaración, sin que esto implique una respuesta a los interrogantes plantados en su escrito, que no contienen propiamente una solicitud para aclarar conceptos". Magistrado Ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

PENSION DE JUBILACION. — Decretos 2351 de 1965 y 1373 de 1966 y Ley 48 de 1968. La Corte por sentencia de agosto 31 de 1971, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Jorge Chaparro B. contra Celanese Colombiana S. A. Magistrado Ponente: Doctor Miguel Angel García B.

INDEMNIZACION POR MORA Y BUENA FE PATRONAL. — Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. La Corte por sentencia de agosto 31 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio de Aurelio Mosquera Perea contra la sociedad Bella Nápoles, Donadona & Barbato Limitada. Magistrado Ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar.

CASACION. — *(Técnica)*. — La Corte por sentencia de septiembre 3 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Hernando de Mendoza contra Luis Orlando Sánchez y Pablo E. Valenzuela. Magistrado Ponente: Doctor Miguel Angel García B.

CASACION. — *(Técnica)*. — La Corte por sentencia de septiembre 6 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Mario Giraldo Arias contra el Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico Comisión Canalización y Reembolso Río Medellín. Magistrado Ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

CASACION. — *(Técnica)*. — La Corte por sentencia de septiembre 9 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Blanca Aliria Castaño contra Botero Salazar & Cía. Ltda. Magistrado Ponente: Doctor Juan Benavides Patrón.

CASACION. — *(Técnica)*. — La Corte por sentencia de septiembre 10 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Hernán Mateus Becerra contra la Asociated Press. Magistrado Ponente: Doctor Miguel Angel García B.

CUANTIA DE LA PENSION ESPECIAL DE JUBILACION. — Si la pensión plena que le hubiera correspondido al trabajador demandante era de $ 6.000.00 mensuales la pensión especial a que tiene derecho según el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, debe ser proporcional al tiempo de servicios en relación con los $ 6.000.00. La Corte por sentencia de octubre 6 de 1971, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Julio Eduardo Lloreda Maldonado contra Sears Roebuck de Colombia S. A. Magistrado Ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

CASACION. — *(Técnica)*. Cada cargo tiene individualidad propia y debe constituir una unidad completa. La Corte por sentencia de octubre 6 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Juan C. Jiménez contra el Banco Ganadero, el Municipio de Medellín y las Empresas Varias Municipales de la misma ciudad. Magistrado Ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia.

ERROR DE HECHO. — La Corte por sentencia de octubre 8 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en el juicio de Segundo Paredes contra la sucesión testada de Monasco Dachis. Magistrado Ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

CONTRATO DE TRABAJO. — Solamente las personas naturales pueden prestar servicios personales, al tenor del artículo 22 del C. S. del T. La Corte por sentencia de octubre 14 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio de Alfonso Medina Gamboa contra las Empresas

"Chevron (Richmond) Petroleum Company of Colombia y su filial "Oleoducto del Zulia S. A.". Magistrado Ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

INDEMNIZACION MORATORIA. — La jurisprudencia de la Corte ha sido constante en el sentido de que para la negativa del ordenamiento de la indemnización moratoria debe tenerse siempre en cuenta el concepto de la buena fe. En el caso de estudio está demostrado que el Banco demandado consignó oportunamente por concepto del valor de las prestaciones, el monto de lo que consideró que debía al actor del juicio, pero no pagó el valor de la indemnización por despido ilegal. La Corte por sentencia de octubre 15 de 1971, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Hernando Rodríguez Vega contra el Banco Cafetero. Magistrado Ponente: Doctor Miguel Angel García B.

CASACION. — *(Técnica)*. — Cada cargo tiene individualidad propia, y en cada uno por consiguiente debe expresarse con claridad y precisión la causal o motivo de casación y el concepto de violación. La Corte por sentencia de octubre 22 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en el juicio de Margarita Valderrama de Román contra la sucesión testada del señor César Rivas. Magistrado Ponente: Doctor Miguel Angel García B.

FALLO ULTRA O EXTRA-PETITA. — La facultad de fallar ultra o extra-petita es discrecional del Juez de primera instancia, quien podrá hacer uso de ella si se reunen los requisitos contemplados en el artículo 50 del C. P. del T. sin que para ello sea necesaria una solicitud en abstracto hecha en la demanda, que resultaría inoficiosa. La Corte por sentencia de octubre 26 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Enrique Delgadillo Gómez contra el Banco del Comercio. Magistrado Ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

ERROR DE HECHO. — La Corte por sentencia de octubre 26 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Jaime Mosquera Castro contra Anatolio Ramírez. Magistrado Ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

CASACION. — *(Técnica)*. — El quebrantamiento de disposiciones de un decreto reglamentario no puede dar base a un cargo en casación, si no se señala la norma legal reglamentada, la cual debe resultar violada por el fallador, para que la decisión sea quebrantada por la Corte. La Corte por sentencia de noviembre 3 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Abel Agudelo Orrego contra el Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico. Canalización y Reembolso Río Medellín. Magistrado Ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina.

CASACION. — *(Técnica)*. — El recurso extraordinario de casación exige cierto rigor formal en la presentación de los cargos que se formulan contra la sentencia impugnada. La Corte por sentencia de noviembre 25 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en el juicio de Alfonso Valderrama Rivas contra la sucesión testada de César Rivas. Magistrado Ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

CASACION. — *(Técnica)*. — La Sala no descalifica la presentación separada de los diversos conceptos de violación de la ley, conforme a la causal primera, siempre que cada uno de ellos contenga la proposición jurídica que se estime violada y se mantenga en el plano de demostración del motivo escogido. Las distintas razones que informen el juicio del fallador determinan conceptos diferentes de la violación para la acusación debida, y aun cualquiera de ellas puede ser susceptible de diversos planteamientos acusatorios correspondiéndole entonces a la Corte fijar el verdadero y resolverlo desestimando los que no acontecieron en la decisión recurrida. La Corte por sentencia de 5 de noviembre de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Gabriel Orozco Valencia contra el Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico - Canalización y Reembolso del Río Medellín. Magistrado Ponente: Doctor Juan Benavides Patrón.

DEMOSTRACION DEL SALARIO. — El salario, en cuanto a su monto y convenio, no requiere para demostrarlo de prueba solemne. La Corte por sentencia de noviembre 6 de 1971, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal

Superior del Distrito Judicial de Pasto en el juicio de Leen A. Van Der Graaff contra las sociedades Maderas de Nariño Ltda. (sic) y Chapas de Nariño S. A. Magistrado Ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar.

CLAUSULA DE RESERVA. — Al no cumplir los requisitos señalados en la ley para el uso correcto de la cláusula de reserva, la terminación del contrato de trabajo que con su invocación hizo la Empresa, devino en injusta y en consecuencia el trabajador tiene derecho a la indemnización establecida en el artículo 51 del Decreto 2127 de 1945. La Corte por sentencia de 15 de noviembre de 1971, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis Antonio Martínez Jaime contra la Empresa de Teléfonos de Bogotá E. T. B. Magistrado Ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

INFRACCION DIRECTA. — La infracción directa de la ley, ocurre en general cuando la norma que por ese motivo se dice violada ha sido ignorada por el fallador o cuando reconociendo éste su existencia se rebela contra su mandato y no la aplica. La Corte por sentencia de 20 de noviembre de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio de Jacobo Tovar Daza contra la Compañía Frutera de Sevilla. Magistrado Ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar.

CASACION. — *(Técnica)*. — La Corte por sentencia de 2 de diciembre de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en el juicio de Francisco Jordán Peñaranda contra la Beneficencia del Norte de Santander. Magistrado Ponente: Doctor Miguel Angel García B.

CASACION. *(Técnica)*. — Habiéndose excluído de la casación laboral la causal consistente en que la sentencia haya incurrido en las nulidades de que trata el artículo 448 del antiguo Código de Procedimiento Civil, la acusación es inestimable, porque además no se ha demostrado la incidencia que el error *in procedendo* haya podido tener en las decisiones tomadas por el fallador de segunda instancia. La Corte por sentencia de 3 de diciembre de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio de Luis Martínez Caballero contra el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Magistrado Ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

ERROR DE HECHO. — La Corte por sentencia de 13 de diciembre de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en el juicio de José del Carmen Castellanos contra la sociedad comercial Molino Fortuna de Campoalegre Limitada. Magistrado Ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

CASACION. — *(Técnica)*. — La Corte por sentencia de 14 de diciembre de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Juan Jacobo Berdugo contra el Fondo Nacional de Caminos Vecinales de Bogotá y el Fondo Departamental de Caminos Vecinales del Atlántico. Magistrado Ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.

INDICE

SALA DE CASACION CIVIL

Págs.

REIVINDICACION. — *Pago de frutos por el poseedor de buena fe.* — Sentencia de 1º de julio de 1971. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por la sociedad "Compañía Urbanizadora y Constructora de Santa Lucía S. A." contra el Distrito Especial de Bogotá. Abogado Asistente: Dr. Ernesto Gamboa Alvarez 5

REIVINDICACION. — *Fallo inhibitorio.* — *No se casa cuando el fallo de instancia de la Corte pueda agravar la condición del recurrente.* — Sentencia de 1º de julio de 1971. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Espinal, en el juicio ordinario promovido por Eduardo Camacho Villoria contra Eduardo Arenas. Abogado Asistente: Dr. Joaquín Moreno Pareja ... 12

RESPONSABILIDAD CIVIL.— *Suspensión de la decisión civil por proceso penal; oportunidad de presentar la prueba del fallo penal.* — *Reitera la doctrina sobre la responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas por el hecho de sus agentes o dependientes.* — Sentencia de 5 de julio de 1971. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Valentín Niño y otros contra la sociedad "Archila Briceño & Cía. Ltda.". Magistrado Ponente: Dr. Germán Giraldo Zuluaga .. 18

SIMULACION. — *Incongruencia.* — *Medio nuevo en casación.* — *No se requiere que el reivindicante "haya perdido la posesión" sino que "no esté en posesión".* — Sentencia de 7 de julio de 1971. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en el juicio ordinario promovido por Eloísa Fajardo v. de Cerón contra Manuel Fonseca Sierra. Magistrado Ponente: Dr. Ernesto Cediel Angel 31

FILIACION NATURAL. — *La falta de aceptación de la herencia por el demandado no produce nulidad.* — Sentencia de 7 de julio de 1971. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el juicio ordinario promovido por Bárbara Orjuela v. de Rocha, contra Rosa María Goyeneche de Pinzón. Abogado Asistente: Dr. Ricardo Uribe Holguín 41

SIMULACION. — *La donación remuneratoria debe ser siempre expresa y constar por escrito.* — *No cabe en ella simulación.* — *Dación en pago.* — *El Art. 1947 del C. C. no es norma sustancial.* — *Buena o mala fe del poseedor calificada por la ley.* — Sentencia de 9 de julio de 1971. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Cecilia Peraza de Bradford contra Carlos J. Peraza. Magistrado Ponente: Dr. Germán Giraldo Zuluaga 46

RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO. — *Interés para recurrir en casación.* — (No lo tiene quien no apeló del fallo de 1ª instancia). Sentencia de 19 de julio de 1971.— NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario promovido por la sociedad "Rascovsky & Roldán Ltda." contra Gabriel Junca Ospina. Magistrado Ponente: Dr. José María Esguerra Samper 64

Págs.

FILIACION NATURAL. — *Notoriedad en punto a posesión de estado. — Al apreciar la prueba testimonial los tribunales pueden y deben someterla a las reglas de la crítica racional. — Las declaraciones del testador no hacen plena fe contra terceros. — Los Arts. 597 y 648 del C. Judicial no son normas de valoración probatoria.*— Sentencia de 21 de julio de 1971. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Rosa Dávila frente a los herederos de Carlos Castillo Pulido. Magistrado Ponente: Dr. Germán Giraldo Zuluaga 69

RESCISION POR LESION ENORME EN CONTRATO DE DACION EN PAGO.— *Medio nuevo en casación.* — Sentencia de 28 de julio de 1971. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Ramón Corredor contra el Banco de Colombia. Abogado Asistente: Dr. Ricardo Uribe Holguín 80

SOCIEDAD DE HECHO.— *Sus distintas clases. — Cualquiera que sea su clase tiene siempre cárácter contractual. — La nulidad de la sociedad de hecho no tiene efecto retroactivo sino futuro. — Prueba de la existencia de la sociedad de hecho. —El aporte de bienes raíces o de derechos reales en estos, debe hacerse, por escritura pública. — Aportes: sus distintas clases.*— Sentencia de 30 de julio de 1971. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Fe de Antioquia, en el juicio ordinario promovido por Guillermo Ramírez Saldarriaga contra Epitacio González Uribe. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Murcia Ballén 88

FILIACION NATURAL. — *Prueba de la calidad de heredero. — La copia auténtica de un auto dictado en juicio de sucesión, necesariamente conlleva la prueba del fallecimiento del causante respectivo.* — Sentencia de 5 de agosto de 1971. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el juicio ordinario promovido por Carmen Celina Juliao Vitola contra Celestina Hernández de Cabeza. Magistrado Ponente: Dr. José María Esguerra Samper 99

COMUNIDAD. — *Venta de cosa ajena. — nulidad o invalidez es distinto de inoponibilidad.* — Sentencia de 12 de agosto de 1971. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Sogamoso, en el juicio ordinario promovido por Nepomuceno Meléndez Rojas contra Olimpia Peña v. de Peña., Abogado Asistente: Dr. Ricardo Uribe Holguín 105

FILIACION NATURAL. — *Declaración de renta, ratifica la doctrina de que no es instrumento público sino documento privado; su presentación al proceso.* — Sentencia de 26 de agosto de 1971. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario promovido por Hugo Villafañe o Garcés y otras contra Gentil Villafañe y otros. Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Peláez Ocampo 115

SOCIEDAD DE HECHO. — *Los bienes que los socios aportan dejan de pertenecerles. — Error de hecho en punto a interpretación de los contratos. — Prenda de cosa ajena, es válida.* — Sentencia de 27 de agosto de 1971. — No CASA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el juicio ordinario promovido por Jesús Meza Pérez contra Pedro Astrauskas. Magistrado Ponente: Dr. Ernesto Cediel Angel 124

FILIACION NATURAL. — *Interpretación de la demanda. — Aplicación de los Arts. 197, 180 y 375 inciso 3º del nuevo C. de P. C.* — Sentencia de 30 de agosto de 1971. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Chiquinquirá, en el juicio ordinario promovido por Carmen Josefa Fletcher contra José Joaquín Monroy Guzmán. — Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Peláez Ocampo 134

CONSTRUCCION EN SUELO AJENO. — *Derecho de retención del constructor. — Pago de perjuicios e intereses por mora. — Prueba de indicios. — El yerro fáctico debe brillar al ojo para prosperar.* — Sen-

Págs.

tencia de 1º de septiembre de 1971. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Chiquinquirá, en el juicio ordinario promovido por Paulina Santander de Yaver y otra contra Celestín Faizal. Magistrado Ponente: Dr. Germán Giraldo Zuluaga 138

REIVINDICACION. — *Quién puede reivindicar, acción publiciana. — Contra quién se puede reivindicar. — Casos de excepción en que puede dirigirse la acción contra quien ha dejado de ser poseedor. — Restitución del retenedor.—La acción consagrada en el Art. 971 del C. C., es de carácter personal y no real.* — Sentencia de 4 de octubre de 1971. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el juicio ordinario promovido por Matilde Restrepo de Rivera contra Augusto Restrepo Restrepo. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Murcia Ballén 153

REIVINDICACION. — *Personería sustantiva o legitimación en causa. — Incongruencia. — Dictamen pericial: su aclaración o ampliación en forma con él un solo todo.* — Sentencia de 18 de octubre de 1971. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio ordinario promovido por David Santana García contra Carmen Leguízamo. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Murcia Ballén 166

FILIACION NATURAL. — *Nulidades procesales. — La actuación de abogado suspendido es punible pero no inválida.* — Sentencia de 20 de octubre de 1971. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Adelia Gutiérrez contra Neftalí y Diomedes Forero Castro como herederos de Rubén Forero Castro. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Murcia Ballén 179

PROPIEDAD HORIZONTAL. — *En la escritura de venta de un departamento no es esencial insertar el reglamento de copropiedad.* — Sentencia de 22 de octubre de 1971. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Arturo Wilches Navas y Fanny Lugo de Wilches contra el Instituto de Crédito Territorial. Magistrado Ponente: Dr. José María Esguerra Samper 184

FILIACION NATURAL. — *Reformas introducidas por la Ley 75 de 1968. — Relación procesal: su constitución y sus efectos.* — Sentencia de 2 de noviembre de 1971. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario promovido por Fabio Márquez y otros contra los herederos de Hernando Aguilar Díaz. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Murcia Ballén 194

RESOLUCION DE LA PERMUTA. — *La acción resolutoria de contrato bilateral es constitutiva, personal e indivisible.*—Sentencia de 3 de noviembre de 1971. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el juicio ordinario promovido por Gonzalo Arango contra "Ariza y Gómez - Puertas Mundial Ltda.". Magistrado Ponente: Dr. José María Esguerra Samper 203

ASIGNACION MODAL. — *Si se asigna algo a una persona con la obligación a aplicarlo a un fin especial, esta obligación es un modo y no una condición suspensiva.* — Sentencia de 9 de noviembre de 1971. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Palmira, en el juicio ordinario promovido por Ofelia Martínez de Suárez contra Saúl Martínez Silva y otros. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Murcia Ballén 210

DONACIONES REMUNERATORIAS Y GRATUITAS. — Sentencia de 20 de noviembre de 1971. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el juicio ordinaro promovido por Emma Rebolledo de García contra Alfonso Ibáñez Varela. Magistrado Ponente: Dr. José María Esguerra Samper 225

PROPIEDAD HORIZONTAL. — *La transferencia, gravamen o embargo, lo mismo que la reivindicación, de un departamento o piso comprende los derechos del propietario sobre los bienes comunes de todo*

Págs.

el inmueble, aun cuando no se mencionen éstos en el título o demanda. — Sentencia de 7 de diciembre de 1971. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Adaúlfo Cabrera T. contra Hilda G. Rodríguez García. Magistrado Ponente: Dr. Germán Giraldo Zuluaga 234

FILIACION NATURAL. — *Violación de las normas constitucionales. — Los Arts. 30 de la Ley 16 de 1968, 2º del Decreto 2367 del mismo año y 725 del C. J. no son normas sustanciales.* — Sentencia de 13 de diciembre de 1971. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el juicio ordinario promovido por Graciela Méndez o Torres de Torres frente a los herederos de Efraín Torres Torres. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Murcia Ballén 242

JURISDICCION ESPECIAL. — *La laboral es la competente para conocer de los juicios sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado.* — Sentencia de 14 de diciembre de 1971. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por José Joaquín González Ortiz frente a Eduardo y Jorge Jiménez Villegas. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Murcia Ballén 248

SALVAMENTO DE VOTO del Magistrado Dr. Germán Giraldo Zuluaga al fallo anteriormente publicado 257

SALA DE CASACION PENAL

Págs.

COMPETENCIA. — *La unidad de los delitos y la pluralidad de los sujetos activos no implica unidad del juzgamiento. — Cuando una infracción ha sido realizada conjuntamente por personas amparadas por el fuero castrense y particulares, el juzgamiento de estos últimos corresponde a la justicia penal ordinaria, siempre y cuando no estén al servicio de las Fuerzas Armadas, ni se trate de lo preceptuado en el numeral 6º del artículo 307 del Código de Justicia Penal Militar.* — Por auto de julio 5 de 1971, la Corte *dirime* el conflicto de competencias entre el Juez 7º penal del Circuito de Bogotá y el Comandante del ejército, juez de primera instancia, en el proceso por peculado adelantado contra Hernando Benítez Jiménez y otros. En el sentido de que es al Juez Superior de Bogotá (reparto) a quien le corresponde conocer del presente proceso en lo que hace relación a las personas que no tienen fuero y al Comandante del Ejército como juez de primera instancia, para aquellos que tienen fuero castrense. Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Romero Soto 259

CASACION, SU TECNICA. — CAUSALES 4ª y 1ª. — *Cuando la correspondencia jurídica entre las partes se establece sobre un conjunto de preceptos integrados que pueden ser dos o más todos deben postularse en la acusación para los efectos de la causal primera de casación; si se citan algunos de ellos, dejando sin referencia los demás que refrendan la misma cuestión o permiten el discernimiento de los mismos derechos, se incurre en lo que la jurisprudencia civil y penal ha venido denominando "Proposición jurídica incompleta" que genera la desestimación del recurso. — Al impugnarse en casación la estimación de los perjuicios derivados del delito, el recurrente debe invocar todas las normas sustanciales violadas indirectamente, por error en la valoración del dictamen pericial que determinó la cuantía. — No constituye nulidad constitucional la omisión del examen médico cuando de las pruebas no emerge indicio de que el procesado se encuentra en alguna de las circunstancias previstas en el artículo 29 del C. P. — El Art. 411 del Decreto 409 de 1971 adiciona los casos en que se hace necesario la práctica de dicho examen, cuando el procesado haya dado muestras de embriaguez, intoxicación aguda e inconsciencia.* — Por sentencia de 9 de julio de 1971, la Corte, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que condenó a Mar-

Págs.

goth Herrera de Rodríguez como responsable de homicidio cometido en la persona de Hernando Avelino Torres Quintero. Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Pérez .. 262

DELITOS CONEXOS. — COMPETENCIA PARA EL JUZGAMIENTO. — *Compete a la justicia penal militar el juzgamiento de las personas, que cometen delitos conexos, uno de los cuales está consagrado específicamente como infracción en el Código Castrense, sin tener en cuenta la gravedad delictuosa de los hechos. — La Corte ratifica su doctrina de fecha 22 de agosto de 1969, en relación a los presupuestos que deben tenerse en cuenta en la violación directa o indirecta de la ley.* — Por sentencia de 22 de julio de 1971, la Corte, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior Militar, de 24 de noviembre de 1970, por la cual se condenó a Alfonso Sánchez, por el delito de homicidio frustrado. Magistrado Ponente: Dr. Alvaro Luna Gómez 272

ESTADO DE IRA E INTENSO DOLOR. — *Cuando el jurado emite su veridicción diciendo "Si es responsable "por grave e injusta provocación", debe entenderse que ha reconocido la específica atenuante consagrada en el Art. 28 del C. P.* — Por sentencia de 2 de agosto de 1971, la Corte, INVALIDA PARCIALMENTE la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga del 1º de junio de 1970, por la cual se le impuso al incriminado la pena de ocho años de presidio. Y, en su lugar, condena a Misael Antonio Román Palacio, a la pena principal de treintà y dos (32) meses de presidio, como responsable del delito de homicidio atenuado. Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta 280

ABUSO DE AUTORIDAD. — *Incurre en el delito de abuso de autoridad, el funcionario que teniendo conocimiento de la existencia de una diligencia de secuestro, practique —nuevo— avalúo y depósito provisional sobre los mismos bienes. — Elementos estructurales de la conducta descrita en el Art. 171 del Código Penal. — Alcance de los términos "Acto arbitrario o injusto consagrados en el tipo penal mencionado. — Delitos conexos. — Su juzgamiento.* — Por providencia de 6 de agosto de 1971, la Corte, REVOCA el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, a favor de Ruth Viana Vallejo, exjuez Segundo Penal Municipal de Guamo. Y, en su lugar llama a responder en juicio a la incriminada, por los delitos de "Abuso de autoridad y otras infracciones" previstos en el Capítulo VI del Título III del libro Segundo de Código Penal. Magistrado Ponente: Dr. Alvaro Luna Gómez 285

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD. — *Cuando se atribuye una circunstancia de mayor peligrosidad al sentenciado, no es indispensable que el juzgador determine de modo expreso la prueba concreta en que haya fundamentado dicha circunstancia, si del proceso se deduce claramente su existencia.* — Por sentencia de 13 de agosto de 1971, la Corte, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, de 9 de octubre de 1970, por la que se condenó a Timoleón y Libardo Franco Céspedes, por el delito de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez 303

DERECHO DE DEFENSA. — *El Art. 26 de la C. N. consagra el derecho de defensa en todo tiempo, pero en ninguna forma determina las normas reguladoras para cada juzgamiento. — En estado de sitio el gobierno está facultado por el artículo 121 de la C. N. para abreviar el trámite de los juicios, sin que ello implique menoscabo al derecho de defensa. — En los Consejos de Guerra Verbales, los cuestionarios por no existir auto enjuiciatorio, constituyen la síntesis del resultado probatorio, lo cual no permite que la Corte valore los elementos de juicio, que sirvieron de fundamento al funcionario para formular los cargos contra el sindicado.* — Por

Págs.

sentencia de 25 de agosto de 1971, la Corte, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, de 11 de octubre de 1969, mediante la cual se condenó entre otros a Vitelio García Reyes, por los delitos de asociación para delinquir, robo, lesiones personales y secuestro. Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta 311

CONCURSO DE TIPOS PENALES. — *CONCURSO EFECTIVO DE TIPOS. — Material y formal, requisitos estructurales de estas figuras jurídicas. — La unidad o pluralidad de intenciones constituye el elemento diferencial de los concursos efectivos. — concurso aparente de leyes, normas o tipos penales, diferencias básicas con el concurso efectivo. — Concurso material heterogéneo y sucesivo del delito de instigación o proposición y cualesquier otro delito. — Cuando se ha instigado o se ha hecho la proposición para un delito y este se realiza o ha tenido principio de ejecución, la instigación que había sido delito autónomo se convierte en acto preparatorio de la infracción que se ha consumado, dando origen a un concurso aparente de tipos. — INSTIGACION PUBLICA E INSTIGACION PRIVADA — No es de recibo en casación el ataque a la sentencia, por haber aplicado dentro del mismo género delictivo, la especie más favorable a los intereses del procesado. — ACTA DE AUDIENCIA. — La ausencia de la firma de una de las partes no genera nulidad de ninguna naturaleza. — COATUTOR. — Si en el auto enjuiciatorio se habla de coautor y en la sentencia de autor, la condenación no se altera en sustancia, pues la pena aplicable en ambos casos es la misma.* — Mediante sentencia de 2 de septiembre de 1971, la Corte, NO CASA la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Buga de 16 de diciembre de 1970, por la cual condenó a Gildardo Acosta Serna y Eduardo Antonio Mejía Obando, como coautores del delito de homicidio agravado. Magistrado Ponente: Dr. José María Velasco Guerrero 318

Págs.

REVISION. — *Cuando se trate de demostrar la falsedad de un testimonio por medio de otro testimonio, además de los requisitos de credibilidad que debe reunir el testigo de impugnación, debe comprobarse de manera adecuada que este no se pudo recibir dentro del proceso objeto de la revisión, por algún hecho imprevisible o irresistible que origine fuerza mayor, o a causa de una conducta dolosa de parte interesada con la sentencia.* — Por sentencia de 3 de septiembre de 1971, la Corte NIEGA EL RECURSO DE REVISION, interpuesto por el procesado Basilio Angélico Coají en relación a la causa adelantada contra él y otros en el Juzgado Segundo Superior de Popayán, por el delito de homicidio agravado y que culminó con sentencia ejecutoriada del Tribunal Superior de Popayán. Magistrado Ponente: Dr. José María Velasco Guerrero 337

JURADOS DE CONCIENCIA. — NOTIFICACION. — *Objetivo que persiguió el legislador al elevar a seis la cifra de los jurados que deben sortearse; la ley no ordena, realizar sorteo parcial, cuando se ha dejado de notificar a alguno o algunos de los jurados el auto por medio del cual el juez de la causa señala fecha y hora para la celebración de la audiencia pública.* — Por sentencia de 3 de septiembre de 1971, la Corte, NO CASA la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Bogotá de 30 de septiembre de 1970, por la cual condenó a Rafael Urbano Baquero Baquero, por el delito de homicidio simplemente voluntario. Magistrado Ponente: Dr. José María Velasco Guerrero 343

HOMICIDIO AGRAVADO. — CONCURSO MATERIAL. — NUMERALES 3º y 4º DEL ARTICULO 363 DEL CODIGO PENAL. — *AUTO DE PROCEDER. — El proveído enjuiciatorio de primera y segunda instancia constituyen una unidad jurídica. — CUESTIONARIOS. — No constituye nulidad supralegal incluir en los cuestionarios calificaciones jurídicas de la conducta delictuosa analizadas en la motivación del auto enjuiciatorio. — DELITO COM-*

Págs.

PLEJO. — El delito complejo, surge cuando el legislador, toma un hecho que en forma autónoma constituye delito y lo convierte en elemento estructural o agravante de otro tipo penal, siendo imposible en estos casos hablar de concurso efectivo de delitos. — El Código Penal colombiaño, no describe en su parte general el delito complejo o unitario. — Sin embargo en algunas conductas delictuales consagradas en la parte especial, se observa las caraterísticas propias de este fenómeno.— CONCURSO MATERIAL. — Las causales de agravación del homicidio estipuladas en los numerales 3º y 4º del Art. 363 del Código Penal no son modalidades del delito complejo, sino verdaderos concursos efectivos materiales de tipos penales, pues se trata de ilicitudes realizadas, con procesos ejecutivos autónomos que originan pluralidad de lesiones o eventos dañinos separables en su objetividad material y jurídico. — Mediante sentencia de 3 de septiembre de 1971, la Corte, DESECHA el recurso de Casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, de 17 de noviembre de 1970, por la que se condenó a Teodosio Moreno Berrío, por los delitos de Homicidio agravado y robo. Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez 347

CASACION. — CAUSAL PRIMERA. — VALORACION DEL ACERVO PROBATORIO POR PARTE DEL SENTENCIADOR. — *El sentenciador de Segunda instancia goza de prudente y necesario arbitrio en la apreciación de las pruebas, la convicción adquirida por aquel al evaluar el acervo probatorio no puede ser modificada por la Corte en casación, salvo cuando se demuestre, error de derecho, o error de hecho manifiesto o evidente.* — Por sentencia de 8 de septiembre de 1971, la Corte, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, de 13 de noviembre de 1969, por la que se condenó a los recurrentes. Ramiro Rranco Valencia, Hugo Marmolejo Quintero y Federico Thompson Falla, como responsable del delito de robo. Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta 358

ABUSO DE AUTORIDAD ART. 179 DEL C. P. — *La Corte modifica sus doctrinas de fecha de 5 de julio de 1948 y 31 de mayo de 1951. — Incurre en el delito de abuso de autoridad, tipificado en el Art. 179 del C. P., el empleado del orden judicial o agente del ministerio público, que abogue en asuntos judiciales o administrativos. — No debe entenderse el acto de abogar únicamente como la actuación en juicio de palabra o por escrito; también debe entenderse como cualquier forma de intervención ante autoridad, con fines defensivos o de impugnación.* — Mediante providencia de 15 de septiembre de 1971, la Corte, CONFIRMA el auto de 23 de enero de 1971 proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, por el cual abrió Causa Criminal, contra la Doctora Melba Ruth Vergara Mendoza de Escobar, ex-juez civil de menores de Cali, por el delito de abuso de autoridad que define y sanciona el Código Penal en su Libro II, Título III, Capítulo 6º. Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Pérez 365

DETENCION ARBITRARIA.— *No comete delito de detención arbitraria, el juez que, fuera de toda función asignada normativamente, detiene u ordena detener a una persona. En estos casos la conducta se adecua a lo preceptuado en el Art. 294 del C. P.* — Por auto de 27 de septiembre de 1971, la Corte declaró la nulidad de la actuación, en el proceso adelantado contra Antonio Maldonado Castellanos, Juez Promiscuo Municipal de Tibacuy, a partir del auto por el cual se declaró cerrada la presente investigación, y ordena el envío del informativo, al Juez Penal del Circuito por Competencia. Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Pérez .. 370

NULIDAD SUPRALEGAL. — *Si se retrotrae el procedimiento por haberse declarado una nulidad, y en la etapa afectada por dicha decisión queda comprendido el poder conferido por el procesado lo mismo*

Págs.

que el reconocimiento y posesión del defensor, el no repetir dicho trámite no constituye nulidad de ninguna naturaleza, siempre y cuando haya tenido asistentencia en legal forma el incriminado. — Por sentencia de cinco de octubre de 1971, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado Vidal Sánchez Gualdrón, contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, de 1º de abril de 1971, por la cual fue condenado el recurrente a la pena de veintidós años de presidio, por el delito de homicidio agravado. Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Romero Soto ... 374

CASACION. — OBJETIVOS DEL RECURSO. — *Dos son los objetivos del recurso de casación, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del Código de Procedimiento Civil. — Primero unificar la jurisprudencia, proveyendo al cumplimiento del derecho en pugna; y segundo, reparar los agravios inferidos a las partes por la sentencia recurrida. — Si el defensor no dirige su saber y experiencia a la consecución de situaciones más favorables para su defendido, aunque se escude en la defensa de un interés público, incumple su misión porque la parcializa.* — Por sentencia de 22 de octubre de 1971, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesta por el defensor del procesado José Omar López Mendoza, contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de 14 de abril de 1971, por la cual condenó al recurrente a la pena de diez y siete años y nueve meses de presidio, como responsable de los delitos de homicidio y hurto agravados. Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Pérez 380

FALTAS CONTRA LA ETICA EN EL EJERCICIO DE LA ABOGACIA. — *La Corte rectifica su criterio, en cuanto al juzgamiento de faltas disciplinarias cometidas por los Abogados en el ejercicio de su profesión, en el sentido de que dicho juzgamiento no corresponde en primera instancia a la Sala Penal en pleno, sino a las salas penales de decisión de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.* —

Págs.

Por auto de octubre 22 de 1971, la Corte DECLARA NULO lo actuado en el proceso adelantado contra el Doctor Héctor Saldarriaga Vargas, por posibles faltas contra la ética profesional. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez 386

NULIDAD. — CAUSAL 1ª DE CASACION. — VIOLACION DIRECTA DE LA LEY. — APLICACION INDEBIDA Y FALTA DE APLICACION.—*La circunstancia de clausurar la investigación dentro de los términos legales sin estar clarificada la situación Jurídica del incriminado, no acarrea nulidad de ninguna naturaleza.* — *Las Actas de visita realizadas por Fiscales de la Contraloría constituyen documentos públicos o auténticos (Art. 261, Decreto 409 de 1971) y en consecuencia son plena prueba de los hechos de que el funcionario de fe.* — *La presunción consagrada en el artículo 60 de la Ley 42 de 1923 solo surte efectos con relación a esa misma ley que la consagra y en consecuencia no puede extenderse sus alcances al campo del derecho penal.* — *Responsabilidad de los anormales en materia penal.* — Por sentencia de 22 de octubre de 1971, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto por el defensor de la procesada Lucía Ferro Camacho, contra la sentencia de 19 de agosto de 1970 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, por la cual se le condenó como responsable del delito de Peculado continuado. Magistrado Ponente: Dr. Alvaro Luna Gómez 391

ESTAFA. — *Elementos estructurales de este tipo penal.* — *Alcance de los términos.* — *Artificio, engaño y error.* — *Relación causal entre los elementos estructurales de la estafa.* — *El perjuicio de otro debe consistir en una lesión o daño efectivo del patrimonio de una persona determinada o determinable y ha de ser de contenido rigurosamente económico.* — *La frustración de una mera expectativa, de una esperanza no apoyada en un derecho subjetivo, no constituye lesión patrimonial ni tiene el alcance del daño*

Págs.

propio y característico de la estafa. — Mediante sentencia de octubre 25 de 1971, la Corte INVALIDA la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de septiembre 9 de 1968, por la que se condenó a diversas penas a los procesados Luis Eduardo Baena Correa, Jaime Larrea Hernández, Santiago Calle Henao y Gilberto Giraldo Gómez, a quienes se absuelve por el cargo de estafa que se les había imputado. Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez 409

Salvamento de voto de los doctores: Simón Montero Torres, Rafael Latorre Fonseca y José María Velasco Guerrero 419

CASACION. — CAUSAL 1ª. — *Para que prospere el recurso de casación, sustentado con base al inciso segundo numeral primero del artículo 580 del C. de P. P., es necesario no solo alegar que hubo apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, sino, además debe demostrarse que se incurrió en error de hecho o de derecho y que éste es de carácter manifiesto.* — Por sentencia de 3 de noviembre de 1971, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Cuarto del Tribunal Superior de Bogotá contra la sentencia de 13 de noviembre de 1971, por la cual se absuelve a Bernardo Sandoval y a Ligia Sánchez por el delito de violencia carnal y se condena a la segunda por lesiones personales. Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Romero Soto 424

HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL. — — *Cuando los jueces de hecho contestan al cuestionario que contiene los elementos estructurales del homicidio voluntario diciendo: "Sí es responsable sin que podamos establecer el propósito de matar", debe darse aplicación al principio universal del "in dubio pro reo" y sancionar al procesado como responsable de homicidio preterintencional. — Pena imponible al autor de un homicidio preterintencional. — Los motivos de agravación del homicidio de propósito y las lesiones personales intencionales pueden presentarse con idéntica razón en el homicidio preterintencional. — Cuando se han reconocido en el auto de proceder y en los fallos de primera y segunda instancia circunstancias de menor peligrosidad, ellas deben tener incidencia en la dosificación de la pena. — Su omisión implica violación directa al artículo 38 del estatuto represor por falta de aplicación.* — Con fecha 3 de noviembre de 1971, la Corte CASA la sentencia de 18 de febrero de 1971 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, y en su lugar condena a Nonato o Ramón o Chepe Cardoso Villa, a la pena de ocho años de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez 429

LESIONES PERSONALES. — CUESTIONARIOS.—*El cuestionario formulado a los jueces de hecho debe contener los elementos que constituyen la infracción y las circunstancias en que se realizó la conducta sin darle denominación jurídica. — Cuando en el cuestionario se utiliza la expresión "Sin intención de matar", consagrada en los artículos 371 del C. P. y 202 del C. de Justicia Penal Militar, se está haciendo referencia a uno de los elementos del delito de lesiones personales en su modalidad dolosa ya que la especie culposa de la infracción tiene consagración específica en los artículos 370 del C. P. y 210 del C. de Justicia Penal Militar.* — Con fecha 3 de noviembre de 1971, la Corte CASA PARCIALMENTE la sentencia del Tribunal Superior Militar de 15 de diciembre de 1970 en la causa seguida a José Roberto Chía Aldana, por el delito de lesiones personales, en el sentido de excluir la sanción acesoria de pérdida del sueldo de retiro, pensión o recompensa de carácter oficial. Magistrado Ponente: Dr. Alvaro Luna Gómez 436

LEY FAVORABLE. — *No se incurre en nulidad constitucional, cuando se retrotrae el procedimiento para dar aplicación a la norma más favorable al procesado, y dicha determinación es notificada le-*

Págs.

galmente a las partes. — La identificación del sujeto pasivo del delito de homicidio (ordinal 5 artículo 210 del C. P. P.), se refiere a la identidad física entre la víctima del delito y aquella por cuya muerte responde el procesado en juicio. — Por sentencia de noviembre 3 de 1971, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 3 de marzo de 1971 del Tribunal Superior de Medellín, por medio de la cual Antonio José Arbeláez Arbeláez fue condenado a la pena de 15 años de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Alvaro Luna Gómez 442

TESTIMONIO DE LOS PARIENTES PROXIMOS DEL INCULPADO. — *El derecho al silencio consagrado en los artículos 25 de la C. N. y 239 del C. de P. P. es renunciable. — El no cumplimiento de lo previsto en el inciso 2º del artículo 239 del C. de P. P., tratándose de testimonios de familiares, no genera nulidad, dicha pretermisión constituye una irregularidad que no compromete la validez del acto. — A más de las nulidades consagradas en los artículos 210 y 211 del C. de P. P., el Código prevé la nulidad de determinados actos, por pretermisión de formalidades o requisitos condicionantes, lo que conlleva como consecuencia jurídica el considerar aquellos actos como no realizados, dejando a salvo la legitimidad de toda la restante actuación procesal.* — Por sentencia de 3 de noviembre de 1971, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de segunda instancia, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta de 21 de mayo de 1971, mediante la cual fue condenado el recurrente Abel Boada Uribe a la pena principal de ocho años de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez 450

VEREDICTO. — INTERPRETACION. — *Cuando los jueces de hecho responden al cuestionario que contiene los elementos estructurales del homicidio voluntario, diciendo: "Si le causo la lesión, pero sin intención de matar", no se está frente a un veredicto absolutorio. — Dicha respuesta conlleva el reconocimiento de la autoría material de la lesión y la voluntariedad en su ejecución, dando origen al homicidio preterintencional.* — Por sentencia de noviembre 3 de 1971, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil de 18 de marzo de 1971 por la cual le fue impuesta al procesado Luis María Porras Otero, la pena principal de cinco años de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez 458

CASACION. — SU TECNICA. — *La Corte reitera su doctrina de 9 de julio de 1971, en relación a la formulación defectuosa de los cargos, llamada "Proposición jurídica incompleta". — Violación indirecta de la ley. — Cuando el actor cita como violadas normas procedimentales debe puntualizar las disposiciones sustanciales que el juzgador violó a través del desconocimiento de aquellas.* — Por sentencia de 13 de noviembre de 1971, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra el fallo de 24 de febrero de 1971 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, que condenó a Luis Alberto Arciniegas Guerra, a cuatro años de presidio como responsable del delito de peculado. Magistrado Ponente: Dr. Alvaro Luna Gómez 461

CASACION — VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY PENAL SUSTANCIAL. — *Al proponer la violación indirecta de la ley penal sustancial, se rechazan los presupuestos de hecho de la sentencia acusada, y en consecuencia el actor debe demostrar el error de hecho o de derecho en que incurrió el juzgador de segunda instancia al hacer la valoración del recaudo probatorio.* — Por sentencia de noviembre 13 de 1971, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, de 7 de mayo de 1971, mediante la cual fue condenado el

Págs.

recurrente Guillermo Torres a la pena principal de cuatro años y diez meses de prisión como responsable de los delitos de violencia carnal e incesto. — Magistrado Ponente: Dr. Mario Alario Di Filippo 465

DERECHO DE DEFENSA. — *La nulidad constitucional ocasionada por el abandono del procesado al arbitrio exclusivo del funcionario, solo se produce cuando la indefensión ha sido total. — Cuando la conducta del procesado se adecua a lo dispuesto en el inciso primero del Art. 316 del C. P., no es indispensable comprobar la edad del sujeto pasivo de la infracción.* — Por sentencia de 13 de noviembre de 1971, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto por el Fiscal primero contra el fallo de segunda instancia del Tribunal Superior de Medellín de 30 de mayo de 1970 mediante el cual se condenó a Miguel Cipriano Castro y a Wilson Becerra López a la pena principal de dos años y dos meses de prisión como responsables del delito de violencia carnal. Magistrado Ponente: Dr. Mario Alario Di Filippo 469

NULIDAD. — *La circunstancia de no haber manifestado un jurado principal el impedimento que le asistía en el momento en que se le notificó su elección, y solamente haberlo hecho al iniciarse la audiencia pública y ser sustituido en esa diligencia por un suplente sin haberse realizado el sorteo correspondiente, no genera nulidad de ninguna naturaleza.* — Por sentencia de noviembre 13 de 1971, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, fechada el 2 de junio de 1971, por la cual le fue impuesta al procesado José Angelino Agudelo Alvarez, la pena principal de ocho años de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez 474

NULIDAD. — *La Corte reitera su doctrina en relación a que no constituye nulidad el hecho de que el Agente del Ministerio Público no conceptúe una vez cerrada la investigación (El Art. 3º del Decreto 1358 derogó el Art. 421 del C. P. P.). — Ninguna norma penal procedimental obliga dar posesión al vocero. — La versión de un solo testigo puede establecer un hecho, circunstancia o modalidad dentro del proceso penal.* — Por sentencia de 13 de noviembre de 1971, La Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Cúcuta fechada el 21 de mayo de 1971 por medio de la cual se condenó a nueve años de presidio a Pedro Camacho Rincón como responsable por el delito de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Romero Soto 477

NULIDAD SUPRALEGAL. — *La ausencia de la firma del Secretario en cualquier acta de diligencia judicial no genera nulidad, ya que dicha firma no es necesaria para la validez del acto jurisdiccional. Con mayor razón, no tiene trascendencia la omisión en un acta de las firmas de otras personas que hayan intervenido en la diligencia (apoderados, defensor, jurados, peritos, etc.), ellas no constituyen presupuesto o condición de la esencia del documento. — (Se rectifica parcialmente la doctrina de la Corte de fecha 14 de abril de 1961 G. J. T. XCV, Pág. 528). — La audiencia pública es un acto único, jurídicamente indivisible, así se cumpla en varias sesiones o con soluciones de continuidad en el tiempo. — Delitos conexos. — Conexidad teleológica, consecuencial, jurídica y ocasional.* — Por sentencia de noviembre 13 de 1971, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, fechada el 24 de marzo de 1971, mediante la cual se condenó a Carlos Julio y Jairo Martínez López, a la pena principal de diez años de presidio, como responsables de los delitos de homicidio y lesiones personales. Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez 482

PRESCRIPCION. — *Para determinar el tiempo necesario de la prescripción de la acción penal, ha de tomarse en cuenta el*

Págs.

máximo de la pena señalado por la disposición penal infringida y no la sanción impuesta o imponible al sujeto activo del delito. -- Para conceder la rebaja de pena consagrada en la ley 40/68, debe tenerse en cuenta lo estipulado en el artículo 4º de la misma ley. — Por sentencia de noviembre 13 de 1971, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra el fallo de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira de 22 de octubre de 1970, mediante el cual condenó a Luis Carlos Escobar González a la pena principal de ocho años de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta 490

RECURSO DE CASACION. — SU TECNICA. — *Cuando se recurre en casación debe estipularse en forma clara y precisa las causales en cuyo ámbito se formulan los cargos. — Dada la diferencia entre las causales consagradas en el Art. 580 del C. P. P., los argumentos para sustentarlas cuando se presentan varios motivos de impugnación no pueden ser los mismos.* — Por sentencia de 13 de noviembre de 1971, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Cali, con fecha 27 de abril de 1971, por medio de la cual condenó a Alberto Mina Caicedo a la pena principal de ocho años de presidio por el delito de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Romero Soto 497

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. — *El recurso de revisión es una acción promovida contra la autoridad de la cosa juzgada, y su objetivo no puede ser el de corregir el error relativo a la calidad o cantidad de la pena impuesta. — Este solo procede respecto de sentencias condenatorias ejecutoriadas.* — Con fecha noviembre 13 de 1971, la Corte DECLARA INADMISIBLE el recurso de revisión interpuesto por el apoderado del Sr. Alfonso Gallo Mantilla, contra la sentencia del Tribunal Superior de Aduanas de fecha 2 de agosto de 1967. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez 502

Págs.

AUDIENCIA PUBLICA. — *La renuncia al uso de la palabra en una de las dos oportunidades que consagra la ley, en la audiencia pública con intervención del jurado de conciencia puede ser expresa o tácita.* — Por sentencia de noviembre 18 de 1971, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, de 15 de abril de 1971, por la cual le fue impuesta al procesado José Rosario Gómez Monroy o Monroy Gómez, la pena principal de veintiún años de presidio como responsable del delito de homicidio agravado. Magistrado Ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta 504

PREVARICATO. — *Para que se incurra en la modalidad delictual, consagrada en el inciso 3º del artículo 2º del Decreto 2525 de 1963, es indispensable que esté plenamente demostrada la "simpatía o animadversión" del funcionario para con cualquier interesado.* — Con fecha noviembre 18 de 1971, la Corte CONFIRMA el auto calendado el 2 de abril de 1971, por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá declaró que los hechos imputados al Doctor Abraham Murillo, Juez 5º Superior de Bogotá, no constituye infracción penal. Magistrado Ponente: Dr. Alvaro Luna Gómez 508

REGIMEN DISCIPLINARIO. — *No escapa al régimen disciplinario la garantía que enuncia el principio de legalidad de la conducta punible y de la pena. — La inobservancia de las normas sobre competencia y ritualidad de los procesos, no constituye una violación de las disposiciones que regulan el régimen disciplinario (Decreto 250 de 1970).* — Por auto de noviembre 19 de 1971, la Corte —Sala Penal Disciplinaria— REVOCA la providencia del Tribunal Superior de Aduanas de 23 de julio de 1971, por la cual le fue impuesta una sanción disciplinaria a la Doctora Nelly Rincón, Juez 2º del Distrito Penal Aduanero con sede en Barranquilla y en su lugar la absuelve. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez 513

Págs.

UXORICIDIO. — *La Corte modifica las jurisprudencias de fecha 28 de julio de 1960 y 21 de marzo de 1961, en relación a la pena imponible para el delito de uxoricidio consagrado en el Art. 382 del C. P. — Clasificación de los tipos penales de acuerdo a su estructura (básicos, especiales y subordinados), diferencias sustanciales de estos tipos penales. — Los tipos penales subordinados se aplican o interpretan necesariamente en relación a un tipo básico o especial. — En consecuencia no puede haber integración de dos tipos subordinados para dar una correcta solución jurídica.* — Con fecha 22 de noviembre de 1971, la Corte CASA la sentencia de 26 de marzo de 1971, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, y en su lugar condena al procesado Humberto Zapata González a la pena de dos años de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Pérez 519

FALSEDAD EN DOCUMENTOS. — *Respecto de los documentos públicos u oficiales y de las actas de las Parroquias, equiparadas a aquellos para los efectos de su tutela, lo que se ampara al sancionar su falsedad por fabricación o uso, es la legalidad o autenticidad de ellos, como medios de prueba. — La falsificación de una partida de nacimiento de origen eclesiástico, aún ya en vigencia la Ley 92 de 1938, no constituye una falsedad inocua porque ellas se verifica o realiza sobre un medio probatorio capaz de producir efectos jurídicos.* — Mediante fallo de 4 de diciembre de 1971, la Corte NO CASA la sentencia de segunda instancia de 2 de junio de 1971 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por la que se condenó a Edgar o Edgard o Edgar Eduardo o Edgard Eduardo Solano Cerón, a la pena de dos años de presidio por los delitos de falsedad en documentos. Magistrado Ponente: Dr. Alvaro Luna Gómez 525

SALA DE CASACION LABORAL

Págs.

FUNCIONES DE LOS MEDICOS DEL MINISTERIO DEL TRABAJO. — La Medicina Industrial presta a la autoridad administrativa del trabajo y a la justicia laboral, una doble colaboración de carácter técnico así: una en conciliación ante el Inspector del Trabajo, ya como perito, ora como árbitro, en actuación administrativa; otra ante la justicia laboral, como perito únicamente. — La Corte por sentencia de julio 7 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en el juicio de Pedro Soler Bastidas contra la sociedad Taxi Aéreo del Caquetá (TACATA) Limitada. Magistrado Ponente: Dr. José Eduardo Gnecco C. 534

TRANSITO DE PROCEDIMIENTOS. — El artículo 154 del C. P. L., sobre tránsito de procedimientos, que desarrolla el principio contenido en el 40 de la Ley 153 de 1887, ordena que "los términos no vencidos y los *recursos interpuestos* se regirán por la ley aplicable al tiempo en que empezó el término *o se interpuso el recurso*". La Corte por sentencia de julio 13 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio de Juan Bautista Barragán Lemos contra el Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ICSS) Caja Seccional del Valle del Cauca. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar 542

HOMOLOGACION. — La Corte, por providencia de 15 de julio de 1971, DECLARA INEXEQUIBLE el numeral noveno de la parte resolutiva del laudo arbitral proferido el 13 de abril de 1971, por el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir el conflicto colectivo laboral entre la Flota Mercante Grancolombiana S. A. y la Asociación Nacional de Empleados de la Flota Mercante Grancolombiana S. A. — HOMOLOGA en lo restante el mencionado laudo. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Córdoba Medina 552

CAJA NACIONAL DE PREVISION. — Ahora bien, en conformidad con lo dispuesto por el Decreto Ley 1600 de 1945, relacionado

Págs.

con la Caja Nacional de Previsión Social, en su artículo 10: "El Gerente será el representante legal de la Caja, su administrador inmediato y el ejecutor de las determinaciones de la Junta Directiva; en las reuniones tendrá voz pero no voto". — La Corte por sentencia de julio 26 de 1971, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en el juicio de Alvaro Villamizar Suárez contra el Instituto de Crédito Territorial y la Caja Nacional de Previsión Social. Magistrado Ponente: Dr. Miguel Angel García B. 557

PROHIBICION DE DESPEDIR. — Artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo. — Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia. — La Corte por sentencia de julio 26 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Rosalbina Paipa de Domínguez contra Distribuidora Pantécnica S. A. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar 561

DESCUENTO DE CUOTAS A TRABAJADORES NO SINDICALIZADOS. — Ante la imposibilidad legal de beneficiarse de la convención colectiva, por ministerio de la ley, o adhiriendo a ella, no es aceptable que a los empleados públicos se les descuenten cuotas para el sindicato de trabajadores oficiales, en razón de ventajas o beneficios que legalmente no pueden disfrutar, como acertadamente lo estimó el ad-quem. — La Corte por sentencia de julio 30 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de el Sindicato de Trabajadores de las Empresas Públicas de Medellín contra las Empresas Públicas de Medellín. Magistrado Ponente: Dr. José Eduardo Gnecco C. 571

ESTABLECIMIENTO PUBLICO. — El concepto de establecimiento público que presenta el recurrente, puede no ser exacto, ya que mientras unos tratadistas exigen que la actividad del establecimiento público sea estrictamente de carácter administrativo, otros admiten que ella puede

Págs.

consistir en un servicio público, en una necesidad general no obligatoriamente a cargo del Estado, sino muchas veces satisfecha también por particulares. — La Corte por sentencia de julio 31 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Santiago Vargas Lorenzana contra la Clínica de Maternidad de Medellín. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Córdoba Medina 581

LAUDO ARBITRAL. — El laudo es una verdadera sentencia proferida por auxiliares de la justicia en conformidad con las normas procesales que regulan la materia. — La Corte por sentencia de agosto 9 de 1971, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Anserma en el juicio de Rafael A. Giraldo López contra la Flota Magdalena S. A. Magistrado Ponente: Dr. Miguel Angel García B. 591

HOMOLOGACION. — La Corte, por providencia de 18 de agosto de 1971, declaró INEXEQUIBLE el punto 2º del laudo dictado por el Tribunal de Arbitramento convocado para decidir el conflicto laboral surgido entre el Sindicato de Trabajadores de Industrias de Pasteurización Ltda. San Luis, en lo referente a la sobre-remuneración para choferes y otros y EXEQUIBLE en lo restante y lo HOMOLOGA en todo lo demás. Magistrado Ponente: Dr. José Eduardo Gnecco C. 600

CONDENA EN ABSTRACTO. — No es ella procedente, entre otras, por estas razones: el salario reconoce por causa jurídica el contrato de trabajo, por lo cual la acción del acreedor para su reclamo judicial es principal. — De otro lado el salario no es un fruto civil, un interés o un perjuicio, y por eso no guarda analogía con bienes de esta clase. — La Corte por sentencia de agosto 23 de 1971, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en el juicio de Carlos Amórtegui Z. contra Jorge Molano Sanabria y Cía. Ltda. Magistrado Ponente: Dr. Miguel Angel García B. 609

Págs.

PRESCRIPCION. — Debe siempre proponerse o alegarse. — La Corte por sentencia de agosto 25 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio de Francisco Tomás Cañate Carmona contra el Departamento del Magdalena. Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón ... 617

CASACION. — *(Técnica)*. — Cuando los autores y la jurisprudencia exigen que la proposición jurídica en las demandas de impugnación debe ser completa, se refieren a que ha de abarcar todas las normas que consagran los derechos reconocidos o negados en la sentencia acusada y cuya modificación pretende el casacionista; pero cuando éste la consiente en parte y solo la ataca por este o aquel aspecto la proposición jurídica será completa si encierra los preceptos consagratorios del derecho discutido. — La Corte por sentencia de agosto 30 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Hans Erich Roeschel B. contra Boehringer Mannheim Ltda. Magistrado Ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia .. 623

IDENTIDAD DE EMPRESA. — La empresa es fenómeno típico de la economía moderna y de la actual organización del trabajo. — La Corte por sentencia de septiembre 15 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de José Sofanor Martínez Rojano contra Aserradero Covadonga Ltda. Magistrado Ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia 629

HOMOLOGACION. — Hasta dónde se extienden las facultades del sindicato gremial minoritario frente a uno de base mayoritario, en la negociación colectiva. — La Corte, por providencia de 23 de septiembre de 1971, DECLARA INEXEQUIBLE el Laudo Arbitral proferido el 26 de enero de 1971, por medio del cual se resolvió el pliego de peticiones presentado por la Asociación Colombiana de Mecánicos de Aviación —ACMA— y la Sociedad Aeronáutica de Medellín Consolidada S. A. —SAM—. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar ... 634

HOMOLOGACION. — La Corte, por providencia de 8 de octubre de 1971, declaró INEXEQUIBLE el Laudo Arbitral pronunciado el 24 de julio de 1971, por medio del cual se resolvió el pliego de peticiones presentado por la "Asociación Colombiana de Auxiliares de Vuelo —ACAV— a la Sociedad Aerovías Nacionales de Colombia S. A —AVIANCA— Magistrado Ponente: Dr. Miguel Angel García B. ... 648

SALVAMENTO DE VOTO del Magistrado Dr. José Eduardo Gnecco C. ... 659

CADUCIDAD — Cuando la ley determine un plazo para ejercer una facultad, el dejarlo vencer sin ejercerla cierra toda posibilidad posterior para su ejercicio. — La Corte por sentencia de 13 de octubre de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en el juicio de Ostelman Lozano Bautista contra Daniel Lemaitre y Cía., S. A Magistrado Ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia ... 661

HOMOLOGACION. — No compete al Tribunal determinar quiénes son empleados públicos o trabajadores oficiales. — La Corte por providencia de 14 de octubre de 1971, ANULA el laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir el diferendo existente entre la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla y su Sindicato. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Córdoba Medina ... 666

LAS VACACIONES NO SUSPENDEN EL CONTRATO DE TRABAJO. — Las vacaciones no suspenden el contrato de trabajo, simplemente interrumpen de modo temporal una de las obligaciones del trabajador, la prestación del servicio, pero continúan vigentes todas las demás, así como las del patrono que las otorga. — La Corte por sentencia de octubre 15 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Su-

Págs.

perior de Medellín en el juicio de Octavio Osorio Callejas contra Cine Colombia S. A. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar 675

DICTAMEN DE PERITO Y PRUEBA DE DOCUMENTO. — El dictamen del perito y la prueba de documento son medios de convicción que la ley y la doctrina registran separadamente, y que la jurisprudencia de la Corte no admite que se confundan los distintos medios legales con el acta que los contenga.— La Corte por sentencia de octubre 22 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de José Uriel Gómez contra la Fábrica de Tejidos de Punto Sport, Juan Pablo Lozano R. e hijos Limitada. Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón 683

CONCURRENCIA DE CONTRATOS. — La jurisprudencia ha estimado que es posible y admisible esta concurrencia. — Para la validez de estos contratos no puede afectarse con ellos el orden público y las buenas costumbres, ni disminuirse, concretamente, el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores. — La Corte por sentencia de 29 de octubre de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de el señor General Rafael Calderón Reyes contra la Fundación Universidad de Bogotá "Jorge Tadeo Lozano". Magistrado Ponente: Dr. José Eduardo Gnecco C. .. 689

CAPITAL DE LA EMPRESA.— Si bien el artículo 195 del C. S. del T. no determina expresamente el medio de prueba respectivo, si lo restringe en forma implícita, al tener como capital de la empresa el valor del patrimonio gravable declarado, a la declaración de renta del año inmediatamente anterior, autorizada por funcionario competente. — La Corte por sentencia de 3 de noviembre de 1971, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Antonio Zapata Castaño contra la sociedad "Arquitectos e Ingenieros Asociados Ltda.". Magistrado Ponente: Dr. José Eduardo Gnecco C. ... 703

FACULTADES DEL APODERADO. — El reparo hecho por el opositor sobre las facultades del apoderado del trabajador, es equivocado e inoportuno. — No se necesita facultad especial para atender el recurso de casación, y el poder otorgado por el demandante no tiene limitación alguna, luego el primer apoderado sí tenía la facultad de sustentar el recurso y el que lo sustentó recibió tal facultad en la sustitución del poder. — El reparo también es inoportuno, pues ha debido formularse cuando se reconoció personería al apoderado del trabajador para representarlo en el recurso, momento que el opositor no aprovechó para hacer la observación que formula. — La Corte por sentencia de noviembre 3 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Jesús Salvador Ríos contra el Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico.—Canalización y Reembolso Río Medellín. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Córdoba Medina 707

EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. — Esta calificación no puede efectuarse por la sola materialidad del desempeño sino por el carácter con que se le presta, que si es el de funcionario, con un status legal y reglamentario, no adquirido por la vía contractual, es empleado público, sujeto del derecho administrativo y no trabajador oficial, del ámbito del derecho laboral. — La Corte por sentencia de noviembre 5 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Carlos Alberto Moya B. contra la Nación-Ministerio de Salud Pública y a la Caja Nacional de Previsión. Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón 712

INDEMNIZACION MORATORIA Y BUENA FE PATRONAL. — Ahora bien, el artículo 65 C. S. T. contiene como sujeto de obligación al patrono, cuya mala fe en la

Págs.

insatisfacción de los derechos laborales sanciona en la forma y por las razones que tan largamente ha expresado la jurisprudencia y en que se informa el fallo recurrido. — La Corte por sentencia de noviembre 6 de 1971, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en el juicio de Jesús Mora contra la Sucesión intestada de Edmundo Mora Laguado. Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón 716

PROCEDENCIA DEL RECURSO. — Dice el impugnador que es improcedente el recurso, porque las peticiones de la demanda con que se inició el juicio, no tienen siquiera un discutible respaldo probatorio en el juicio. — Calificar las peticiones por su respaldo probatorio para saber el interés del recurrente, no resulta exacto, por cuanto si tuvieran suficiente respaldo probatorio habrían sido satisfechas en la providencia, fuera de que tal calificación no puede resultar sino del examen del fondo del asunto. — Por lo tanto, ha de estimarse que procede el recurso por cuanto las pretensiones del trabajador no satisfechas en la sentencia acusada, tienen un valor superior a cincuenta mil pesos. — La Corte por sentencia de noviembre 6 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en el juicio de Carlos E. Jurado contra Walter Daniel Kahn. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Córdoba Medina ... 722

TRABAJO NOCTURNO. — SOBRE-REMUNERACION. — "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 forma diurna, y c) el salario correspondiente al trabajo diurno". — La Corte por sentencia de noviembre 12 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Juan Montoya Montero contra el Banco Cafetero. Magistrado Ponente: Dr. Miguel Angel García B. 728

DOCUMENTO AUTENTICO. — En derecho las cosas corresponden a su naturaleza o substancia y no a la forma o ropaje conque se las vista y así quienes manifiestan en un escrito ser conocedores de un determinado hecho o suceso o cuál es el sentido de lo que expresaron o de los conceptos que con anterioridad emitieron, actúan como testigos, no obstante que lo hagan en forma de constancia escrita y que sean llamados a reconocer la autenticidad de la firma puesta en ella, como si se tratara de documento auténtico en el sentido restringido a que la dicha ley 16 (de 1969), se refiere. — La Corte por sentencia de noviembre 15 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en el juicio de Alvaro Leyva Liévano contra la Sociedad de Caridad y de Beneficencia de Neiva. — Magistrado Ponente: Dr. José Enrique Arboleda V. 736

VACACIONES COLECTIVAS. — Es obvio que si una empresa concede a sus trabajadores vacaciones colectivas no puede menos de pagarles el valor de los salarios correspondientes al lapso de descanso: es insólito suponer lo contrario, o sea, que todo el personal de la empresa sale en la misma fecha a disfrutar de vacaciones y que ésta no les cubre el salario correspondiente al lapso respectivo. — La Corte por sentencia de noviembre 24 de 1971, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en el juicio de Jaime Hoyos Mejía contra Recamóvil Limitada. Magistrado Ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia 740

HOMOLOGACION. — La Corte, por providencia de 14 de diciembre de 1971, HOMOLOGA el laudo de fecha 30 de julio de 1971, proferido por el Tribunal de Arbitramento que puso fin al conflicto colectivo entre la Unión de Marinos Mer-

Págs.

cantes de Colombia "UNIMAR" y la Flota Mercante Grancolombiana, con excepción de sus ordenamientos 25 sobre servicio médico a los familiares del trabajador, 26 sobre subsidio familiar y 48 sobre permisos sindicales remunerados, que se declaran NULOS. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar 746

BUENA FE PATRONAL. — Las condenas principales o por los extremos primeros de la litis podían producirse, como lo fueron, en razón de las pruebas atinentes a ellos y de las interpretaciones de ley de los ju--

Págs.

gadores; pero ello no imponía la sanción moratoria, porque las piezas de que se ha hecho mérito demuestran que el patrono tuvo razones para su conducta y ellas, en las circunstancias de autos, se manifiestan atendibles. — La Corte por sentencia de diciembre 14 de 1971, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Raúl Caycedo Pinzón contra Shellmar de Colombia S. A. Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón 759

Sentencias no publicadas 766

FE DE ERRATAS

Página	Columna	Renglón	Dice	Debe Decir
26	1ª	15	antes	entes
38	2ª	25	primera	primero
39	1ª	14	segunda	segundo
55	1ª	13	decídese	decidiese
56	2ª	9	el	al
56	2ª	48	exista	existe
60	1ª	25	el	al
60	2ª	48	valúa	valía
69	Acápite	4	testado	testador
74	2ª	31	1953	1963
93	1ª	4	609	608
95	2ª	19	resultan	resulten
136	2ª	17	demandado	demandante
146	1ª	29	ésta	éste
161	2ª	24	el	al
163	1ª	45	al	el
164	1ª	6	concreta	concrete
171	2ª	24	activa	motiva
172	1ª	31	al	el
187	1ª	2ª	incosonancia	inconsonancia
189	1ª	25	era	ora
229	2ª	4	esa	es
234	Acápite	4	todo inmueble	todo el inmueble
248	2ª	39	daba	dada
268	1ª	10	perteneciente	Pertinente
268	2ª	47	entre y una y otro	entre una y otro
274	2ª	9	entre	entra

Página	Columna	Renglón	Dice	Debe Decir
294	1ª	24	funcionaria	funcionario
321	2ª	35	de a	de la
332	1ª	38	conocimientos	reconocimientos
508	2ª	11	tres	tras
514	2ª	39	cofician	codifican
515	1ª	Los renglones 17 y 18 invertidos		
539	1ª	31	intereses,	interesados
539	1ª	35	emanando	emanado
542	1ª	13	Buatista	Bautista
546	2ª	44	en haber	en no haber
548	1ª	38	períodos	período
551	2ª	12	al	el
554	2ª	25	al	el
571	1ª	14	representada	representado
579	1ª	11	no	nos
580	2ª	25	Jorge	José
589	2ª	39	al	el
602	2ª	15	Cuando	Cuanto
625	1ª	5	66	65
652	1ª	21	el	al
669	2ª	9	establecimientos	establecimiento
687	1ª	34	filiar	filial
755	1ª	40	e	el

PUBLICACIONES DEL FONDO ROTATORIO
DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

Esta obra se terminó de imprimir en el mes de febrero de 1974 en los Talleres Gráficos de la Penitenciaría Central de Colombia.
BOGOTA, D. E.